UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS APLICADAS

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO

**“El derecho constitucional a la igualdad y su influencia en el matrimonio
igualitario en el Sistema Jurídico Peruano”**

TESIS

Para optar el título profesional de Abogado

AUTOR(ES)

Abensur Zambrano, Antonieta Lucía

ASESOR

Plácido Vilcachagua, Alex

Lima, 13 de agosto de 2020

DEDICATORIA

A toda la comunidad LGTBI, este trabajo es para y por ustedes. Tengo fe en que pronto todos y todas, gozaremos de los mismos derechos y libertades y así finalmente amar sin miedo.

AGRADECIMIENTOS

A mi padre, por mostrarme la clase de persona que deseo ser.

A mi madre, por amarme infinitamente y por guiarme hasta el día de hoy.

A Margarita, por ser una segunda madre y mi cómplice.

A César y Sumaq, por ser los mejores primos del mundo. Por todas las travesuras, risas y llantos que hemos vivido juntos.

A Kimmy, Ari, Tiffi, y Lily por ser las mejores amigas que alguien podría tener. Son las personas más increíbles que he conocido y ni el tiempo ni la distancia ni las peleas han podido quebrar nuestra amistad.

A Alessia, por ser el color rojo que le faltaba a mi arcoíris.

RESUMEN

La idea y el tema desarrollado a lo largo del presente trabajo de investigación surgieron como consecuencia de ser testigo de la desprotección jurídica en la que vive la comunidad LGTBI en nuestro país. Estas personas ven constantemente violados sus derechos, incluyendo uno de los más importantes: el derecho a la igualdad. Este derecho no solo se encuentra reconocido y protegido en los diversos tratados internacionales sobre materia de derechos humanos de los cuales el Perú es parte, sino que también se encuentra debidamente reconocido y protegido por nuestro texto constitucional. Es decir, no solo nos encontramos frente a un derecho que es reconocido y protegido por el derecho internacional de los derechos humanos, sino que también frente a un derecho constitucional y, por tanto, existe una obligación por parte del Estado Peruano de garantizar su debido respeto y cumplimiento frente todos sus habitantes sin excepción alguna.

Bajo esta premisa, ¿se está vulnerando el derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación de la población LGTBI al impedírseles contraer matrimonio? El presente trabajo parte de la hipótesis de que, efectivamente, existe una vulneración al derecho constitucional a la igualdad. En ese sentido es imperativo que el Perú regule el matrimonio igualitario dentro de su ordenamiento jurídico no solo para ponerle fin a dicha situación, sino además para estar acorde con lo establecido en los tratados internacionales sobre la materia de derechos humanos de los que forma parte. El presente trabajo busca corroborar lo anteriormente planteado.

Palabras clave: LGTBI; derecho a la igualdad; derechos humanos; derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación; matrimonio igualitario; Perú.

"The constitutional right to equality and its influence on equal marriage in the peruvian legal system"

ABSTRACT

The idea and the theme developed throughout this research work arose as a consequence of witnessing the legal lack of protection in which the LGTBI community lives in our country. These people constantly see their rights violated, including one of the most important: the right to equality. This right is not only recognized and protected in the various international treaties on human rights to which Peru is a party, but it is also duly recognized and protected by our constitutional text. That is, we are not only facing a right that is recognized and protected by international human rights law, but also facing a constitutional right and, therefore, there is an obligation on the part of the Peruvian State to guarantee its due respect and compliance with all its inhabitants without exception.

Under this premise, is the constitutional right to equality and non-discrimination of the LGTBI population being violated by preventing them from marrying? This work is based on the hypothesis that, indeed, there is a violation of the constitutional right to equality. In this sense, it is imperative that Peru regulate equal marriage within its legal system not only to put an end to said situation, but also to be in accordance with the provisions of international treaties on the matter of human rights to which it is a party. The present work seeks to corroborate what was previously stated.

Keywords: LGTBI; equality right; human rights; constitutional right to equality and non-discrimination; equality marriage; Peru.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I: ORIENTACIÓN SEXUAL Y MATRIMONIO IGUALITARIO	
¿CUÁL ES LA SITUACIÓN DE DICHS TEMAS EN EL PERÚ?	13
1.1. SITUACIÓN ACTUAL DE LA POBLACIÓN LGTBI EN EL PERÚ.....	15
1.2. ANTECEDENTES: PROYECTOS DE LEY EN EL PERÚ.....	24
1.2.1. Proyecto de Ley N°2647/2013-CR, Ley de Unión Civil No Matrimonial	24
1.2.2. Proyecto de Ley N°718/2016-CR, Ley que establece la Unión Civil	25
1.2.3. Proyecto de Ley N° 961/2016-CR, Ley de Matrimonio Civil Igualitario	26
1.3. ORIENTACIÓN SEXUAL Y MATRIMONIO IGUALITARIO	26
1.3.1. ORIENTACIÓN SEXUAL Y MATRIMONIO IGUALITARIO: CONCEPTO	26
1.3.2. Orientación sexual, matrimonio igualitario y la sociedad peruana	29
1.3.3. Matrimonio igualitario y la Constitución Política del Perú de 1993.....	32
1.3.4. Matrimonio y el Código Civil Peruano de 1984.....	36
1.3.5. Parejas del mismo sexo y las sentencias del Poder Judicial:	38
1.3.5.1. Caso Oscar Ugarteche:.....	38
1.3.5.2. Caso Susel Paredes:	44
CAPÍTULO II: DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN ..	50
2.1. LA IGUALDAD	51
2.1.1. Dimensión constitucional	51
2.1.2. Dimensión formal y material	52
2.2. LA DISCRIMINACIÓN	54
2.2.1. Concepto y elementos	54
2.2.2. Tipos de discriminación	56
2.2.2.1. Discriminación directa e indirecta	56
2.2.2.2. Discriminación positiva y negativa	57
2.3. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN DENTRO DEL MARCO	
NORMATIVO INTERNACIONAL.....	59

2.3.1.	Tratados del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos	60
2.3.1.1.	Declaración Universal de los Derechos Humanos	60
2.3.1.2.	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	62
2.3.2.	Tratados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	64
2.3.2.1.	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	64
2.3.2.2.	Convención Americana de Derechos Humanos.....	67
2.4.	CASOS EN EL MARCO INTERNACIONAL E INTERAMERICANO RESPECTO AL TEMA DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL	72
2.4.1.	Casos resueltos por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas	72
2.4.1.1.	El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.....	72
2.4.1.2.	Casos	73
2.4.2.	Casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ..	79
2.4.2.1.	La Corte Interamericana de Derechos Humanos	79
2.4.2.2.	Casos	80
2.5.	EL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL MARCO NACIONAL	92
2.5.1.	El derecho a la igualdad y a la no discriminación en la Constitución Política del Perú de 1993.....	92
2.5.2.	El derecho a la igualdad y a la no discriminación en las sentencias del Tribunal Constitucional.....	97
CAPITULO III: EL MATRIMONIO IGUALITARIO EN EL DERECHO COMPARADO		100
3.1.	ARGENTINA	100
3.1.1.	Antecedentes:	100
3.1.2.	La Ley 26.618	103
3.2.	COLOMBIA.....	104
3.2.1.	Antecedentes	104
3.2.2.	Sentencia C-577	106
3.2.3.	Sentencia U 214/2016.....	109
3.3.	MÉXICO	111

3.3.1.	Antecedentes	111
3.3.2.	Modificación del Código Civil del Distrito Federal.....	114
CONCLUSIONES		119

LISTA DE SIGLAS

ACNUDH: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

AG: Asamblea General de las Naciones Unidas

APA: American Psychological Association

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos

CCPR: Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

DADDH: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos

INDECOPI: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual

INEI: Instituto Nacional de Estadística e Informática

LGTBI: Lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales

OEA: Organización de Estados Americanos

OMS: Organización Mundial de la Salud

ONU: Organización de las Naciones Unidas

OPS: Organización Panamericana de la Salud

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

RENIEC: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil

TC: Tribunal Constitucional del Perú

INTRODUCCIÓN

El matrimonio igualitario, también llamado matrimonio homosexual, no es ajeno a nivel internacional, pues países a lo largo del globo lo reconocen y regulan jurídicamente, así como los derechos y obligaciones que este abarca. Es importante mencionar en este punto la existencia de dos instrumentos jurídicos internacionales:

- Por un lado, respecto a materia de igualdad la DUDH en sus artículos 1°, 2° y 7°, menciona que todas las personas son iguales desde el momento de su nacimiento, por lo que la discriminación bajo cualquier concepto es inaceptable. Es así como todas las personas deben ser tratadas con igualdad ante la ley; gozar de los mismos derechos, y recibir una protección jurídica “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”, tal como lo expresa el primer párrafo del artículo 2° previamente mencionado.
- Respecto a materia de matrimonio, el artículo 16° menciona lo siguiente: “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”. De lo citado, se desprende que la DUDH considera al matrimonio como un derecho inherente a toda persona, poniendo como único requisito la edad núbil de los contrayentes, sin establecer que el matrimonio deba necesariamente ser entre personas de diferente sexo.
- En materia de igualdad el PIDCP, en su artículo 2.1°, obliga a todos los Estados a respetar y garantizar los derechos reconocidos en el mismo, sin permitir la discriminación de ninguna de las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción bajo ningún concepto. Por su parte, el artículo 26° establece la igualdad de las personas ante la ley y el derecho a una protección igual ante esta, prohibiendo así cualquier discriminación.
- En materia de matrimonio, el PIDCP, en su artículo 23.2, establece lo siguiente: “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una

familia si tienen edad para ello”, tal como lo hace la DUDH. El PIDCP reconoce al matrimonio como un derecho inherente a la persona, considerando también como único requisito la edad de los contrayentes, sin establecer que el matrimonio deba realizarse entre un hombre y una mujer. De lo expuesto anteriormente, se puede observar que la DUDH y el PIDCP, así como otros instrumentos internacionales, prohíben todo tipo de discriminación entre las personas y establece que las mismas deben de gozar de los mismos derechos, por lo que la orientación sexual no podría ser motivo discriminación ni de impedimento para contraer matrimonio.

A la fecha de la elaboración del presente trabajo de investigación, son 30 los países cuyas legislaciones reconocen el matrimonio igualitario, siendo Holanda el primer país del mundo en legalizarlo en el año 2000. En Sudamérica, de los 12 países que la conforman, solo 6 de ellos reconocen el matrimonio igualitario en sus legislaciones, siendo Argentina el primer que brindó dicho reconocimiento tras la aprobación de la Ley 26618 en el año 2010, cuyo artículo 2° sustituyó el artículo 172° del Código Civil Argentino, el cual establecía que el matrimonio era la unión entre un varón y una mujer. En abril del 2013, el Parlamento Uruguayo aprobó la Ley de Matrimonio Igualitario. Le siguió Brasil cuando, en mayo de ese mismo año, el Consejo Nacional de Justicia de ese país avaló el matrimonio entre personas del mismo sexo. En el 2016, la Sala Plena de la Corte Constitucional Colombiana avaló el matrimonio igualitario. En el 2019 se legalizó el matrimonio igualitario en Ecuador, luego de que la Corte Constitucional de dicho país considerara el carácter vinculante de la Opinión Consultiva 24/17. El último país en sumarse a esta lista ha sido Chile luego de que el Senado de dicho país aprobara el matrimonio igualitario en enero del 2020.

En lo que respecta a Perú, entre mayo y agosto del 2017, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) realizó la Primera Encuesta Virtual para las lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales (LGTBI), en la cual participaron 12 mil 36 personas las cuales se auto identificaron como parte de este grupo poblacional. Si bien nuestro país ha crecido económicamente en los últimos años, mejorando así la calidad de vida de la población, no se puede negar ni tratar de ignorar que existen ciertos retos que aún no han podido ser superados y que necesitan una solución inmediata y urgente. Entre esos retos se encuentra la situación constante de vulnerabilidad frente a la discriminación y la desprotección jurídica en la que vive la población LGTBI, pues las personas pertenecientes

a este grupo son víctimas constantes de la violencia, discriminación sistemática, *bullying* en los centros educativos, etc. A esto se debe agregar el rol ausente del Estado Peruano pues, a pesar de que cada cinco años haya un cambio de gobierno, hasta el momento ninguno ha hecho un verdadero cambio a fin de mejorar la situación de este grupo poblacional.

El grupo LGTBI es parte de la sociedad: viven y se desarrollan profesionalmente dentro de ella como cualquier otro ser humano. Como cualquier otro ciudadano, estas personas tienen la obligación de acatar lo establecido por ley y de no hacerlo deberán de asumir las consecuencias de sus actos. Pero, así como tienen obligaciones, como cualquier otro peruano, gozan de derechos y libertades, cuyo ejercicio debe ser garantizado por el Estado. No obstante, la realidad en nuestro país es otra. Mientras las parejas heterosexuales no se encuentran impedidas de contraer matrimonio, una pareja homosexual sí lo está por la simple razón de tratarse de dos personas del mismo sexo. Esta situación es preocupante, ya que, mientras las parejas heterosexuales pueden contraer matrimonio civil y todas las obligaciones y derechos que este acto jurídico otorga, a las parejas homosexuales les es imposible, lo que las coloca en una situación de vulnerabilidad jurídica. El problema es el artículo 234° del Código Civil Peruano de 1984. Este artículo que regula el matrimonio civil considera a la heterosexualidad como única posibilidad para contraer matrimonio al establecer que el matrimonio es “la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella”. Al establecer esto, cierra la posibilidad a que personas del mismo sexo puedan celebrar dicho acto jurídico.

Por otro lado, la norma de máxima jerarquía por excelencia, la Constitución Política del Perú de 1993, establece en su artículo 6° lo siguiente: “La comunidad y el Estado (...) protegen a la familia y promueven el matrimonio (...)”. De lo citado anteriormente, se puede desprender que, si bien el Estado protege y promueve el matrimonio, no establece que los contrayentes deban ser un varón y una mujer. Por consiguiente, no existe prohibición expresa alguna por parte de nuestra Carta Magna que impida que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio.

Por su parte, el derecho a la igualdad, que se encuentra establecido en el artículo 2°, numeral 2 de nuestra Constitución, establece lo siguiente: “Toda persona tienen derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma,

opinión, condición económica o de cualquier otra índole”. Esto implica que todas las personas, sin excepción, tienen derecho a ser tratadas con igualdad ante la ley y a recibir una protección igualitaria por parte de la misma. De no cumplirse lo anterior, se estaría incurriendo en una discriminación, lo cual se encuentra estrictamente prohibido.

Si bien no debería darse una discriminación por parte del Estado hacia sus habitantes, la realidad es otra. Existen desigualdades que son evidentes y contrario a lo que debería ser: no todas las personas gozan de los mismos derechos, como es el derecho a contraer matrimonio civil. Llegado a este punto, se debe analizar si el hecho de que en nuestro país dos personas del mismo sexo se encuentran impedidas de contraer matrimonio vulnera el derecho constitucional a la igualdad. Así, a lo largo del presente trabajo de investigación, se analizará si dicho impedimento es discriminatorio o si se está frente a una diferenciación, la cual es permitida por el derecho en ciertas situaciones. Cabe agregar que el Perú, al ser un estado parte de la OEA, tiene la obligación de cumplir con los lineamientos que estos, a través de diversos instrumentos normativos, establecen y que tienen por objetivo garantizar que las personas puedan gozar y ejercer sus derechos y libertades de la manera óptima posible.

Es importante señalar que, a la fecha de la elaboración del presente trabajo de investigación, existen tres proyectos de ley que buscan brindar protección jurídica a parejas conformadas por personas del mismo sexo. De estos tres, uno fue archivado luego de ser llevado a debate ante la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República.

A lo largo del presente trabajo de investigación, se desarrollarán diversos temas que serán de utilidad para determinar lo siguiente: i) Si la ausencia de regulación del matrimonio igualitario en la legislación nacional vulnera los tratados internacionales sobre materia de derechos humanos de los que el Perú es parte en lo referido al derecho a la igualdad y a la no discriminación de las personas LGTBI. ii) determinar si dicha ausencia vulnera el derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación de las personas LGTBI.

CAPÍTULO I: ORIENTACIÓN SEXUAL Y MATRIMONIO IGUALITARIO

¿CUÁL ES LA SITUACIÓN DE DICHS TEMAS EN EL PERÚ?

En el siguiente capítulo, se desarrollará el avance que se ha dado hasta la fecha en el Perú respecto a determinados temas que, si bien son objeto de continuos debates, son de suma importancia, por lo que merecen una especial atención por parte del Estado a fin revertir la situación en la que se encuentra el grupo LGTBI.

La orientación sexual y el matrimonio igualitario son fuertemente rechazados por gran parte de la sociedad peruana, pero, ¿por qué este rechazo? La razón es la siguiente: estos temas rompen con la heteronormatividad, la cual se encuentra incrustada en nuestra sociedad desde tiempos remotos. En pleno siglo XXI, la sociedad peruana, salvo una pequeña parte, se niega a abandonar este esquema heteronormativo que hoy por hoy ha pasado a convertirse en algo arcaico y obsoleto debido a que cada vez son más los países y sociedades que han empezado a reconocer y a aceptar la diversidad sexual de las personas.

¿Qué es la heteronormatividad? Este concepto se refiere al sesgo que existe en la sociedad respecto a la heterosexualidad, donde solo las actitudes, relaciones, comportamientos y expresiones heterosexuales son vistos de manera positiva y aceptados como correctos, dándose así un rechazo hacia todo aquello que rompa y/o no se encuentre acorde con el patrón heterosexual. Además, la heteronormatividad se encuentra compuesta por aquellas reglas jurídicas, sociales y culturales que obligan a las personas a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

¿Y qué es la diversidad sexual? Para comenzar, la diversidad sexual ha existido desde siempre, pero no ha sido hasta estas las últimas décadas que estas personas han tomado el valor de abandonar aquel perfil bajo y marginado (en el que fueron obligadas a mantenerse por tanto tiempo) para alzar su voz de protesta y reclamar aquello que les corresponde por el simple hecho de ser seres humanos y que por mucho tiempo se les ha negado: la igualdad de derechos. Teniendo presente lo anterior, se procederá a explicar el término en cuestión. La diversidad sexual son todas las posibilidades que tienen las personas de asumir, expresar y vivir su sexualidad, así como de asumir expresiones, preferencias u orientaciones e

identidades sexuales (Dirección General Adjunta de Estudios, Legislación y Políticas Públicas del Conapred, 2012).

Ahora debe tenerse claro que orientación sexual, identidad de género y expresión de género, son conceptos completamente diferentes. Respecto a la orientación sexual, se le puede definir como la capacidad que tiene cada individuo de sentir una atracción afectiva y erótica, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales, con personas de distinto género al suyo (heterosexualidad), de su mismo género (homosexualidad) o de más de un género o de una identidad de género (bisexualidad). Es importante señalar que el término preferencia sexual no es sinónimo de orientación sexual puesto que el primero incluye una gama de actividades y prácticas sexuales amplísimas, como la pedofilia o la necrofilia, mientras que la orientación sexual se refiere a la atracción erótica y afectiva de las personas (Consejo Nacional para prevenir la discriminación, 2016).

Por otro lado, la identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, misma que puede corresponder o no con el sexo asignado al nacer. Incluye la vivencia personal del cuerpo que podría o no involucrar la modificación de la apariencia o funcionalidad corporal a través de tratamientos farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida. También abarca otras expresiones de género como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Finalmente, la expresión de género es la manifestación del género de la persona. Puede incluir la forma de hablar, manierismos, modo de vestir, comportamiento personal, comportamiento o interacción social, modificaciones corporales, entre otros aspectos. Constituye las expresiones del género que vive cada persona, ya sea impuesto, aceptado o asumido (Consejo Nacional para prevenir la discriminación, 2016).

Como puede verse, no existe una única orientación sexual, así como tampoco existe una única identidad y expresión de género. Un sector de la población peruana rompe con el esquema heteronormativo explicado líneas atrás. En principio, dicha ruptura no debería tener mayor importancia ni repercusiones negativas en la vida de estas personas. Lamentablemente, la realidad es otra. En el siguiente capítulo, se expondrá cuál es la situación de la población LGTBI en nuestro país y cómo ha respondido el Estado Peruano.

1.1. Situación actual de la población LGTBI en el Perú

Durante mucho tiempo la población LGTBI ha sido prácticamente invisible para el Estado. Sus necesidades, problemas, la situación de vulnerabilidad, violencia sufrida, entre otros aspectos han sido ajenos gobierno tras gobierno. Recién en los últimos años, a través de sus instituciones y sus funcionarios, el Estado Peruano ha empezado a dejar de lado esa total indiferencia hacia la población LGTBI así como a su situación. Es así que entre los meses de mayo y agosto del 2017, el INEI realizó la Primera Encuesta Virtual para Personas LGTBI. El objetivo era poder obtener la información estadística necesaria para la formulación de políticas, acciones y estrategias que garanticen el reconocimiento y la protección de los derechos de esta población. Algunos de los resultados de la información recabada fueron los siguientes:

- El 11.5% de las personas participantes manifestó haber sufrido algún tipo de discriminación y/o violencia en el trabajo.
- El 75.5% de las personas participantes, no expresa su orientación sexual y/o identidad de género por temor a ser agredido o discriminado.
- El 62.7% de las personas participantes manifestó haber sufrido algún tipo de discriminación y/o violencia, del cual solo el 4.4% denunció el acto de discriminación y/o violencia y en el 46,6% de los casos no hubo sanción alguna para el agresor. Del 95.6% de las personas que no denunciaron el hecho, el 55% de las víctimas consideró que era una pérdida de tiempo tomar acciones legales, mientras que el 40.8% consideró que no era grave o lo merecían.
- Respecto a la pregunta si actualmente la sociedad peruana es más respetuosa respecto a la orientación sexual y/o identidad de género, el solamente el 23.2% considera que sí, mientras que el 65.5% considera que no. De ese 65.5%, un 80.7% considera que el grupo social que más usa lenguaje ofensivo contra la población LGTBI son los líderes políticos.
- Un 62.9% de las personas participantes considera que el reconocimiento de los Derechos Humanos de las personas LGTBI es malo.

En base a lo anterior, se puede observar que es evidente la situación de vulnerabilidad jurídica en la que vive este sector de la población peruana. Además, a esto se le debe agregar las constantes agresiones, maltratos y exclusiones de las que son víctimas constantes. Al respecto, la OEA (2015) ha señalado:

Las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex han estado históricamente sometidas a discriminación por su orientación sexual, identidad y expresión de género y diversidad corporal, y continúan siendo sujetas a discriminación, violencia, persecución, y otros abusos; en clara vulneración a sus derechos humanos protegidos en los instrumentos internacionales e interamericanos.

La población peruana LGTBI vive en una sociedad en la que el desconocimiento, prejuicio y estigma se expresa a través de la discriminación y violencia. Además, está el hecho que un gran sector de la sociedad considera a la heterosexualidad como la única orientación sexual aceptable y posibilidad, segregando de esta manera a aquellas personas que no se encuentran dentro de dicho mandato. En base a este, se han emitido leyes y realizado políticas públicas, garantizando así únicamente el bienestar y la seguridad jurídica de las personas heterosexuales.

La situación de continua discriminación en la que viven las personas LGTBI, es incluso aceptada socialmente, pues estas personas contravienen lo que es socialmente aceptado como correcto y esta es una situación que el Estado no debe permitir que se siga dando. Esta situación de vulnerabilidad en la que vive la población peruana LGTBI no ha sido ajena a la ONU (2013):

El Estado parte debe declarar clara y oficialmente que no tolerará ninguna forma de estigmatización social de la homosexualidad, la bisexualidad o la transexualidad, ni la discriminación o la violencia contra personas por su orientación sexual o identidad de género. También debe modificar su legislación para prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. El Estado parte debe brindar una protección efectiva a las personas LGBT y velar por que se proceda a la investigación, el enjuiciamiento y la sanción de todo acto de violencia motivado por la orientación sexual o la identidad de género de la víctima. (p.3)

Tal como se desprende del texto citado, la ONU ha instado al Estado Peruano a que se tomen las medidas de necesarias con el objetivo de acabar con la vulnerabilidad y violencia en la que vive la población LGTBI. Pese a ello, las pocas iniciativas legislativas presentadas por parlamentarios que buscaban brindar un reconocimiento y, por ende, una protección, no han sido efectivas hasta ahora. Una fue archivada por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, mientras que las otras continúan a la espera de ser debatidas. Por su parte,

PROMSEX (2014), en su Informe anual sobre Derechos Humanos de Personas Trans, Lesbianas, Gays y Bisexuales en el Perú 2013-2014, ha referido lo siguiente: “ (...) el Estado Peruano ha recibido diversas observaciones y recomendaciones de órganos supranacionales del Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH) y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) sobre la urgente necesidad de modificar la legislación y así prohibir expresamente la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género” (p.32).

Por otro lado, la Defensoría del Pueblo, como órgano constitucional autónomo y en cumplimiento de su función de proteger los derechos constitucionales y fundamentales de las personas y de la comunidad, se ha pronunciado también acerca de la orientación sexual de las personas y cómo esta forma parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad que goza todo ser humano, el mismo que se encuentra amparado por el artículo 2.1° de la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, la Constitución), el cual expone lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”. Es así como en base a lo establecido por nuestra Constitución, la Defensoría del Pueblo (2014) sostiene lo siguiente:

- Es en razón a este derecho que cualquier persona es libre de escoger su proyecto de vida independientemente de la orientación o identidad sexual que esta tenga.
- No deben de imponerse barreras que limiten el ejercicio sexual (sea la orientación sexual del individuo, así como su identidad de género).
- La falta de normas y políticas públicas a favor de las personas que tienen una orientación sexual diferente a la heterosexual afectan el plan de vida de estas. El Estado debe brindar una solución.

Dicha posición por parte de la Defensoría del Pueblo tiene como base el derecho al libre desarrollo del cual goza toda persona. El ser humano es un ser espiritual y está dotado de autonomía y dignidad. Esta naturaleza y el derecho al libre desarrollo son lo que permiten que todo individuo pueda desarrollarse de manera libre y plena, de acuerdo con sus convicciones morales y creencias, teniendo como único límite la no afectación de derechos

fundamentales de terceros. Pero esa no ha sido la única vez que la Defensoría del Pueblo ha emitido pronunciamiento acerca de la población LGTBI.

En agosto del 2016, se elaboró el Informe Defensorial N°175. En dicho informe, la Defensoría del Pueblo manifestó su preocupación ante la carencia de políticas públicas a favor de la población LGTBI que existe en nuestro país. Sostuvo que las personas LGTBI viven en una situación en la que se les invisibiliza, agrede y se encuentran impedidos de ejercer sus derechos fundamentales en condiciones de igualdad y no discriminación. Lo que empeora aún más la situación de este sector de la población es que el Estado no brinda una solución para ponerle fin a dicha problemática (Crespo Mancilla & Ponce De León Echevarría, 2016): “Los últimos dos años hemos evaluado la problemática de este colectivo y constatamos que diversas entidades estatales son renuentes a aceptar una realidad que perciben como inexistente, lejana o prescindible” (p.6).

El Informe Defensorial N°175 concluye lo siguiente:

- a) La población LGTBI se encuentra en una situación de vulnerabilidad constante, pues se encuentran expuestos a sufrir lo siguiente:
 - Discriminación y exclusión social: no poder transitar tranquilamente por lugares públicos sin temor a ser agredidos; encontrar problemas al querer acceder al sistema de salud y al laboral; inconvenientes en el sistema de salud pues automáticamente son estigmatizados como portadores del VIH y/o alguna otra infección de transmisión sexual, y falta de guías (salud sexual, atención integral por violencia, etc.) y de programas de salud.
 - Insultos, agresiones y ataques contra su vida e integridad: los escolares LGTBI son víctimas del *bullying* homofóbico en sus centros de estudio por parte de sus compañeros e incluso profesores y son víctimas de asesinato únicamente por su orientación sexual y/o identidad de género. Cabe recalcar que muchas de las víctimas de las agresiones no denuncian pues no confían en el sistema debido a que este se encuentra impregnada de prejuicios y estereotipos negativos.
 - Exclusión y negación de derechos por parte de las autoridades, la sociedad e incluso la propia familia: no hay reconocimiento a las uniones de parejas del mismo sexo; el

Estado no posee datos estadísticos oficiales a fin de conocer la problemática y la situación en la que se encuentra la población LGTBI (al momento de realizar este informe defensorial, aún no se había aplicado la Primera Encuesta Virtual para Personas LGTBI realizada por el INEI), y falta de inclusión de las personas LGTBI en la elaboración de políticas públicas.

b) De acuerdo con la Constitución y a los tratados internacionales de los cuales el Perú es parte, se concluye:

- El principio-derecho de igualdad y no discriminación y el derecho al libre desarrollo de la personalidad son los pilares centrales para garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI. Ambos derechos se desprenden de diversos tratados internacionales como es el caso de la DUDH, el PIDCP, el PIDESC, la CADH, entre otros.
- De acuerdo con informes y recomendaciones de la ONU, la CIDH, la Corte IDH, entre otros órganos, han expuesto que en base a la igualdad y no discriminación los Estados parte se encuentran en la obligación de garantizar los derechos de las personas LGTBI.
- Diversos órganos de los tratados en materia de derechos humanos han recomendado al Estado peruano que elabore y apruebe normas contra la discriminación por orientación sexual y/o identidad de género, así como la prevención, investigación y sanción contra todo acto de violencia en contra de las personas LGTBI.
- También se ha solicitado al Estado Peruano que considere aplicar los Principios de Yogyakarta a fin de que sirvan de guía al momento de elaborar las políticas sobre el tema.
- Debe de contemplarse la prohibición de discriminación por orientación sexual y/o identidad de género dentro de nuestro sistema jurídico con el propósito de reforzar e incrementar la protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI.

c) Reconocimiento del derecho a la identidad de las personas trans:

- Existe una obligación por parte del Estado de garantizar el derecho a la identidad de las personas trans. El derecho humano a la identidad debe comprender la identidad sexual. El cambio de nombre y/o de sexo de una persona trans es parte de su derecho a la identidad, por lo que los registros civiles deben de brindar las facilidades del caso para poder llevar al cabo dicho cambios.
 - Hay la necesidad de crear un procedimiento administrativo a cargo del RENIEC con la finalidad de evitar que las personas trans tengan que acudir al Poder Judicial para poder realizar el cambio de nombre y/o sexo. Dicho procedimiento administrativo brindaría una mayor celeridad y una reducción de gastos a la persona interesada.
- d) El Estado Peruano tiene diversos retos por superar a fin de garantizar los derechos de las personas LGTBI:
- Se han aprobado ordenanzas con el objetivo de frenar la discriminación por orientación sexual y/o identidad de género en diversos gobiernos regionales y locales. Existe el Plan Nacional de Igualdad de Género (PLANIG) 2012–2017 que tiene por objetivo acabar con los estereotipos y prácticas discriminatorias basadas en las diferencias de género, orientación sexual, etc. Sin embargo, a pesar de estas acciones, ninguna de ellas ha logrado una mejora tangible respecto a la protección de los derechos de las personas LGTBI.
 - La decisión por parte del Estado Peruano de excluir a la población LGTBI del Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016, ha significado un gran retroceso, así como una renuncia a la obligación de adopción de medidas a fin de proteger los derechos de las personas LGTBI.
 - Si bien durante el 2016 la Dirección Ejecutiva del Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables aprobó los lineamientos para la atención de las personas LGTBI así como procedió a crear la Mesa de Trabajo para la promoción de los derechos de las mujeres lesbianas y el Plan Nacional de Lucha contra la violencia de género 2016–2021 (el cual incluye a las mujeres lesbianas, bisexuales y trans), aún existe una falta de consenso por parte del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables al momento de atender los problemas que afrontan la población LGTBI.

- Por su parte, el INDECOPI ha sancionado en los casos de discriminación por orientación sexual. Sin embargo, no ha ocurrido lo mismo en los casos de discriminación por identidad de género, pues aún INDECOPI mantiene una idea supeditada solo a la noción biológica de sexo y los convencionalismos sociales.
- Si bien existen unas cuantas iniciativas orientadas a la población LGTBI, estas se dan de manera unilateral sin conseguir los resultados esperados. Esto se debe a la falta de una política pública. La falta de interés por parte del Ejecutivo respecto al tema impide que se dé una coordinación, seguimiento y una adecuada evaluación a estas iniciativas para así establecer los aspectos a mejorar, cambiar y fortalecer.
- Debe de incorporarse a las personas LGTBI en el Plan Nacional de Derechos Humanos, así como en las políticas públicas ya existentes. Asimismo, deben de tomarse acciones a fin de revertir la situación en la que se encuentran estas personas y la cual afecta sus derechos fundamentales.

La Corte IDH por su parte emitió el 24 de noviembre del 2017 “Opinión consultiva sobre identidad de género y no discriminación a parejas del mismo sexo-OC 24” (en adelante OC 24/17). La OC 24/17 respondió a una solicitud de Costa Rica realizada en mayo del 2016. Este estado buscaba respuestas a cinco preguntas respecto a dos temas relacionados con derechos de las personas LGTBI. El primer tema estaba relacionado al reconocimiento del derecho a la identidad de género, mientras que el segundo se relacionaba a los derechos patrimoniales de las parejas formadas por personas del mismo sexo. La Corte IDH absolvió las consultas de la siguiente manera:

- Respecto al primer tema, la Corte IDH determinó que el derecho a la identidad de género (cambio de nombre, adecuación de la imagen y la ratificación del sexo en los registros y documentos de identidad acorde a la auto percepción de la persona) se encuentra protegido por los siguientes artículos de la CADH: artículo 18° (derecho al nombre), artículo 3° (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), artículo 7° numeral 1 (derecho a la libertad) y artículo 11° numeral 2 (derecho a la vida privada). Por lo que los Estados se encuentran en la obligación de reconocer el derecho a la identidad, así como regular y establecer los lineamientos adecuados para dicho fin. Esto en conformidad a lo establecido en la CADH en el artículo 1° numeral

1 y artículo 24 de la CADH (respeto y garantía de derechos sin discriminación) así como del artículo 2° (deber que tienen los Estados de adaptar las disposiciones de su derecho interno).

- Respecto al segundo tema, la Corte IDH determinó que ni el artículo 11° numeral 2 (protección de la vida privada y familiar) ni el 17° (protección de la familia) de la CADH, brindan un concepto de familia ni protegen a un modelo en particular de la misma. La Corte IDH señala que el concepto de familia no es estático y que el mismo ha ido evolucionando y cambiando con el tiempo, abandonando de esa manera determinados estereotipos respecto a sus integrantes. Además, dado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, la interpretación de los mismos debe estar en armonía con la evolución del tiempo y de las condiciones de vida actuales, siendo que esta interpretación evolutiva se encuentra acorde a lo establecido en el artículo 29 de la CADH.

En este sentido realizar una interpretación restrictiva del concepto “familia” que excluya el vínculo de las parejas del mismo sexo de la protección interamericana, contravendría el objeto y fin de la CADH el cual es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, sin discriminación.

La Corte IDH concluyó que el numeral 2 del artículo 11° y el artículo 17 de la CADH, protege también los vínculos familiares que deriven de una relación de una pareja del mismo sexo, además los derechos patrimoniales que surjan de dicho vínculo se encuentran protegidos por los artículos 1.1 y 24 del mismo cuerpo legal.

La Corte IDH señaló que, a fin de que se reconozcan los derechos patrimoniales derivados del vínculo entre personas del mismo sexo, es necesario que los Estados garanticen el acceso a las figuras jurídicas ya existentes en sus ordenamientos, incluyendo el derecho a contraer matrimonio.

Sin embargo, es importante señalar que respecto a la esta última opinión no hubo unanimidad, pues el juez Eduardo Vio Grossi sostiene que no existe una obligación por parte de los Estados de extender los alcances legales de la figura del matrimonio a parejas del

mismo sexo. Además de que la figura del matrimonio no es la única figura jurídica existente para que las parejas del mismo sexo encuentren protección patrimonial.

La población LGTBI durante mucho tiempo ha esperado el reconocimiento de sus derechos, para así revertir o, por lo menos, minimizar al máximo la marginación y el rechazo social en la cual se encuentran. Las marchas y manifestaciones públicas, así como las propuestas de cambio normativo, político y judicial impulsadas por un pequeño sector del Estado, son muestra de que existe una lucha continua para que este sector de la población deje de vivir en la vulnerabilidad, pero hasta el momento no ha habido éxito.

No obstante, pese al pronunciamiento y recomendaciones por parte de la Defensoría del Pueblo y de los órganos supranacionales respecto a la necesidad de actuar para acabar con la situación de vulnerabilidad de la población LGTBI, hasta el momento no se ha incorporado los lineamientos necesarios al respecto en la legislación. Si bien el 2017 pudo haber significado un momento histórico y un avance respecto al tema en la legislación peruana cuando el Ejecutivo, a través del Decreto Legislativo 1323 “Que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género”, buscó modificar el artículo 46°, numeral 2°, literal d) del Código Penal Peruano a fin de especificar las circunstancias que deberían ser consideradas agravantes de la pena (dentro de las cuales se incluyeron a la orientación sexual y a la identidad de género), también se buscó que estas últimas sean incluidas dentro de los motivos del delito de discriminación e incitación al odio tipificado en el artículo 323° del mismo cuerpo legal. La Comisión de Constitución del Congreso de la República derogó dicho decreto de manera parcial, dejando sin efecto así los artículos que buscaban un cambio en favor de la comunidad LGTBI.

Se deben superar las barreras y erradicar todo tipo de violencia que afecten a las poblaciones vulnerables como es el caso de la población LGTBI. Es necesario, además, que el Estado tenga un rol garante, con la finalidad de que esta población pueda gozar y ejercer sin restricciones todos sus derechos fundamentales recogidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los derechos humanos, habiendo adquirido en este último el compromiso de respetar y cumplir.

Queda claro que la discriminación, el maltrato y la violencia hacia población LGTBI son una realidad que se da día a día y que queda expresada y fortalecida en la poca voluntad política del Estado Peruano de elaborar, aprobar e implementar políticas públicas en favor de este sector.

1.2. Antecedentes: Proyectos de ley en el Perú

Si bien el matrimonio igualitario es actualmente reconocido en muchas partes del mundo, incluyendo varios países de la región, el Perú junto con Bolivia, Paraguay y Venezuela continúan siendo los únicos países en los que no existe ningún tipo de protección jurídica para parejas conformadas por personas del mismo sexo. El tema de matrimonio igualitario continúa siendo en nuestro país objeto de fuertes debates y cuestionamientos. Hasta la fecha, no existe en nuestro ordenamiento jurídico ley alguna que reconozca y/o brinde protección a las parejas conformadas por personas del mismo sexo y que otorgue el derecho de estas a contraer matrimonio civil. Como resultado de esta situación, estas son completamente invisibles ante el Estado, lo que a su vez genera una situación total de vulnerabilidad e indefensión ante cualquier situación.

Sin embargo, no todos han sido indiferentes ante esta problemática, pues desde el 2013 se han venido formando proyectos de ley a fin de brindar reconocimiento y protección a las parejas conformadas por personas del mismo sexo. Dichos proyectos de ley son los siguientes:

1.2.1. Proyecto de Ley N°2647/2013-CR, Ley de Unión Civil No Matrimonial

Fue presentado por el parlamentario Carlos Bruce Montes de Oca en setiembre del 2013. Este proyecto buscaba la creación de una figura jurídica dirigida a parejas del mismo sexo y, como consecuencia de ello, la creación de un nuevo estado civil denominado “compañero civil”. Así las parejas del mismo sexo tendrían la posibilidad de inscribirse de manera voluntaria en el Registro Civil, siempre y cuando hayan tenido domicilio legal en el Perú por lo menos dos años antes, entre otros requisitos.

El punto más importante de esta iniciativa legislativa era el reconocimiento del vínculo familiar de las parejas del mismo sexo, así como los derechos y deberes, de carácter

patrimonial y no patrimonial, derivados de dicha la unión civil no matrimonial. Siendo algunos de estos derechos y deberes la creación de la sociedad de gananciales; la posibilidad de poder realizar visitas íntimas en centros penitenciarios; la toma de decisiones para intervenciones quirúrgicas, entre otros.

Roger Rodríguez Santander entonces Director General de Derechos Humanos (2014) ,emitió un informe respecto a la importancia que se regule y reconozca la unión entre personas de mismo sexo. En ese sentido, señaló que: “El Proyecto de Ley no solo resulta jurídicamente viable, sino que es representativo de una concreción esencial de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad y no discriminación” (p.25).

Por su parte, la Adjuntía para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad (2014) de la Defensoría del Pueblo elaboró un informe en el que dio a conocer su opinión acerca de la importancia del proyecto de ley presentado. Sostuvo que, de aprobarse el proyecto de ley, ello significaría “(...) un importante avance en el respeto a los derechos de las personas LGTBI y de las parejas del mismo sexo. Contribuirá de forma importante a garantizar sus derechos, entre ellos, al libre desarrollo de su personalidad” (p.22).

No obstante, pese a las recomendaciones y al respaldo del Ministerio de Justicia, la Defensoría del Pueblo, el Poder Judicial y la Fiscalía de la Nación, el 3 de marzo del 2015, el Proyecto de Ley N°2647/2013-CR obtuvo siete votos en contra, cuatro a favor y dos abstenciones, siendo de esta manera archivado e imposibilitando su debate en el del Pleno del Congreso.

1.2.2. Proyecto de Ley N°718/2016-CR, Ley que establece la Unión Civil

En noviembre del 2016, los parlamentarios de Peruanos por el Kambio, Carlos Bruce y Alberto De Belaunde, presentaron ante el Congreso de la República un nuevo proyecto de ley para crear la Unión Civil entre personas del mismo sexo.

Si bien este nuevo proyecto de ley buscaba el mismo objetivo que su antecesor, presentaba ciertas diferencias. En este nuevo proyecto era facultativo por parte de las personas que contrajeran unión civil, el cambio en el estado civil en el Documento Nacional de Identidad (DNI). Este cambio se debió a un pedido de la población LGTBI, sobre todo en provincias,

por temor a ser víctimas de la discriminación. A través de este proyecto, también se busca que las uniones civiles entre personas del mismo sexo fuesen reconocidos como un tipo de familia.

A la fecha de la realización de este trabajo de investigación, el presente proyecto de ley se encuentra a la espera de ser debatido ante la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.

1.2.3. Proyecto de Ley N° 961/2016-CR, Ley de Matrimonio Civil Igualitario

Fue presentado en febrero de 2017 por las parlamentarias Hindira Huilca y Marisa Glave, y fue suscrito por Alberto De Belaunde y Carlos Bruce. A diferencia de los dos proyectos anteriores, este último busca el reconocimiento de la unión voluntaria de dos personas legalmente aptas a contraer matrimonio indistintamente del sexo o género que tengan, a través de la modificación del artículo 234° del Código Civil Peruano.

De esta manera, se busca retirar los términos “varón” y “mujer”, para así definir al matrimonio como “la unión voluntariamente concertada por dos personas legalmente aptas para ella”, haciendo posible de esta manera que dos personas puedan contraer matrimonio independientemente de su orientación sexual y/o identidad de género.

A la fecha de la elaboración del presente trabajo de investigación, el presente proyecto continúa a la espera de ser debatido ante la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.

1.3. Orientación sexual y matrimonio igualitario

1.3.1. Orientación sexual y matrimonio igualitario: Concepto

En el punto 1.1, a fin de tener un mejor entendimiento del tema a tratar en este trabajo de investigación, se explicaron los siguientes conceptos: orientación sexual, identidad de género y expresión de género. En el presente punto se procederá a tratar dichos conceptos con una mayor amplitud.

a) Orientación sexual:

De acuerdo con la APA, la orientación sexual se puede definir como la atracción sexual, afectiva y emocional que sienten las personas hacia otras, ya sea hacia personas del sexo opuesto, de su mismo sexo o hacia ambos sexos. Diversas investigaciones realizadas durante varias décadas han demostrado que la orientación sexual varía desde una atracción exclusiva hacia el sexo opuesto hasta una orientación exclusiva hacia el mismo sexo.

Asimismo, la APA sostiene que los seres humanos no pueden escoger su orientación sexual y que la misma se descubre a inicios de la adolescencia, sin que se haya dado de por medio una experiencia sexual. La orientación sexual no es una elección consciente. Por tanto, no puede ser cambiada (American Psychological Association, 2012).

Por su lado la OEA (2015) se refiere a la orientación sexual 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”. La ACNUDH define a la orientación sexual como a la atracción física, romántica o emocional que existe de una persona hacia otra, la cual difiere de la identidad de género y de los caracteres sexuales (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos , 2016).

Por otra parte, los Principios de Yogyakarta (2006) ,serie de principios que establece cómo es que debería aplicarse la legislación internacional de derechos humanos a los temas de orientación sexual e identidad de género, definen a la orientación sexual 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”.

La orientación sexual se encuentra clasificada generalmente en tres categorías y, de acuerdo con la APA, son las siguientes: heterosexualidad, cuando el individuo tiene

atracciones emocionales, románticas o sexuales hacia miembros del sexo opuesto; homosexualidad, cuando el individuo tiene atracciones emocionales, románticas o sexuales hacia miembros del mismo sexo, y bisexualidad, cuando el individuo tiene atracciones emocionales, románticas o sexuales hacia ambos sexos (American Psychological Association, 2012). Siguiendo esta línea, la ACNUDH (2016) refiere lo siguiente:

Los hombres gays y las mujeres lesbianas se sienten atraídos hacia individuos de su mismo sexo. Las personas heterosexuales se sienten atraídas hacia individuos de un sexo diferente al suyo. Las personas bisexuales (a menudo abreviado como «bi») pueden sentirse atraídas hacia individuos de su mismo sexo o de un sexo distinto. (p.19)

De lo expuesto, se concluye que la orientación sexual es independiente del sexo biológico de la persona (entiéndase a sexo biológico como a aquellas características anatómicas, fisiológicas y genéticas que definen a un individuo como varón o mujer) y de la identidad de género (género con el cual se siente identificada la persona y que puede corresponder o no con su sexo biológico).

b) Matrimonio igualitario:

El matrimonio igualitario, también conocido como matrimonio homosexual, es la unión libre de dos personas del mismo sexo del cual derivan una serie de derechos y obligaciones que ambos cónyuges gozan y están obligados a cumplir, tal como sucede como cuando una mujer y un varón contraen matrimonio. Actualmente es reconocido en 30 países del mundo. Así, por ejemplo, el Código Civil de la Nación de Argentina en el artículo referente al matrimonio expone lo siguiente:

Artículo 172. Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

Por otro lado, el Código Civil Español en su artículo 44º expone lo siguiente:

Artículo 44. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

1.3.2. Orientación sexual, matrimonio igualitario y la sociedad peruana

A diferencia de ciertos países en el que se considera a la homosexualidad como un delito y que debe ser castigado con la pena privativa de la libertad, incluso llegando en algunos lugares a ser castigada con la pena capital, en nuestro país esto no es así. Tener una orientación sexual diferente a la heterosexual no supone una persecución por parte de nuestro Estado. Sin embargo, esto no significa que estas personas puedan desarrollarse de una manera libre, plena y sin temores.

La población LGTBI peruana no solo debe vivir en un país en el que el Estado ha hecho poco o nada al respecto a fin de protegerlos, sino que además esta población debe lidiar con una sociedad conservadora en la que las creencias religiosas tienen una fuerte influencia en el tipo de educación que reciben las personas desde sus primeros años de vida. Es quizá consecuencia de la fuerte influencia de la Iglesia Católica Peruana, así como de otras religiones cristianas ultraconservadoras, el machismo, la homofobia y la falta de información lo que impide a la gran mayoría de peruanos y peruanas, especialmente al sector más conservador (religioso), abandonar el concepto de la familia tradicional (padre, madre e hijos) y de aceptar que existen otras orientaciones sexuales distintas a la heterosexual. Lo cierto es que existe un fuerte rechazo por parte de la sociedad peruana hacia la comunidad LGTBI y al reconocimiento legal de parejas conformadas por personas del mismo sexo, así pues, basta recordar la marcha realizada en el 2015 en contra del proyecto de ley de Unión Civil presentado por Carlos Bruce y que en esos momentos se encontraba en debate en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.

La mayoría de los detractores al reconocimiento de parejas conformados por personas del mismo sexo es el sector conservador y religioso. Toda religión establece normas morales y de grupo acerca de cómo se debe vivir. La homosexualidad es vista de manera negativa en la mayoría de las religiones, por tanto, se espera que los fieles tengan este mismo tipo de actitud. Es por esta razón que hay un fuerte rechazo hacia el matrimonio igualitario, pues se estaría rompiendo con el modelo de familia tradicional (entiéndase este como el modelo de

familia monogámica heterosexual y cuyo fin principal es el reproductivo). Sostienen además que el matrimonio igualitario representa una amenaza para la familia tradicional y para la conservación de la especie humana, argumentos basados en dogmas religiosos que, si bien merecen respeto, no pueden ser utilizados con el fin de impedir que personas con una orientación distinta a la heterosexual puedan gozar de los mismos derechos que la misma.

Si dos personas adultas del mismo sexo, con plenitud de sus facultades mentales, viven juntas; tienen una vida en pareja como cualquier otra, etc. ¿Por qué habría de impedirseles que contraigan matrimonio? De aprobarse el matrimonio igualitario en nuestro país, ello no devendría en una catástrofe como erróneamente se cree. Las parejas heterosexuales podrían seguir contrayendo matrimonio de acuerdo con ley y las familias seguirían existiendo, al igual que las separaciones y los divorcios. La única diferencia sería que aquel grupo de personas, hasta el momento invisibles ante la sociedad y el Estado, encontrarían por fin una protección a su vida en pareja, protección que hasta el momento carecen. El matrimonio igualitario involucra únicamente a aquellas personas del mismo sexo que deseen contraer matrimonio, lo cual no perjudica a terceros ni vulnera los derechos de estos:

Los individuos deberían disfrutar de los mismos derechos (y, por consiguiente, de las mismas obligaciones) en la especificación del marco que genera y limita las oportunidades disponibles para ellos; esto es, deberían ser libres e iguales para determinar las condiciones de sus propias vidas, siempre y cuando no utilicen este marco para negar los derechos de otros. (Held, 2001)

Toda persona está en la libertad de profesar la religión que desee. De igual manera, está en su derecho de promover y buscar como opción de vida aquello que ellos consideran moral y correcto, independientemente si profesan una religión o no. No obstante, lo que no es aceptable es tratar de imponer sus ideas a los demás al sostener y reclamar que la familia tradicional es el único modelo de familia que debe ser reconocido y protegido por el Estado, así como que el matrimonio debe darse únicamente entre parejas de diferente sexo. Esta situación se vuelve más preocupante cuando estos conservadores se encuentran insertos en las estructuras del poder y desde ahí, ya sea a través de frases y/o acciones, normalizan y refuerzan las ideas de que la única orientación sexual aceptada es la heterosexual y que el único modelo de familia válida es el tradicional.

En octubre de 2016, el parlamentario y pastor evangélico, Julio Rosas realizó la Conferencia "Ciencia y Género", en la que el invitado fue el psicólogo mexicano Everardo Martínez, conocido por afirmar que la atracción homosexual puede ser tratada y revertida. Ignorando de esta manera lo establecido por la OMS al dejar de considerar a la homosexualidad como una enfermedad en mayo de 1990 y al rechazo por parte de la OPS hacia las terapias de cambio orientación sexual al ser consideradas una amenaza al bienestar de las personas y por tener consecuencias psicológicas peligrosas.

En línea de lo anterior, la OPS (2012) ha establecido lo siguiente:

En 2009, la Asociación Psicológica Americana condujo una evaluación de 83 casos de personas sometidas a intervenciones de 'reconversión'. No solamente no se han podido demostrar cambios en su orientación sexual, sino que se ha observado que el intento de cambiar se asocia con que depresión, ansiedad, insomnio, sentimientos de culpa y vergüenza e inclusive se han reportado ideaciones e intentos de suicidio.

Además, señala que existe un consenso profesional en la homosexualidad. Es considerada una variación natural de la sexualidad humana y, por lo tanto, no podría considerársele una condición patológica: "En ninguna de sus manifestaciones individuales es un trastorno o enfermedad y por eso no requiere cura. Por esa razón, hace ya varias décadas la homosexualidad fue removida de los sistemas de clasificación de enfermedades" (Organización Panamericana de la Salud, 2012).

A acciones como la del entonces parlamentario, Julio Rosas, se suman expresiones, como las siguientes:

"Hemos defendido a la familia peruana. A la familia natural que es la base de la sociedad". Julio Rosas Huaranga, Fuerza Popular (Redacción Perú 21, 2015).

"No es un derecho de las personas del mismo sexo casarse ni ser parte de un matrimonio porque el matrimonio es otra cosa. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer orientada a la vida". Martha Chávez, Fuerza Popular (Redacción Perú 21, 2015).

El rechazo hacia la comunidad LGTBI y a la legalización del matrimonio igualitario viene también desde las esferas del poder del Estado. Son estas actitudes de algunos congresistas, apoyados por el sector conservador y sus creencias, que hacen que la comunidad LGTBI

siga siendo rechazada, así como cualquier propuesta por el reconocimiento a las parejas del mismo sexo.

1.3.3. Matrimonio igualitario y la Constitución Política del Perú de 1993

En el punto anterior, se ha visto cómo el sector conservador de la sociedad, así como la mayoría parlamentaria se oponen al matrimonio igualitario en una búsqueda de proteger y salvar a lo que ellos entienden como familia natural/tradicional. Sin embargo, no se puede pretender que dicho modelo de familia sea el único protegido y reconocido por el Estado, pues ello no sería compatible dentro de un estado laico y democrático como es el caso del Estado Peruano, más aún cuando nuestro texto constitucional no ha dado una definición concreta de lo que se debe entender por “familia”. El sector conservador considera que el matrimonio debe ser una figura exclusivamente reservada para las parejas heterosexuales, ya que es esta unión la que consagra y da lugar a lo que ellos conocen como familia natural/tradicional, donde el esposo es la cabeza de esta y donde es elemental la función de reproducción a fin de conservar la especie.

Es en este punto que se debe analizar dos asuntos: el primero es si efectivamente nuestra Constitución, como máxima norma, define de una manera concreta la institución familiar o, en otras palabras, acepta como único modelo de familia al modelo tradicional/natural y el segundo es ver si efectivamente nuestro texto constitucional reserva el matrimonio únicamente a parejas heterosexuales.

a) El concepto de familia en la Constitución del Perú:

Si se hace una revisión histórica, fue la Constitución de 1933 que reconoció por primera vez y de manera expresa la protección tutelar de la familia por parte del Estado. Años después, con la Constitución de 1979, definió a la familia como una “sociedad natural y una institución fundamental de la Nación” y, finalmente, la Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 4° estableció que “La comunidad y el Estado (...) protegen también a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (...)”. De lo expuesto, se evidencia que el texto constitucional no brinda ni establece un concepto único de familia, así el modelo de familia

tradicional/natural no se encuentra definido ni establecido en la Constitución. Es decir, no se ha pretendido reconocer un modelo específico de esta.

Debe entenderse que la familia como institución, no es inmutable pues se encuentra sujeta a los cambios que se dan el tiempo y en la sociedad. Incluso ya en el año 1990, la entonces Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, hoy Consejo de Derechos Humanos, publicó un informe en el que se reconocía la naturaleza dinámica de la institución familiar, así pues hechos como son la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio, las migraciones entre otros aspectos, han tenido como consecuencia que se haya dado un cambio en la idea tradicional de familia.

Por otro lado, como ya se mencionó previamente, la Constitución no brinda una definición concreta de familia ni tampoco la identifica con un único modelo, por lo que sería incorrecto afirmar la existencia de un modelo constitucional único de familia. En ese sentido el TC: expresó que: “Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales (...) han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*.” (Schols Pérez contra el Centro Naval del Perú, 2007)

Siguiendo la línea que utilizó el TC en la sentencia antes citada, se desprende que se ha tomado en consideración que el significado de familia ha cambiado y se ha alejado del modelo tradicional nuclear, existiendo así un concepto abierto de familia, el cual va a ir variando conforme a los contextos sociales, culturales y las relaciones humanas. Aquel modelo de familia conformado por el padre, la madre y los hijos, considerado inmutable en el tiempo por ciertos sectores, hoy en día no es el único modelo existente:

(...) la disociación de elementos antes inevitablemente ligados, como son el matrimonio del ejercicio de la sexualidad, la sexualidad de la procreación y, finalmente, la ruptura de la linealidad entre procreación, heterosexualidad, identidad genética y filiación, han dado paso a una amplia gama de situaciones muchas de ellas aún no resueltas jurídicamente, que obligan a una atenta lectura por parte de los operadores del Derecho. (Siverino, 2015, p.108)

Así como el TC no reconoce a un modelo único de familia, ha sido claro también al sostener que la familia no tiene únicamente un fin reproductivo. Aquella conservadora idea de que el fin de formar una familia era la procreación, que prácticamente definía el destino de las familias al ser consideradas como tal, ha sido abandonado por nuestro TC: “(...) la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente. Por cierto, la familia también es la encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales” (Schols Pérez contra el Centro Naval del Perú, 2007). De esta manera, el colegiado reconoce de manera acertada que la familia no puede ser vista únicamente como una fuente de reproducción a fin de conservar la especie, pues el objetivo de formar una familia va más allá del aspecto reproductivo

La familia es el seno de protección del individuo, así como su sostén moral ante las adversidades y un aspecto fundamental para el desarrollo de su plan de vida. Entonces, sería absurdo y egoísta pensar que todas las familias se formaron únicamente con el objetivo de traer hijos al mundo. Querer limitar la razón de ser de la familia únicamente al aspecto reproductivo sería discriminar y dejar de lado a aquellos individuos que por diversas razones no quieren o pueden dejar una prole. El día de hoy, se puede comprobar la existencia de diferentes formas de familias. Es así que existen las familias monoparentales; las que se encuentran conformadas por abuelos y nietos; las que se encuentran conformadas únicamente por una pareja que no desean o pueden tener hijos y las homoparentales. Todas aquellas formas de familia que, si bien no encajan en el modelo tradicional, constituyen un espacio muy importante para el desarrollo de cada uno de sus miembros y son merecedoras de protección por parte del Estado.

El TC ha hecho bien al sostener que sin importar el tipo de familia ante el que se esté esta deberá ser merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad. Por tanto, el principio de protección a la familia que emana del artículo 4° de la Constitución debe extenderse a todas las formas de familia que hoy en día existen sin ser exclusivo del modelo tradicional.

b) El concepto de matrimonio en la Constitución del Perú:

De una lectura del texto constitucional, se desprende que no hay una definición para matrimonio. Nuestra Carta Magna no establece de manera expresa que el matrimonio sea la unión entre un varón y una mujer. Además, no expresa el impedimento que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio. El artículo 4° establece que la comunidad y el estado protegen a la familia y promueven el matrimonio, reconociendo a estos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. Asimismo, este mismo artículo indica que la forma del matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por ley.

La última parte del artículo se refiere al Código Civil de 1994, tema que se tratará más adelante. Ahora se analizará si nuestra Constitución prohíbe o no el matrimonio entre personas del mismo sexo. Si bien el artículo 5° de la Constitución define y establece los requisitos a cumplir del concubinato, esto no debería ser utilizado como argumento a fin de sostener que, si bien el texto constitucional no brinda una definición expresa de matrimonio, por tratarse el concubinato y el matrimonio de situaciones similares, este último debería ser entendido bajo los parámetros establecidos en el artículo 5°. Por lo anterior, Fernández Revoredo (2015) sostiene lo siguiente:

(...) hay que agregar un argumento adicional que han esbozado quienes consideran que el matrimonio y las uniones de hecho del mismo sexo no serían compatibles con la Constitución. Dicha postura sostiene que la norma suprema, tal como está contemplada en el artículo 5°, tiene como elemento intrínseco la relación heterosexual, y que, si esa exigencia se da para este tipo de uniones, con mayor razón tiene que darse para el matrimonio. (p.121)

En el escenario anterior (que lo establecido en el texto constitucional respecto al concubinato, sea aplicado para el matrimonio), se estaría dando lo que se conoce como una analogía, que es el método de integración jurídica en el cual se extiende los efectos de una norma a una situación diferente a la establecida en el supuesto de hecho de dicha norma, pero que guarda una fuerte semejanza o identidad de ratio con esta última. Sin embargo, dicha analogía no sería posible, pues la interpretación analógica de las normas constitucionales no puede aplicarse para restringir derechos.

De esta manera, nuestra Constitución no prohíbe que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio y, si bien no brinda una definición de matrimonio ni de los requisitos de este, no se podría aplicar de manera analógica lo establecido en el artículo 5°, pues se estaría restringiendo un derecho a un sector de la población al impedírseles contraer matrimonio.

La Constitución, al no definir de manera concreta al matrimonio, estaría dando carta abierta para que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio, pues no establece que el mismo sea un derecho exclusivo de las personas heterosexuales, lo cual iría en contra de los principios constitucionales como lo son la dignidad, la igualdad y la autonomía de la persona.

Llegado a este punto, se observa que la Constitución de 1993 no impide que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio. Tampoco brinda una definición de familia, por lo que afirmar que el modelo de familia tradicional es el único aceptado es incorrecto.

Tampoco sería necesaria una reforma constitucional a fin de regular el matrimonio igualitario, pues, como ya se mencionó anteriormente, no hay una limitación de que la institución matrimonial se encuentre reservada exclusivamente para parejas heterosexuales.

1.3.4. Matrimonio y el Código Civil Peruano de 1984

En el punto anterior, se trató el tema de si nuestro texto constitucional prohíbe de manera expresa el matrimonio entre personas del mismo sexo. Es preciso recordar lo establecido en la última parte del artículo 4° de la Constitución en lo referente a “(...) La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por ley”. Es evidente que el texto constitucional hace referencia al Código Civil de 1984.

Nuestro Código Civil en el artículo 234° establece lo siguiente “(...) El matrimonio es la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer legamente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común (...)”. De una lectura del mencionado artículo, se desprende que es un elemento estructural del matrimonio la diversidad sexual de los contrayentes. Es decir que el matrimonio puede

darse únicamente entre un varón y una mujer. En consecuencia, dos personas del mismo sexo no podrían contraer matrimonio al no cumplir dicho elemento. Si bien lo establecido en el Código Civil respecto al matrimonio podría considerarse como un impedimento expreso para que se regule en el matrimonio igualitario en el ordenamiento jurídico nacional, esto no es así.

Recordemos la conocida Pirámide de Kelsen, la cual representa el sistema jurídico escalonado. De acuerdo con este sistema, las normas adquieren su valor de una norma superior. Además, las normas de menor jerarquía deben estar en armonía con las de mayor jerarquía, por lo que no sería aceptable que las primeras contradigan a las segundas. La norma superior y de mayor jerarquía a la cual hace referencia esta pirámide es la Constitución, por tanto, el contenido de las leyes, los decretos legislativos, decretos supremos, etc., no pueden contradecir ni vulnerar lo establecido por el texto constitucional.

Nuestra Carta Magna establece y defiende la igualdad ante la ley de las personas prohibiendo así cualquier tipo de discriminación. De igual manera, establece que las normas relativas a los derechos y libertades serán interpretadas de conformidad con la DUDH y con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Perú (si bien este tema de los instrumentos internacionales se tratará más adelante, es importante mencionar que estos prohíben la discriminación por orientación sexual).

En ese sentido, el artículo 234° del Código Civil, al establecer como elemento esencial que los contrayentes sean personas de distinto sexo, estaría limitando el derecho a contraer matrimonio a un sector de la población, negándole la posibilidad de gozar de dicho derecho a la población LGTBI, razón por la cual el mencionado artículo podría ser declarado inconstitucional por las siguientes razones:

- No estar acorde con lo establecido en el artículo 2.2° de nuestra Constitución, el cual establece lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, condición económica o de cualquiera otra índole”.
- No estar acorde con lo establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades

que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

Sin embargo, debido a lo complejo que supone declarar la inconstitucionalidad de la totalidad o parte de una norma, lo mejor sería optar por una modificación del artículo 234° del Código Civil, tal y como se propone en el Proyecto de Ley N°961/2016-CR, Ley de Matrimonio Civil Igualitario.

1.3.5. Parejas del mismo sexo y las sentencias del Poder Judicial:

Existen tres sentencias históricas dadas por el Poder Judicial respecto al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo. El primer caso, el de Oscar Ugarteche, hasta el momento de la realización de este trabajo de investigación, se encuentran a espera del fallo del Tribunal Constitucional. Respecto a la sentencia que reconoce el matrimonio de Susel Paredes, se encuentra en segunda instancia debido a que RENIEC apeló el fallo emitido por el Décimo Primer Juzgado Constitucional. El tercer caso es del también peruano A.A.M.S., en donde también ha habido un fallo a su favor, ordenándose a RENIEC a que proceda con la inscripción del matrimonio de este. Este caso se encuentra también en segunda instancia actualmente.

Para efectos del presente trabajo de investigación se procederá a realizar un breve recuento de los dos primeros casos, así como un breve análisis de los mismos.

1.3.5.1. Caso Oscar Ugarteche:

a) Antecedentes:

El matrimonio igualitario es legal en México desde agosto del 2010. Gracias a una enmienda realizada al artículo 146° del Código Civil Mexicano, las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio. Desde entonces, son cientos las parejas homosexuales que han empezado a gozar de un derecho que por tanto tiempo les fue negado. Tal es el caso del peruano Oscar Ugarteche Galarza, el cual contrajo matrimonio con el mexicano Fidel Atoche Reyes ese mismo año.

En el 2011, Ugarteche acudió al consulado peruano a fin de poder inscribir su unión y regularizar así sus documentos. No obstante, el consulado le respondió que no sabía cómo proceder ante su caso, por lo que el peruano entregó una carta poder a su abogado en Lima, a fin de que este inscribiera el matrimonio de su patrocinado en el RENIEC.

En marzo del 2012, el RENIEC declaró improcedente la solicitud de Ugarteche, argumentando, entre otros aspectos, que el artículo 234° del Código Civil únicamente reconoce el matrimonio entre un varón y una mujer, por lo que su matrimonio no podía ser inscrito por tratarse de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo. Ugarteche apeló la resolución que declaró improcedente la solicitud de inscripción del Acta del Matrimonio por vulnerar sus derechos constitucionales a la igualdad y a la no discriminación recogida en la Constitución y en los diversos tratados internacionales firmados y ratificados por el Perú.

En junio de ese mismo año, el RENIEC a través de una Resolución Regional declaró infundado el recurso de apelación presentado, reiterando nuevamente entre sus considerandos principales que el artículo 234° del Código Civil señala que el matrimonio es la unión entre un varón y una mujer y de que no existe en la legislación nacional un respaldo normativo para el matrimonio entre personas del mismo sexo. En julio de 2012, Ugarteche presentó recurso de revisión contra la Resolución Regional reiterando que la decisión de RENIEC representaba una vulneración a sus derechos constitucionales a la igualdad y a la no discriminación recogida en el texto constitucional y en los diversos tratados internacionales firmados y ratificados por el Perú. En agosto, el RENIEC declaró infundado el recurso de revisión solicitado argumentando que no se habían vulnerado los derechos constitucionales del demandante, poniendo fin a la vía administrativa. En diciembre del 2012, Ugarteche presentó una demanda de amparo, dando inicio al proceso judicial.

b) Sentencia del Séptimo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Lima:

El 21 de diciembre del 2016, el Séptimo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Lima (en adelante, el Séptimo Juzgado), dio un fallo histórico para la población

LGTBI, pues declaró fundada la demanda de Oscar Ugarteche, ordenando así al RENIEC que proceda a inscribir el matrimonio del demandante.

El Séptimo Juzgado a fin de determinar si lo establecido en el artículo 234° del Código Civil es contrario o no a nuestra Constitución, identificó una serie de derechos constitucionales, los cuales podrían haberse visto vulnerados por la decisión del RENIEC, que utilizó como argumento lo establecido en el artículo antes mencionado y así negar la inscripción del matrimonio celebrado entre Oscar Ugarteche y Fidel Aroche. Los derechos constitucionales identificados por el Juzgado fueron los siguientes: derecho a la dignidad (artículo 1° de la Constitución), derecho al libre desarrollo y bienestar (artículo 2.1. de la Constitución), derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación (artículo 2.2. de la Constitución), derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 2.7. de la Constitución) y a la paz, tranquilidad y demás (artículo 2.22. de la Constitución).

El colegiado consideró también importante tener en cuenta lo establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución respecto a que las normas relativas a los derechos y a las libertades que se encuentran reconocidas en la Constitución deben ser interpretadas en armonía con la DUDH y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias que el nuestro país haya suscrito.

Afirmó que se debía tener también en consideración lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que hace referencia también a la interpretación de los derechos constitucionales, su contenido y sus alcances, los cuales deben hacerse en conformidad con la DUDH. Asimismo, los tratados sobre derechos humanos y las decisiones adoptadas por los Tribunales Internacionales sobre derechos humanos de los que Perú es parte. En ese sentido, el Séptimo Juzgado basó su argumentación en los siguientes tratados y/o acuerdos internacionales al momento de realizar su fallo a favor de Ugarteche:

- Primer párrafo del artículo 2° de la DUDH, “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole (...)”.

- Principios de Yogyakarta, que es un documento que extiende explícitamente las normas del DIDH a las personas homosexuales, bisexuales, transexuales y transgénero, a fin de protegerlas y evitar abusos. Si bien el mismo no constituye en sí un Instrumento Vinculante del DIDH, los redactores de este consideran que debería ser adoptado como una norma universal de obligatorio cumplimiento para los Estados.
- El artículo 16° de la DUDH el cual reconoce el derecho de los hombres y mujeres a contraer matrimonio y a fundar una familia, entre otros aspectos y elementos relacionados a dicho derecho. Además, la última parte del artículo en cuestión sostiene que la familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que la misma tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. El Juzgado consideró que, de acuerdo con los Principios de Yogyakarta, el mencionado artículo debe aplicarse también a las personas homosexuales, bisexuales, transexuales y transgénero.
- El numeral 3 del artículo 23° del PIDCP, el cual reconoce el derecho que tienen el hombre y la mujer, de tener edad para hacerlo, a contraer matrimonio, así como fundar una familia.
- El artículo VI de la DADDH, que reconoce el derecho que tienen todas las personas a formar una familia.
- El numeral 2 del artículo 17° de la CADH, el cual reconoce el derecho que tienen el hombre y la mujer, de tener edad para hacerlo, a contraer matrimonio y a formar una familia de acuerdo a las condiciones establecidas por las leyes internas de cada país, en la medida que estas últimas no afecten el principio de no discriminación establecido por la CADH.
- El artículo 24° de la CADH, que establece la igualdad de todas las personas ante la ley, por lo que todas tienen el derecho, sin discriminación, a recibir una igual protección de la misma.

El Séptimo Juzgado también tomó en consideración la jurisprudencia del TC acerca del tema de la familia, el cual, al ser un instituto natural, es susceptible de cambios de acuerdo a los nuevos contextos sociales, lo que ha significado un cambio en la estructura de la familia nuclear tradicional alrededor de la figura del pater familias. Sostuvo que si bien el derecho a contraer matrimonio es diferente al de formar una familia, no debe existir impedimento para que una familia pueda formarse a partir de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo.

El Séptimo Juzgado hizo una breve cronología respecto a cómo alrededor del mundo se han ido reconociendo el derecho a que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio. Mencionó, además, que al momento en que se redactó el artículo 234° del Código Civil de 1984 era inimaginable pensar en el matrimonio como la unión entre dos personas del mismo sexo. Consideró que el Código Civil no se ha adaptado los nuevos cambios respecto al matrimonio igualitario, por lo que hoy en día dicho tema es razón de un fuerte debate.

El Séptimo Juzgado mencionó que no iba a debatir si se debía aprobar o no el matrimonio entre dos personas del mismo sexo en nuestro país, pues únicamente se iba a limitar a verificar si la negativa del RENIEC de inscribir el matrimonio del demandante había vulnerado o no los derechos constitucionales de este. En ese sentido planteó la siguiente pregunta: ¿Existe una razón objetiva y razonable para no reconocer el matrimonio homosexual celebrado por el señor Ugarteche en la ciudad de México? El Séptimo Juzgado consideró que la razón por la cual el RENIEC se negó a reconocer a inscribir el matrimonio es porque el mismo fue celebrado entre dos personas del mismo sexo, lo cual no constituye un argumento razonable ni objetivo, por lo que el mismo resultaba discriminatorio y contrario a nuestra Constitución. Consideró además que se habían vulnerado los derechos establecidos en el artículo 2° de la misma.

Asimismo, el Séptimo Juzgado expresó su rechazo a que los derechos de las parejas homosexuales se sigan viendo vulnerados, considerando necesario que exista una institución que reconozca sus derechos, así como la necesidad de que la Constitución deba interpretarse conforme a los cambios y exigencias que la sociedad reclama.

También rechazó toda oposición de carácter religioso al reconocimiento del matrimonio igualitario por tratarse el Perú de un país laico.

Finalmente hizo un recuento de los casos más emblemáticos llevados ante la Corte IDH respecto al tema de la discriminación por orientación sexual:

- La Corte Interamericana ya ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en 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. (Duque vs Colombia, 2016)
- En ese sentido, el instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de orientación sexual que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención. Lo anterior sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1. de la Convención Americana. (Duque vs Colombia, 2016)
- (...) la falta de consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerando como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia de controversia en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de conceso no puede conducir al Tribunal de abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana. (Atala Riffo vs. Chile, 2012)

Es así que, en base a lo expuesto y a las normas glosadas, el Séptimo Juzgado consideró que la pretensión del demandante resultaba amparable, no siendo aceptable que el mismo sufra algún tipo de discriminación debido a su orientación sexual y habiendo el RENIEC violentado sus derechos constitucionales establecidos en los artículos 1°, 2.1°, 2.2°, 2.7°, 2.22°, 200.2° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el artículo 2° y 16° de la DUDH; el artículo 23° PIDCP y el artículo VI de la DADDH.

De esta manera el RENIEC quedaba obligado mediante dicha sentencia a reconocer y a inscribir el matrimonio celebrado por el demandante en el extranjero en el Registro Civil correspondiente.

1.3.5.2. Caso Susel Paredes:

a) Antecedentes:

En junio de 2015, la Corte Suprema de los Estados Unidos, a través de una sentencia histórica, declaró que impedir que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio vulneraba lo establecido en su Constitución. A partir de este suceso, cientos de parejas empezaron a contraer matrimonio, siendo uno de esos casos el de la peruana Susel Ana María Paredes Pique y su pareja (ahora esposa) Gracia María Francisca Aljovín de Lozada, quienes se casaron el 4 de agosto del 2016 en la ciudad de Miami, ubicada en el estado de Florida. Cuando la pareja obtuvo la partida de matrimonio debidamente apostillada, presentó una carta de solicitud ante el RENIEC, a fin de que este procediera a inscribir su matrimonio en sus registros.

Sin embargo, la misma fue rechazada el 6 de febrero del 2017 a través de la Resolución N°303-2017-GOR/JR10LIM/ORLIMRENIEC. Esta resolución emitida por RENIEC fue impugnada por las solicitantes, pues sostenían que dicha resolución no presentaba argumentos que refutaran o se opusieran a los argumentos expuestos en la carta de solicitud. La resolución del 6 de febrero del 2017, fue confirmada por el RENIEC a través de la Resolución N° 077-2017/GOR/JR10LIM/RENIEC en la que se señalaba que el artículo 234° del Código Civil establece que el matrimonio es la unión voluntaria y concertada, entre un varón y una mujer. En ese sentido, no puede inscribirse el matrimonio de las solicitantes, al ser estas dos personas del mismo sexo. La entidad también argumentó que, al haber sido celebrada dicha unión en la ciudad de Miami, se debe de aplicar las normas contenidas en el Libro X del Código Civil. Pese a ser válido el matrimonio entre ambas mujeres en los Estados Unidos, el mismo carece de validez en el territorio nacional, ya que en el nuestro país la figura del matrimonio es privativo de las parejas heterosexuales.

Agotada la vía administrativa, la pareja presentó un proceso de amparo ante el Décimo Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Lima (en adelante, el Décimo Primer Juzgado).

b) Sentencia del Décimo Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Lima:

El 22 de marzo de 2019, el Décimo Primer Juzgado emitió sentencia en la cual declaró fundada la demanda de proceso de amparo contra el RENIEC presentada por Susel Paredes y María Gracia Aljovín, solicitando además a la entidad que vuelva a emitir una resolución tomando en consideración los fundamentos expuestos en la sentencia y proceda a inscribir el matrimonio de las demandantes.

El Décimo Primer Juzgado expresó en su sentencia que, si bien el concepto de familia tenía antes un concepto bastante restringido, el mismo se ha ido ampliando a través de la jurisprudencia y las legislaciones. En este punto, quisiera agregar un comentario propio que versa sobre el tema anterior en lo referente al concepto de familia y es que el TC a través de la sentencia Schols Pérez ya había establecido también que no existe un acuerdo doctrinario acerca del *nomen juris* de la organización familiar, lo que da lugar a diversas denominaciones de familia como lo son las: familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, etc. Por lo que sería erróneo considerar que el modelo clásico de familia (padre, madre e hijos) es el único existente y, por tanto, merecedor de protección. Como ya se ha mencionado a lo largo del presente trabajo de investigación, la organización familiar es dinámica y, siguiendo lo establecido por nuestra Constitución respecto a la protección familiar y al derecho de igualdad y de no discriminación, todas ellas deben de recibir una protección por parte del Estado.

Retomando lo establecido por el Décimo Primer Juzgado, el mismo sostuvo que la manera en cómo nuestra Constitución ha sido redactada, no restringe de forma expresa ni tácita el matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo que su análisis e interpretación deben de hacerse de acuerdo a los criterios del desarrollo evolutivo del derecho sobre la materia.

Además, se hizo mención el criterio utilizado por el TC en su Sentencia N° 6040-2015-AA, en la cual se establecía que la identidad de género y otros conceptos de ese tipo (incluido el matrimonio), no son conceptos estáticos, sino que evolucionan con el tiempo, por lo que se debe de proteger los derechos de las personas. Si bien el

TC en dicha sentencia no hace un pronunciamiento sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, puesto que no era la pretensión de la demanda, no hay tampoco un pronunciamiento ni una expresión omisiva, ni cuestionamiento al reconocimiento del mismo. Así el Décimo Primer Juzgado cita lo establecido por el TC en dicha sentencia:

1. En la STC 0139-2013-PA/TC se estableció, como doctrina jurisprudencial, que el sexo era un elemento inmutable y que, consecuentemente, no era viable solicitar su modificación en los documentos de identidad. Esto, además, se asoció con la idea de que cualquier alteración de la identidad en función de ese criterio debía ser entendido como un "trastorno" o una "patología".
2. Este Tribunal Constitucional estima que es pertinente analizar, a la luz de este caso, si la postura jurisprudencial antedicha debe ser proseguida. Sobre ello, es preciso recordar que la labor jurisdiccional está sujeta a una constante evolución. Esto implica entre otras cosas, que posiciones que antes fueron asumidas, hoy puedan ser dejadas de lado, ya que los derechos, por el trasunto del tiempo y su incidencia en la transformación de las sociedades, necesitan nuevos ámbitos de protección, que antes habían sido invisibilizados,
3. Esta situación es aún más notoria en lo que se refiere a la interpretación de un documento como la Constitución, cuyas disposiciones jurídicas suelen estar marcadas por la ambigüedad y la indeterminación. Esta textura abierta y compleja determina que la labor interpretativa goce de una posición privilegiada en el Estado Constitucional, ya que será indispensable que los operadores jurisdiccionales actualicen y den contenido a dicho programa normativo con la finalidad de no desamparar a las personas por aspectos o cuestiones que, en su momento, no fueron objeto de discusión en los debates de los creadores de dicho documento. (Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga(Ana María Romero Saldarriaga) contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y el Ministerio Público, 2016)

La doctrina utilizada por el TC en dicha sentencia es de las Resoluciones de la Corte IDH y otros instrumentos internacionales, por lo que se puede apreciar que en dicha sentencia hubo un control de convencionalidad, no sobre la Constitución, sino sobre normas de menor jerarquía. En dicho caso, sobre el Reglamento de inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Recuerda también que lo establecido por el TC en la Sentencia N° 6040-2015-AA no ha sido la única oportunidad en la que dicho tribunal ha usado el control de convencionalidad:

12. La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder

público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal. (Caso Arturo Castillo Chirinos, 2006)

El Décimo Primer Juzgado recordó que nuestra Constitución faculta a los Jueces de la República a ejercer el control difuso de constitucionalidad para que los tribunales nacionales están facultados para realizar el control de convencionalidad en casos concretos. Agregó que, de acuerdo al criterio de la Corte IDH, existe una obligación de aplicar las normas convencionales sobre derechos humanos.

Para continuar con el desarrollo de los criterios que utilizó el Décimo Primer Juzgado para resolver el presente caso es importante hacer mención del control de convencionalidad, pero ¿qué es este control? El control de convencionalidad es la obligación que tienen los operadores de justicia y todos los funcionarios del Estado al momento de realizar la interpretación de las normas internas, pues la misma debe estar hecha de forma tal que sea compatible con las obligaciones internacionales del Estado y que le den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente (Nash Rojas, 2013).

Siguiendo los criterios utilizados por el TC respecto a la aplicación del control de convencionalidad, el Décimo Primer Juzgado estableció que el artículo 10° del PIDESC garantiza el derecho de los cónyuges a contraer matrimonio y que no hace referencia alguna al sexo o género de los contrayentes. Asimismo, que el artículo VI de la DADDH manifiesta que todas las personas tienen derecho a constituir una familia sin que se haga una distinción de las personas que la constituyen (que tengan que ser de un determinado sexo o heterosexuales) y, finalmente, que el artículo 250° del Código Civil afirma que el derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero tiene la misma eficacia en el Perú, siempre y cuando dicho derecho sea compatible al orden público internacional y con las buenas costumbres.

Además, el Décimo Primer Juzgado tomó en consideración lo establecido por la OC 24/17, llegando a la conclusión que no solo se debe reconocer el derecho de las

parejas del mismo sexo respecto a los aspectos patrimoniales, sino que también se les debe reconocer el derecho a ser consideradas familia:

191. Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corte no encuentra motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por medio de relaciones afectivas con ánimo de permanencia, que buscan emprender un proyecto de vida conjunto, típicamente caracterizado por cooperación y apoyo mutuo. A juicio de este Tribunal, no es su rol distinguir la valía que tiene un vínculo familiar respecto de otro. No obstante, esta Corte estima que sí es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo a la Convención.

192. Por estas razones, la Corte coincide con su par Europeo en cuanto a que sería una distinción artificial afirmar que una pareja del mismo sexo no puede gozar de un vínculo familiar como lo podría hacer una pareja heterosexual. Asimismo, como ya se indicó, una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual (supra párr. 179). El Tribunal estima importante destacar que con ello, no se está demeritando otras modalidades de familia, ni tampoco se está desconociendo la importancia de esta institución como elemento fundamental de la sociedad; por el contrario, la Corte le está reconociendo igual dignidad al vínculo afectivo de una pareja conformada por dos personas que son parte de una minoría históricamente oprimida y discriminada. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017)

Por lo que en el presente caso no se debía de aplicar el artículo 234° del Código Civil en el extremo en que fija como contrayentes, necesariamente, a personas de distinto sexo. Prevalciendo así lo establecido por las normas convencionales que establecen que se debe proteger aquel vínculo familiar, el cual puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. En esa línea, la Corte IDH (2017) ha señalado lo siguiente:

31. La Convención Americana, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), protege el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo en los términos establecidos en los párrafos 173 a 199. (p.88)

El matrimonio de las demandantes se celebró en Florida, Estados Unidos. Estado en el cual el matrimonio entre personas del mismo sexo se encuentra reconocido. Dicho reconocimiento ha sido producto de las decisiones de los tribunales de justicia o de las legislaciones. Por ello:

52. (...) por lo que puede considerarse que existe un entendimiento de los países de la región en el proceso de adopción de este tipo de matrimonio en sus legislaciones y su jurisprudencia, en muchos casos antes de que se emitiera la OC 24/17 por la

CIDH, por lo que es posible considerar que es ya un derecho reconocido ampliamente. (Décimo Primer Juzgado Constitucional, 2019, p. 16)

Finalmente, el Décimo Primer Juzgado declaró nulas las resoluciones administrativas N°303-2017-GOR/JR10LIM/ORLIMRENEC y N°077-2017/GOR/JR10LIM/RENEC por las siguientes razones:

- Ambas resoluciones administrativas han tenido como base el Código Civil, cuya aplicación en el presente caso afecta un derecho fundamental. Es así que es posible realizar un control de convencionalidad aplicando la OC 24/17, la cual establece que el matrimonio entre dos personas del mismo sexo como una forma de familia y una forma de matrimonio se encuentra amparado por la CADH.
- La pretensión de las demandantes de que se les reconozca en el Perú el matrimonio que contrajeron en el extranjero es válido, puesto que existen normas internacionales que amparan dicho derecho. Por otro lado, las normas peruanas se dieron en un escenario pre constitucional y pre convencional.
- Las sociedades y los Estados deben de avanzar hacia una tolerancia democrática, lo que permite que las minorías puedan gozar de los derechos en condiciones de igualdad, sin sufrir discriminación.

Esta sentencia como la anterior, significan un gran avance en lo que se refiere a los derechos de las personas LGTBI. Si bien los casos no han concluido, es esperanzador observar cómo los legisladores haciendo una adecuada interpretación de las normas nacionales y tomando en consideración las obligaciones internacionales que tiene el Perú. En ambas sentencias, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, así como otros derechos que las personas LGTBI ven constantemente vulnerados, han sido respetados trayendo así una esperanza para los futuros casos que se puedan presentar.

Capítulo II: Derecho a la igualdad y a la no discriminación

Como se vio en el capítulo anterior, la comunidad LGTBI en nuestro país vive en una peligrosa situación de vulnerabilidad debido a la falta de políticas públicas que velen por sus derechos, a esto se suma la hostilidad que existe por gran parte de la sociedad civil. Están también los congresistas, pues recordemos cómo es que, durante las últimas legislaciones, se ha entorpecido e impedido cualquier posible avance y/o cambio en la legislación a favor de este sector de la población.

En el siguiente capítulo, se desarrollará el tema del derecho a la igualdad y a la no discriminación, pues además de ser quizá el pilar más importante del sistema de los derechos humanos, el mismo se encuentra estrechamente relacionado con el tema de investigación del presente trabajo, puesto lo que se busca determinar es si impedir que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio, menoscaba y viola dicho derecho constitucional.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, hubo un compromiso por parte de la comunidad Internacional para que nunca más se vuelvan cometer las mismas atrocidades que se dieron durante dicho conflicto. Es así como se crea la DUDH, documento que los Estados que forman parte de la comunidad Internacional se encuentran obligados a respetar y el cual establece aquellas libertades y derechos que merecen protección y de los cuales deben de gozar todas las personas, a fin de poder llevar una vida plena en libertad, igualdad y dignidad.

La DUDH establece lo siguiente: “Artículo 1: Todos los seres humanos nacen libres e **iguales en dignidad y derechos** y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (el subrayado es propio). Tanto la libertad como la igualdad son quizá los derechos humanos más importantes, por lo que su protección y no vulneración son prioridad para la comunidad internacional, colocando así a dichos derechos en el primer artículo de la de DUDH.

Asimismo, queda claro que la libertad y la igualdad son inherentes a la naturaleza humana, por lo que todas las personas, sin excepción, gozan de dichos derechos desde su nacimiento. En ese sentido, cualquier acción por parte del Estado o sus particulares que atente contra lo establecido en el primer artículo o de cualquier otro artículo de la DUDH no está permitida.

Pero el derecho a la igualdad y a la no discriminación no solo encuentra su protección en la DUDH, sino que también se encuentra recogido en otros instrumentos normativos internacionales y de los cuales el Perú forma parte, por lo que se encuentra en la obligación de cumplir con lo ahí establecido. Por otro lado, dentro de nuestra normativa interna, el derecho a la igualdad y a la no discriminación se encuentra recogido en el artículo 2° de la Constitución del Perú. Es así que este derecho encuentra su protección tanto dentro del marco normativo internacional como dentro del nacional.

Las personas LGTBI durante muchos años han visto vulnerado su derecho a la igualdad y a la no discriminación por parte del Estado a través de sus leyes y miembros del gobierno. Pese a que el Estado se encuentra obligado de garantizar el goce y protección de todos los derechos a todos sus habitantes, en nuestro país tal como en muchos otros, esto no es así y es que: “(...) las actitudes homofóbicas sumamente arraigadas, a menudo combinadas con la falta de protección jurídica adecuada contra la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, exponen a muchas personas LGBT de todas las edades y en todas las regiones del mundo a violaciones flagrantes de sus derechos humanos” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012,p.5). Al respecto la ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navi Pillay, sostuvo lo siguiente:

El argumento en favor de extender a las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero (personas LGBT) los mismos derechos que gozan todas las demás personas no es radical ni complicado. Se basa en dos principios fundamentales que sustentan las normas internacionales de derechos humanos: igualdad y no discriminación. Las palabras iniciales de la Declaración Universal de Derechos Humanos son inequívocas: “Todos los seres nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,2012, p.5)

2.1. La igualdad

2.1.1. Dimensión constitucional

Partiendo del punto de vista constitucional, la igualdad tiene una doble dimensión: la primera concibe a la igualdad como principio rector de todo ordenamiento jurídico y estado democrático de derecho, por lo que su organización y su actuación se encuentran regidos por este principio. Por tanto, al ser la igualdad un valor fundamental y una regla básica del núcleo

de todo sistema constitucional democrático, el estado tiene el deber de garantizarla y preservarla (Defensoría del Pueblo, 2007). Desde esta dimensión, la igualdad sirve como guía para examinar la posible afectación de los diversos bienes constitucionales existentes.

La segunda dimensión se refiere a la igualdad como un derecho constitucional subjetivo, individual e inherente a toda persona, lo que significa que ante situaciones o hechos similares, las personas tienen el derecho a ser tratadas con igualdad. En este punto es importante anotar que la igualdad requiere de ciertos términos de referencia para poder ser declarada. En otras palabras, la igualdad no es un derecho fundamental autónomo es un derecho relacional, puesto que su ejercicio se encontrará siempre vinculado con el ejercicio de otro derecho. De ahí que García Morillo (2010) señala lo siguiente:

Es difícil, en efecto, concebir el derecho a la igualdad como un derecho autónomo, como es difícil pensar en una violación del derecho a la igualdad que no comporte, simultáneamente, la vulneración de otro derecho. Esto es así porque la específica naturaleza de la igualdad ante la ley exige que su transgresión se proyecte sobre algún campo material concreto; no se viola la igualdad en abstracto, sino en relación con -o más bien, en la regulación, ejecución o aplicación del acceso a los cargos públicos, la libertad de residencia, el derecho al trabajo o la tutela judicial efectiva, por sólo poner unos ejemplos. (p.144)

Así la igualdad asegura el goce real, pleno y efectivo de los derechos y libertades recogido en la Constitución y en otras leyes.

2.1.2. Dimensión formal y material

La **dimensión formal**, además de ser un postulado fundamental del Estado liberal de Derecho, es la dimensión más clásica y común en cuanto al derecho a la igualdad se refiere; convirtiéndose así en la dimensión de igualdad que mayor relevancia ha alcanzado en los sistemas jurídicos de occidente, encontrándose presente en todas sus constituciones.

Esta dimensión tiene como base al principio de igualdad, el cual supone el reconocimiento de un mismo estatuto jurídico para todos los ciudadanos, lo que implica la garantía de la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del Derecho (Pérez Luño, 2007). Este principio tiene además dos componentes: el primero es la **igualdad de la ley o en la ley**. Esto supone que, al momento en que se aprueba una norma, el contenido de la misma debe de ser igual para todos, quedando prohibido cualquier contenido discriminatorio. El segundo

es **la igualdad ante la ley**. Esto quiere decir que no pueden darse arbitrariedades al momento en el que se aplica una norma.

Es así que la igualdad formal actúa como un límite a la acción de los poderes del Estado, en especial para el poder legislativo, pues se exige que todas las personas reciban el mismo trato (igualdad ante y en la ley) o, lo que es lo mismo, se reconoce un mismo estatuto jurídico-político para todas ellas; no encontrándose permitidos tratos diferenciados de manera injustificada que carezcan de objetividad y razonabilidad por parte del Estado.

Por otro lado, se encuentra la **dimensión material** de la igualdad. En principio, esta dimensión de la igualdad no es otra cosa que una reinterpretación de la dimensión material, la cual ya se trató en líneas anteriores. Para entender a qué se refiere esta dimensión de la igualdad, debemos tener presente que dentro de toda sociedad siempre se han dado, se dan y se seguirán dando desigualdades sociales y económicas entre los individuos que la conforman; es dentro de este escenario que entra a tallar la dimensión material de la igualdad.

No basta que el Estado dicte normas no discriminatorias, sino que ha de adoptar las medidas necesarias, por ejemplo, normas aparentemente desigualitarias, a fin de lograr una igualdad efectiva entre ciertos sectores de la sociedad que, debido a las desigualdades sociales y económicas, se encuentran en una situación de inferioridad (Cuenca Carmona, 1994).

De esa manera, se dan situaciones en las que las personas reciben un tratamiento jurídico desigual y favorable como respuesta a la situación de desigualdad en la que se encuentran, especialmente en aquellos casos en los que las personas pertenecen a colectivos discriminados u olvidados. A esto se le conoce como la igualdad material (también llamada igualdad sustancial).

Habiendo entendido las dimensiones de la idea de igualdad, es importante señalar que no se debe de desvincular la dimensión formal de la dimensión material. Tampoco se debe de creer que una es opuesta a la otra, todo lo contrario. Ambas dimensiones se complementan y es: “(...) en el carácter complementario de ambas dimensiones del principio de igualdad (formal y material) donde reside la legitimidad de un modelo social plenamente democrático” (Seco Martínez, 2017, p.69). Así no solo es necesario que todas las personas gocen de los mismos

derechos (igualdad formal), también que todas ellas se encuentren en las mismas condiciones (igualdad material) para poder ejercer sus derechos con plenitud: “Poder elegir, poder ejercerlos, presupone las condiciones (de posibilidad) para poder hacerlo” (Seco Martinez, 2017, p.69).

2.2. La discriminación

2.2.1. Concepto y elementos

La discriminación es un serio problema que se encuentra presente en la sociedad. Pese a encontrarse prohibida por las legislaciones internas y por diversos tratados y convenios internacionales, las prácticas discriminatorias continúan dándose, atacando así la dignidad de las personas. Pero ¿qué es la discriminación? La discriminación es aquel trato diferenciado que se da en una situación análoga por motivos (origen étnico o nacional, religión, edad, género, etc.) que se encuentran prohibidos por el ordenamiento jurídico. Así personas que en esencia son iguales y, por tanto, gozan de los mismos derechos, sufren un trato diferenciado que menoscaba, vulnera y, en algunas ocasiones, anula el goce y ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales.

En esa línea, la Defensoría del Pueblo (2007) esgrime que:

Los actos discriminatorios se basan en un prejuicio negativo que hace que los miembros de un grupo sean tratados como seres no sólo diferentes, sino inferiores. El motivo de la distinción es algo irrazonable y odioso. En tal sentido, tales actos vulneran la esencia misma del ser humano –su dignidad– hasta el punto de negar a ciertos individuos o colectivos su condición misma de personas, limitando el ejercicio de sus derechos.(p.29)

Estos prejuicios negativos tienen como base las convicciones y creencias personales. Lo que lleva a otorgar a determinadas identidades étnicas o raciales, creencias religiosas, modelos estéticos, etc. una superioridad exacerbada por lo que todo aquel individuo que no las comparta o las posea será visto y considerado como un inferior (Defensoría del Pueblo, 2007). Esta actitud genera brechas sociales, las cuales invisibilizan a estos grupos humanos considerados como inferiores, poniéndolos en una situación de desventaja y de vulnerabilidad frente a aquellos que no sufren de discriminación.

En nuestro país la población afro descendiente, las personas con discapacidad, las mujeres, los descendientes de pueblos indígenas y la población LGTBI son los grupos humanos que

más sufren por estas prácticas discriminatorias, llegando incluso a afectar la esfera jurídica de estos grupos humanos y, consecuentemente, el goce de sus derechos y libertades.

Para que una acción/práctica sea considerada discriminatoria deben de concurrir los siguientes tres elementos:

- a) Trato diferenciado o desigual (*tracto*): una persona o un grupo de personas recibe un trato que se caracteriza por ser diferenciado o desigual; este elemento es el punto de partida de cualquier acto o trato discriminatorio. Si bien este elemento ocasiona una exclusión, distinción o restricción de los derechos y libertades de las personas, la sola presencia de este no puede ser considerado como acto discriminatorio, ya que, en determinadas ocasiones, es necesario que se dé trato diferenciado a fin de corregir desigualdades existentes.
- b) Motivo o una razón prohibida (*critérium*): el trato diferenciado o desigual hacia un sujeto o sujetos tiene como base ciertas características (religión, raza, sexo, orientación sexual, etc.) determinadas de los mismos. Estas conductas se encuentran prohibidas por el ordenamiento jurídico. El motivo o razón prohibida puede encontrarse en función de:
 - Características personales que son independientes de la voluntad del sujeto tales como raza, origen, sexo, identidad étnica o cultural, idioma, discapacidad, enfermedad, apariencia física, condición económica, condición social, etc.
 - Posiciones que asumen los sujetos en ejercicio del libre desarrollo de su personalidad: orientación sexual, religión, opinión política, etc.

La lista de motivos mencionada anteriormente no es una lista taxativa o limitativa. Tanto el ordenamiento jurídico nacional como el internacional han hecho uso de la expresión “cualquier otra índole” y “cualquier otra condición social” en aquellos artículos normativos que prohíben la discriminación; lo que hace que la lista sea una lista enunciativa. Esto permite que, en caso aparecieran nuevas formas de discriminación, estas se encontrarían previstas en dichas expresiones.

- c) **Objetivo o resultado:** como consecuencia de los elementos anteriores, las personas afectadas obtienen como resultado una anulación, un menoscabo o una violación al reconocimiento, ejercicio y goce de alguno de sus derechos.

2.2.2. Tipos de discriminación

2.2.2.1. Discriminación directa e indirecta

La **discriminación directa** es sencilla de identificar. Esta se da cuando una persona o un grupo de personas reciben un trato diferenciado, el cual resulta injustificado y arbitrario, siendo perjudicial para la persona o grupo de personas que lo sufre. Este trato se encuentra en función de ciertas características específicas de la persona o grupo de personas tales como la raza, sexo, orientación sexual, discapacidad, etc. las cuales son invocadas de manera explícita al momento de realizar la distinción o exclusión. Es decir, existe una intención de discriminar, intención que tiene como base un motivo considerado como prohibido para dispensar un trato desigual (Defensoría del Pueblo, 2007).

Como ejemplo, tenemos el caso que resolvió nuestro TC al determinar que se estaba frente a una discriminación directa cuando una mujer fue despedida de su puesto de trabajo por encontrarse en estado de gestación:

(...) el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, como también lo es la negativa a contratar a una mujer embarazada, o cuando una trabajadora percibe una remuneración inferior al de un trabajador por un mismo trabajo. Son manifestaciones de discriminación directa porque excluyen la posibilidad de justificar, objetivamente, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida. (Rosa Bethzabé Gambini contra la la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana (SBLM) y el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES), 2008)

Respecto a la **discriminación indirecta**, esta no es tan fácil de identificar como en el caso de la discriminación directa. En el segundo caso, la forma en cómo se manifiesta la discriminación es evidente lo que la hace sencilla de detectarla; en cambio, en el primer caso esto no es así. Esto se debe a que el acto discriminatorio a primera vista no es evidente pues, si bien no existe la intención de discriminar o, en todo caso, la misma está formulada de forma neutral, el acto o la conducta deviene en discriminatorio (Defensoría del Pueblo, 2007).

En este tipo de discriminación la regla o medida es aparentemente neutra sin intención de discriminar. Sin embargo, da lugar a discriminación por su efecto adverso, exclusivo o desmedido para una categoría de personas (Comité de Derechos Humanos, 2004).

Dicho lo anterior, nos encontraríamos frente un caso de discriminación indirecta cuando, por ejemplo, para la obtención de un puesto de trabajo, se exige a los postulantes el dominio de cierto idioma sin que la capacidad lingüística de estos sea un requisito indispensable para el desempeño de dicho puesto.

2.2.2.2. Discriminación positiva y negativa

Siendo quizá la igualdad y la no discriminación la base principal de la teoría de los derechos humanos, la comunidad internacional, a través de convenios y declaraciones, no solo ha enfatizado la importancia de prohibir y acabar con la discriminación, también ha enfatizado la importancia de que los Estados Parte adopten diversas medidas tendientes a equiparar las oportunidades de quienes, por su raza, sexo, religión, condición social, etc. se encuentran en una condición desigual de manera persistente (Fundación Mujeres en Igualdad contra Freddo, 2002).

A lo anterior se le conoce como **discriminación positiva**, también llamada compensatoria o inversa, y, tal cómo se puede apreciar de lo expuesto en el párrafo anterior, este tipo de discriminación se refiere a aquellas medidas o acciones especiales aplicadas por el Estado y sus poderes públicos a un grupo o colectivo social determinado.

Hay veces en las que reconocer el derecho a la no discriminación y la existencia de normas respecto al tema no es suficiente para aquellos grupos o colectivos sociales que tradicionalmente han sufrido de discriminación y marginación al colocarlos en una situación de inferioridad, desventaja y desprotección. Con el objetivo de compensar y corregir el escenario anterior, el Estado adopta y aplica medidas o acciones especiales.

Aunque suene contradictorio, en aquellas situaciones en las que han existido patrones o constantes históricas de trato desigual es necesario discriminar para igualar. Se acude así a los llamados "programas de acción afirmativa", cuyo propósito es reparar injusticias pasadas

(Fundación Mujeres en Igualdad contra Freddo, 2002). Estas acciones, también llamadas acciones positivas, son instrumentos legítimos de políticas públicas utilizados por los Estados en ejercicio de su tutela antidiscriminatoria, los cuales surgen como una necesidad de acabar con la situación de discriminación en la cual se encuentran determinados grupos o colectivos de personas.

Un ejemplo de discriminación positiva sería la exigencia de que cierto porcentaje en las listas de postulantes a cargos públicos o representativos se encuentre reservado para mujeres y grupos indígenas, a fin de superar las desventajas a las que estas personas pertenecientes a estos grupos se ven sometidas de manera continua, pues la realidad demuestra que determinados grupos han sido marginados permanentemente de la vida política del país, lo que ha implicado, entre otros aspectos, que carezcan de la posibilidad de postular a un cargo público (Defensoría del Pueblo, 2007).

Por otro lado, tenemos a la **discriminación negativa**. Al respecto, Abraham Magendzo Kolstrein (1995) la define como aquella discriminación que:

(...) se ejerce en especial contra grupos humanos identificables sobre la base de prejuicios, estereotipos, etnocentrismo, en el binomio grupos superiores e inferiores, y que tiene expresiones muy concretas y visibles en la práctica social-cotidiana de nuestra existencia. [...] está instalada en el diario quehacer de nuestras existencias, en la cultura cotidiana y que, desafortunadamente, la ejercemos permanentemente de manera inconsciente y también conscientemente. (p.187)

La discriminación negativa se encuentre presente en nuestra vida cotidiana. Es parte de nuestro día a día y es ejercida incluso a veces de manera inconsciente pues forma parte del lenguaje: chistes, actitudes en el ámbito laboral, la manera en cómo nos relacionamos con algunas personas, etc. Su práctica es tan normalizada que ha llegado a internalizarse en el ámbito de las instituciones públicas y privadas, al respecto el mismo autor señala:

(...) muchas discriminaciones negativas de la vida cotidiana son consideradas como ‘inocentes’, ‘sin malas intenciones’ (...), referidas tan solo como ‘expresiones del lenguaje popular cotidiano’ que se utilizan en los chistes, en los cafés (...) ocultan arraigados prejuicios, desarrollan profundos estereotipos y en ocasiones desembocan generalizaciones y extrapolaciones ligeras que finalmente se instalan con fuerza en la cultura de los grupos sociales como eslabones de una cadena y un tejido discriminador muy potente y amenazador.(p.193)

Un claro ejemplo de este tipo discriminación negativa es cuando en diversos programas de televisión se hace chistes y bromas burlándose y discriminando a los homosexuales, a las mujeres, a las personas con algún tipo de discapacidad etc.

2.3. El derecho a la igualdad y a la no discriminación dentro del marco normativo internacional

La persona y la protección de su libertad y de sus derechos son un tema que interesa a toda la comunidad internacional. Es así que, a fin de garantizar la dignidad de la persona, hay valores que son prioritarios y cuya protección merece un especial interés.

Para garantizar lo anterior la ONU ha creado una serie de serie de tratados. De esta manera, los países que hayan suscrito dichos instrumentos internacionales asumen, en virtud del derecho internacional, la obligación y el deber de respetar, proteger y realizar los derechos humanos (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, s.f.). Por tanto, ningún Estado puede ni debe interferir y/o limitar el goce y disfrute de los derechos y libertades de las personas; todo lo contrario. Existe una obligación y deber por parte del mismo de adoptar las medidas necesarias a fin de proteger los derechos humanos y las libertades frente a posibles abusos que pudieran darse.

Los diversos tratados internacionales de los cuales el Perú ha decidido de manera soberana ser parte han pasado a ser incorporados a nuestro ordenamiento jurídico interno. De esta manera, nuestro país ha adquirido una serie de obligaciones y deberes frente a sus habitantes, pero también frente a la comunidad internacional de la cual es parte y a los organismos internacionales que se encargan de velar por el cumplimiento de la normativa internacional. Como ya se ha podido apreciar a lo largo del presente trabajo de investigación, las personas LGTBI se encuentran en una constante situación de vulnerabilidad y de desprotección jurídica, viéndose impedidos muchas veces de gozar de manera plena los derechos y libertades que les corresponden en virtud de su naturaleza humana. Por ello, la ACNUDH (2012) ha señalado lo siguiente: “(...) las normas internacionales de derechos humanos prohíben la discriminación sobre la base de la orientación sexual y la identidad de género. La orientación sexual y la identidad de género, al igual que la raza, el sexo, el color o la religión, no son fundamentos permisibles para establecer distinciones” (p.39)

A lo largo de este punto se pondrá en evidencia que tanto el sistema universal como el sistema interamericano de protección de derechos humanos no han sido ajenos a la discriminación que sufre este colectivo. También se expondrán los pronunciamientos realizados por la ONU y la OEA a través de sus órganos respecto al tema.

2.3.1. Tratados del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos

2.3.1.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Fue aprobada por la AG el 10 de diciembre de 1948 y fue adoptada por el Perú el 9 de diciembre de 1959 a través de la Resolución Legislativa N°13282. Las declaraciones tienen más una fuerza moral que jurídica, tal como lo plantea Nikken (1989):“(…) son actos solemnes por los cuales representantes gubernamentales proclaman su adhesión y apoyo a principios generales que se juzgan como de gran valor y perdurabilidad, pero que no son adoptadas con la formalidad ni con la fuerza vinculante de los tratados” (p.66).

Pero fue en 1968 a través del artículo 2° de Proclamación de Teherán que se estableció el carácter obligatorio de la DUDH para los Estados Parte:

Artículo 2. La Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional.

De esta manera, se exhortaba a toda la comunidad internacional a cumplir y respetar lo establecido en la DUDH, a fin de garantizar que todos los seres humanos puedan gozar de una vida digna, así como de sus derechos y libertades.

La DUDH permite evaluar las actuaciones y el comportamiento de los Estados Parte frente a sus habitantes en materia de derechos humanos. Reconoce, entre otros derechos inherentes a la naturaleza humana, el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Respecto el tema, establece lo siguiente:

Artículo 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. (El subrayado es propio)

Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación. (El subrayado es propio)

Respecto a lo anterior, la ACNUDH (2012) ha señalado que:

Todos tienen el derecho de estar libres de discriminación, incluso la basada en la orientación sexual y la identidad de género. Este derecho está protegido por el artículo 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como por las disposiciones sobre no discriminación de los tratados internacionales básicos de derechos humanos. Además, el artículo 7 de la Declaración Universal establece que todas las personas son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. (p.37)

Siguiendo la línea de lo citado anteriormente, el artículo 2º de la DUDH reconoce a la igualdad como un derecho que tienen todas las personas sin excepción, convirtiéndola así en un derecho fundamental e irrenunciable de todo ser humano. Además de ser un derecho fundamental, la igualdad reconocida en este artículo tiene que considerarse como un principio que se proyecta sobre todos y cada uno de los demás derechos que se reconocen en la DUDH (Sempere Navarro & Cano Galán, 2008).

Es importante añadir que el listado recogido en este artículo no es una lista taxativa o limitativa, pues contiene las expresiones “cualquier otra índole” y “cualquier otra condición”, lo que permite extender sus efectos a categorías que, si bien no se encuentran mencionadas de manera expresa en artículo 2º, merecen ser protegidas por tratarse de situaciones que pueden ser motivo de discriminación. En ese sentido, se debe entender que las categorías orientación sexual y la identidad de género, por ejemplo, se encuentran también protegidas por este artículo. Por tanto, los efectos del artículo 2º se extienden a todos los seres humanos por igual. Esto incluye a las personas LGTBI, por lo que una interpretación distinta a la anterior devendría en arbitraria e injustificable y, por lo tanto, discriminatoria.

Por su parte, el artículo 7º abarca un tema que ya ha sido tratado y desarrollado en el punto 2.2.2 del presente trabajo de investigación: la igualdad ante la ley. La DUDH, a través de este artículo, establece y reconoce que todos los seres humanos sin excepción son iguales ante la ley. Por lo que la seguridad jurídica, la protección de sus derechos y la protección contra toda forma de discriminación se encuentran garantizadas. De esta manera, es obligación de cada Estado Parte que lo establecido en este artículo se cumpla.

Ya para finalizar lo referido a la discriminación respecto a su tratamiento en la DUDH, es importante enfatizar que el derecho internacional ha definido a la discriminación como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferenciado que se base, directa o indirectamente, en un fundamento prohibido de discriminación y que tenga la intención de causar, anular o afectar el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de derechos garantizados por el derecho internacional. En ese sentido, las diferencias de trato basadas en un fundamento prohibido se consideran discriminatorias, a menos que el Estado pueda demostrar que existe una justificación razonable y objetiva para la diferencia de trato (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012).

Por tanto, los Estados Parte están impedidos de limitar el goce y ejercicio de los derechos y libertades de las personas LGTBI. Entonces, por ejemplo, cuando un Estado no permite que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio por encontrarse esta figura reservada únicamente para personas de distinto sexo se incurre en un acto discriminatorio, vulnerando así lo establecido en el artículo 2° de la DUDH. Pues, como ya se expuso en líneas anteriores, la ONU, a través de la ACNUDH, ha establecido que la orientación sexual se encuentra dentro de los fundamentos prohibidos de discriminación.

2.3.1.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

La AG, a través de la Resolución 2200 A (XXI), aprobó el PIDCP el 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor recién el 23 de marzo de 1976. Cabe señalar que el Perú, recién en marzo de 1978, adoptó dicho protocolo a través del Decreto Ley N°22128.

La creación y posterior adopción de este pacto significó un hito importante en materia de derechos humanos por dos motivos: primero, el contenido del PIDCP genera obligaciones jurídicas que son directamente vinculantes para los Estados Parte y, segundo, es a través de este instrumento internacional que los derechos de primera generación quedan consolidados en el Derecho Internacional.

El PIDCP está dividido en seis partes. La primera parte enmarca en el derecho de todos los pueblos (no de los individuos) a la libre determinación. La segunda establece las condiciones generales de aplicación del PIDCP: las obligaciones de los Estados, la igualdad de género, la suspensión y límite de las obligaciones del PIDCP. La tercera lista los derechos sustantivos

del Pacto. La cuarta se refiere a los aspectos institucionales de la vigilancia del PIDCP, incluyendo el órgano de monitoreo, su conformación, elección y facultades. La quinta explicita las salvaguardas respecto de la soberanía de los recursos naturales, así como la relación entre las obligaciones del PIDCP y otras obligaciones de la Carta de Naciones Unidas. La última parte establece los aspectos de firma entrada en vigor y modificación (Barrena, 2012).

Respecto al derecho de igualdad el PIDCP establece lo siguiente:

Artículo 2.

Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (El subrayado es propio)

Artículo 3.

Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto. (El subrayado es propio)

Artículo 26-

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

El artículo 2.1° establece que todas las personas que se encuentren dentro del territorio de alguno de los Estados Parte verán garantizados y respetados cada uno de los derechos contenidos en el PIDCP. Por tanto, estos están en la obligación de asegurarse que su legislación interna no menoscabe ni vulnere el ejercicio de dichos derechos, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la igualdad. Además de la anterior obligación, los Estados Parte deben de tomar las medidas necesarias, a fin de proteger o restablecer los derechos establecidos en el PIDCP en caso de que alguno de ellos se vea limitado o violado.

El artículo 3° guarda estrecha relación con lo mencionado en el párrafo anterior y con lo que se desarrollará en el siguiente párrafo. Este establece que tanto hombres como mujeres deben

tener garantizados el goce de todos los derechos contenidos en el PIDCP. El efecto de este artículo lógicamente también incluye a las personas LGTBI, pues hacer una distinción entre este grupo y las demás personas vulneraría lo establecido en el artículo 2.1° y 26° del presente pacto, los cuales establecen que no cabe ningún tipo de discriminación. Es importante agregar que estos últimos artículos mencionados incluyen las expresiones “otra índole” y “cualquier otra condición social”, lo que permite abarcar otros aspectos personales que, si bien no se encuentran mencionados de manera expresa, pueden ser motivo de un acto discriminatorio, tal como es el caso de discriminación por orientación sexual.

Por su parte, el artículo 26° hace referencia a un derecho que ya sido desarrollado con anterioridad y este es el derecho que tienen todas las personas a ser tratadas con igualdad ante la ley y a recibir una protección también igualitaria por parte de esta, sin que medie algún tipo de discriminación.

2.3.2. Tratados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

2.3.2.1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Entre el 30 de marzo y 2 de mayo de 1948, se llevó a cabo en Colombia, la Novena Conferencia Interamericana denominada la “Conferencia de Bogotá”, en la que participaron las 21 naciones americanas. El hecho más importante de la Conferencia de Bogotá fue la aprobación de la DADDH el 30 de abril de ese mismo año.

La DADDH, además de ser considerado el primer catálogo de derechos humanos de la época contemporánea, ya que su aprobación precede a la DUDH, también es considerada como la “Carta Magna del Sistema Interamericano”, puesto que ninguna otra resolución tiene en su contenido un listado tan exhaustivo de los derechos humanos como lo tiene la DADDH.

En sus inicios, la naturaleza jurídica de la DADDH era vista como una mera declaración de principios no vinculantes; compromisos de buena voluntad cuyo incumplimiento no generaba responsabilidad a los Estados. Incluso el Consejo Interamericano de Jurisconsultos confirmó esta naturaleza cuando, en setiembre de 1979, se pronunció negativamente sobre la fuerza vinculante de la declaración al indicar que era evidente que la misma no crea una obligación jurídica contractual (Salmón, 2019).

No fue hasta 1989 que la naturaleza de la DADDH cambiaría a través de la Opinión Consultiva 10 en la cual la Corte IDH (1989) sostuvo lo siguiente:

43. Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA (...) para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales.(p.14)

Desde entonces, la DADDH tiene carácter vinculante para los estados miembros de la OEA, constituyendo así una fuente de obligaciones de derecho internacional. Además, este instrumento constituye un parámetro de interpretación de la CADH (Salmón, 2019), instrumento el cual se tratará más adelante.

Teniendo clara la naturaleza jurídica de la DADDH es momento de señalar qué es lo que establece esta respecto al derecho a la igualdad:

Artículo 2: Derecho de igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna. (El subrayado es propio)

Es evidente qué es lo que busca proteger el artículo 2° de la DADDH, pues el contenido del mismo es claro no siendo necesario profundizar al respecto. Sin embargo, no se puede pasar por alto las palabras finales del artículo y la importancia de las mismas, las cuales se explicarán a continuación.

Podría creerse que el listado de aspectos personales mencionados de manera expresa en el artículo 2° son los únicos motivos por los cuales una persona podría ser discriminada y, por tanto, los alcances del derecho protegido por este artículo se extienden solo a la raza, el sexo, el idioma y el credo. No obstante, esto es incorrecto. El haber incluido las palabras “ni otra alguna” en la redacción del artículo demuestra que la intención era tener una lista abierta e ilustrativa. En otras palabras, que los fundamentos de discriminación no están cerrados (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012). De esta manera, los efectos del artículo 2° no se limitan únicamente a la raza, el sexo, el idioma y el credo, ya que, al tratarse de una lista enunciativa, los efectos se extienden también a otros aspectos personales que puedan dar lugar a prácticas discriminatorias, como

es el caso de la orientación sexual, y que, al momento de la redacción de la DADDH, no fueron consideradas no porque hayan carecido de importancia, sino porque, dada la época y el escenario de post guerra en la que se redactó y aprobó la misma, los aspectos personales mencionados de manera expresa en el artículo 2° habían sido, hasta ese momento, los motivos más comunes y evidentes de discriminación.

Entonces, si todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en la DADDH, significa que las parejas conformadas por dos personas del mismo sexo deberían estar en la posibilidad de poder formar una familia y recibir protección para ella, tal como lo establece el artículo 6° de la DADDH. Esto no representa un problema cuando la pareja en cuestión vive en alguno de los Estados Miembros que reconocen y regulan, en su legislación interna, el matrimonio igualitario o, como en el caso particular de Chile, la unión civil pero ¿qué sucede con estas parejas cuando viven en un Estado Miembro que no reconoce las uniones entre personas del mismo sexo? ¿Estarían en la posibilidad de poder gozar del derecho recogido en el artículo 6° de la DADDH?

En un Estado Miembro en el que se encuentra prohibido que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio y que tampoco brinda la alternativa de que estas puedan acceder a la figura de la unión civil a fin de recibir algún tipo de protección jurídica por parte del Estado, se estaría contraviniendo lo establecido en dicho artículo. En el escenario anterior, se estaría limitando los alcances del derecho a contraer matrimonio y todos los efectos jurídicos que esto conlleva, lo que da lugar a una situación de discriminación.

De manera libre y soberana, los países que suscribieron la DADDH han asumido un compromiso, por lo que, en virtud de ello, todos los estados firmantes se encuentran obligados a cumplir con lo establecido en ella. En este punto, es de interés señalar la posición que dio el Perú en su momento respecto a la fuerza jurídica que tiene la DADDH (1989):

13.(...) que si bien antes de entrar en vigencia la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración podría ser tenida como instrumento sin mayores consecuencias jurídicas, la Convención Americana al conferirle un carácter especial en virtud de su artículo 29, que prohíbe toda interpretación que conduzca a “excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”, se ha dado a la citada Declaración una jerarquía similar a la que tiene la propia Convención para los Estados Parte, contribuyendo con ello a la promoción de los Derechos Humanos en nuestro Continente.(p.5)

De lo anterior, se desprende que el Estado Peruano reconoce la importancia jurídica que tiene la DADDH, dándole incluso un valor similar al que tiene una convención. Incluso resalta el aspecto referente a que toda acción que excluya o limite los derechos contenidos en la DADDH se encuentra prohibida. Independientemente que, luego, la Corte IDH emitiría la Opinión Consultiva 10 en la que se estableció el carácter vinculante de la DADDH. Es importante señalar que, desde antes, nuestro país ya reconocía y le brindaba una fuerte importancia a la misma.

Siguiendo esta línea, sería inaceptable cualquier acción discriminatoria por parte de algún Estado Miembro de la OEA. En ese sentido, el hecho que el matrimonio igualitario no se encuentre regulado en las legislaciones de la mayoría de los países de la región estaría yendo en contra de lo establecido no solo en la DADDH, sino también en contra de lo establecido en la CADH. El hecho de que un Estado reconozca y regule una figura jurídica, como lo es el matrimonio civil, y que excluya arbitrariamente a un sector de la población vulnera el derecho a la igualdad y, por lo tanto, la idea de que todas las personas gozan de los derechos y deberes recogidos en la DADDH, incurriendo así en una acción evidentemente discriminatoria.

2.3.2.2. Convención Americana de Derechos Humanos

La CADH, también llamada Pacto de San José, fue redactada en la ciudad de San José de Costa Rica en el mes de noviembre de 1969, durante la celebración de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. No obstante, no entró en vigor hasta el 18 de julio de 1978.

Su creación y posterior entrada en vigor significó un hecho histórico para el sistema de protección de los derechos humanos en el continente americano, pues se trata del tratado más importante del sistema interamericano y sobre el cual reposan los mecanismos que permiten activar una posibilidad real de protección y garantía de los derechos humanos (Salmón, 2019). Actualmente, son 25 los países del continente americano que, a la fecha, han ratificado o se han adherido a la CADH.

Además de recoger algunos de los derechos previstos en la DADDH y construir un sistema de protección sobre la base de estos, la CADH es el primer instrumento con carácter vinculante en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ya que, si bien la DADDH posee el mismo carácter, en un principio ello no fue así (Salmón, 2019).

Por tanto, aquellos Estados que, en ejercicio de su libertad soberana, se hayan adherido o hayan ratificado la CADH deben de respetar el contenido de la misma. Consecuentemente, los derechos contenidos en dicho instrumento no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Así en la protección a los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1986).

A fin de salvaguardar los derechos contenidos en la CADH, esta creó dos órganos que estarían encargados de conocer cualquier violación a los derechos humanos dentro del continente americano: la CIDH y la Corte IDH. En lo que respecta al derecho a la igualdad, la CADH refiere lo siguiente:

Artículo 1: Obligación de Respetar los Derechos.

Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (El subrayado es propio)

Artículo 24: Igualdad ante la Ley.

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. (El subrayado es propio)

El artículo 1.1° la CADH confiere dos obligaciones: la de respetar y la de garantizar los derechos y libertades de todo ser humano.

La obligación de respetar supone que el Estado, incluyendo a sus agentes, deberá de abstenerse de cometer acciones que puedan violar los derechos y libertades recogidos en la CADH. Cabe agregar que la Corte IDH ha reconocido que existe una necesidad de restringir

el ejercicio del poder estatal para la protección de los derechos humanos, en tanto estos son atributos inherentes a la dignidad humana y superiores al poder del Estado (Salmón, 2019).

La otra obligación que confiere este artículo es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de estos derechos y libertades a todo ser humano sujeto a su jurisdicción sin ningún tipo de discriminación (Salmón, 2019). Al respecto, la Corte IDH ha expresado lo siguiente:

166.(...)Esta obligación implica el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos [...] los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. (Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988)

Así, siguiendo lo planteado por la Corte IDH, es indispensable que los Estados Parte tomen las acciones pertinentes con el fin de que el goce y el ejercicio de los derechos y libertades recogidos en la CADH se vean asegurados a través del ejercicio del poder público (Salmón, 2019).

Entonces, de acuerdo a lo desarrollado hasta el momento, el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los Estados por el artículo 1.1° no puede verse afectado o influenciado por acciones discriminatorias, por lo que sería inaceptable que algún Estado, ya sea de manera dolosa o involuntaria, se desentienda de dichas obligaciones frente a determinados grupos o colectivos sociales, por ejemplo, la población LGTBI.

El artículo 1.1° contiene una lista de categorías sospechas, bajo las cuales los Estados se encontrarían prohibidos de realizar distinciones. También se han incluido las expresiones “cualquier otra índole” y “cualquier otra condición social”. Como ya se ha mencionado en líneas anteriores, tales expresiones dan lugar a una lista enunciativa, por lo que las obligaciones de respeto y de garantía contenidas en este artículo se extienden a todas las personas más allá de la raza, color, sexo, idioma, religión y/o opiniones políticas. Al respecto la Corte IDH ha señalado lo siguiente:

85. Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1 de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo. (Caso Atala Riffo vs. Chile, 2012)

En ese sentido, pese a que la orientación sexual y la identidad de género no se encuentran mencionadas de manera expresa en el artículo 1.1°, la Corte IDH a través de la sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs. Chile estableció lo siguiente:

91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 83 a 90), la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está prohibido por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de una persona” (Caso Atala Riffo vs. Chile, 2012)

Posición que fue reiterada por la Corte IDH en la OC 24/17:

68. De acuerdo con lo anterior, la Corte ha determinado, teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. (p.35)

Por lo que ningún Estado Parte podría dejar de cumplir sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos y libertades frente a las personas LGTBI, pues estaría incurriendo en responsabilidad internacional. La resistencia social y política, así como la presión religiosa, suelen ser la causa de la limitación al reconocimiento y los derechos de las personas LGTBI (Siverino, 2015). Al respecto, la Corte IDH ha sido bien clara al señalar lo siguiente

91.(...) 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.
(...)

93. Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie por su orientación sexual. Ello violaría el art. 1.1 de la Convención. (Atala Riffo vs. Chile, 2012):

Por su parte, el artículo 24° de este mismo cuerpo legal establece la ya conocida igualdad ante la ley. Así, mientras el artículo 1.1° hace referencia al deber del Estado de respetar y garantizar sin discriminación los derechos contenidos en la CADH, el artículo 24° protege el derecho a igual protección de la ley (Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, 2008)

Todas las personas, sin excepción, deben de recibir la misma protección legal por parte de los Estados, por lo que no sería concebible que alguna persona y/o grupo de personas se encontrara en una situación de vulnerabilidad jurídica. Sin embargo, ello dista de la realidad, ya que, como ya se ha analizado a lo largo del presente trabajo de investigación, los grupos minoritarios históricamente discriminados, como es el caso de la población LGTBI, encuentran en su día a día una desprotección por parte del Estado y sus leyes.

Mientras el alcance del artículo 1.1° está orientado a los derechos recogidos en la CADH, el artículo 24° extiende sus alcances al derecho interno de los Estados Parte, al compromiso adquirido de respetar y de proteger lo establecido en la CADH. Por esta razón, el ordenamiento jurídico de estos no podría contener normas con contenido discriminatorio, pues se estaría vulnerando el principio de igualdad ante la ley. En otras palabras, el artículo 24° condena todo tipo de acción discriminatoria de origen legal.

Los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe (Yatama vs. Nicaragua, 2005). Por consiguiente, todas las personas deben tener la garantía de que gozarán de igualdad frente a las disposiciones del derecho interno de los Estados, así como de sus actuaciones. En este sentido, las personas, sin importar su orientación sexual, deberían de poder contraer matrimonio. Caso contrario, se estaría frente a un caso de discriminación:

82. (...) si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o

su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana. (Atala Riffo vs. Chile, 2012)

Las parejas conformadas por personas del mismo sexo se encuentran impedidas de poder contraer matrimonio en nuestro país pues, tal como se mencionó en líneas anteriores, nuestro Código Civil ha establecido que el matrimonio es únicamente entre un varón y una mujer, teniendo como resultado una situación de desprotección jurídica a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, debido a que nuestro ordenamiento carece de salvaguardas jurídicas que puedan revertir dicha situación.

2.4. Casos en el marco internacional e interamericano respecto al tema del derecho a la igualdad y a la no discriminación por orientación sexual

2.4.1. Casos resueltos por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

2.4.1.1. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

La CCPR es el órgano encargado de supervisar que los Estados Parte apliquen de manera adecuada lo establecido en el PIDCP. Se encuentra conformado por 18 miembros expertos en el tema de derechos humanos y son nacionales de los Estados Parte. Los candidatos a miembros del CCPR son propuestos por los Estados Parte y de ser elegidos, ejercen el cargo por un periodo de cuatro años en base a lo establecido en los artículos 28° al 39° del PIDCP.

Este órgano posee cuatro funciones: la primera es la de recibir y examinar los informes presentados por los Estados Parte sobre la adopción de medidas a fin de cumplir con el contenido del PIDCP; la segunda es la de elaborar las "observaciones generales" que sirven de guía a los Estados Parte al detallar sus principales obligaciones; la tercera es la de examinar las denuncias que un Estado Parte pueda presentar contra otro por no cumplir con sus obligaciones de acuerdo a lo establecido en el PIDCP, y, finalmente, la cuarta función es la de recibir y examinar denuncias de casos individuales en los que el Estado Parte haya supuestamente vulnerado o violado alguno de los derechos y/o libertades PIDCP. Esta última función es la que es de interés para lo que se va a desarrollar en el presente punto.

El CCPR, en ejercicio de esta última función, resuelve las denuncias a través de Dictámenes. Estos, si bien no tienen la misma fuerza y vinculatoriedad jurídica que las sentencias, su

contenido debe ser tomado en consideración por los Estados Parte, pues estos, haciendo ejercicio de su libertad soberana, decidieron de manera voluntaria adherirse al PIDCP, asumiendo por tanto las obligaciones que este implica.

2.4.1.2. Casos

a) Toonen vs. Australia (1994):

- El ciudadano australiano Nicholas Toonen (en adelante, el autor), denunció ante el CCPR haber sido víctima de violaciones hacia su persona por parte del Estado Australiano debido a que la legislación interna de dicho país vulneraba el párrafo 1 del artículo 2° y los artículos 17° y 26° del PDICP.
- El autor impugnó los literales a) y c) del artículo 122° y el artículo 123° del Código Penal de Tasmania. Estos consideraban que era delito las diversas formas de contacto sexual entre hombres, incluso cuando estas se dieran entre hombres homosexuales adultos con su consentimiento y en privado. Además, estos artículos facultaban a los oficiales de policía a poder investigar aspectos de su vida privada e incluso proceder a su detención cuando se tuviesen motivos para creer que participaba en actividades sexuales contrarias a lo establecido por estos artículos.
- El Estado Australiano reconoció que los artículos impugnados injerían de manera arbitraria la vida privada del autor. Las autoridades estatales alegaban que los artículos impugnados tenían su justificación en la salud pública y la moral. Uno de los objetivos de dichos artículos era el de impedir la propagación del VIH/SIDA en el Estado. También sostuvieron que, al no poseer el artículo 17° del PDICP cláusulas limitativas específicas, los temas referidos a la moral deben considerarse como una cuestión que cada país debía de decidir.
- El CCPR determinó lo siguiente:
 - La penalización de prácticas homosexuales no puede ser considerada un medio razonable o una medida proporcionada para impedir la propagación del VIH/SIDA.

- De acuerdo a lo establecido en artículo 17° del PIDCP, la actividad sexual consensuada entre dos personas adultas se encuentra dentro del ámbito de “vida privada”, por lo que los literales a) y c) del artículo 122° y el artículo 123° del Código Penal de Tasmania representan una "injerencia" continua y directa en la vida privada del autor.
- La “inclinación sexual” está comprendida dentro de la referencia “sexo”, que figura en el párrafo 1 del artículo 2° y en el artículo 26°.
- Se han violado los derechos del autor, recogidos en el párrafo 1 de los artículos 2° y 17° del PIDCP.
- Los literales a) y c) del artículo 122° y el artículo 123° del Código Penal de Tasmania debían de ser revocados, pues su contenido vulneraba lo establecido en el PIDCP.

b) Young vs. Australia (2003)

- Edward Young (en adelante, el autor), ciudadano australiano, mantuvo una relación homosexual con el Sr. C. durante 38 años, un ex combatiente a quien el autor cuidó los últimos años de su vida hasta su fallecimiento en diciembre de 1998.
- Luego del deceso de su pareja, el autor presentó una solicitud ante la Comisión de Repartición (en adelante, la Comisión), a fin de que se le otorgara una pensión en calidad de persona a cargo de un veterano, en virtud del artículo 13° de la Ley sobre los derechos de los ex combatientes (VEA). Dicha solicitud fue rechazada por la Comisión, la cual argumentó que, de acuerdo lo establecido por la ley, el autor no podía ser considerado como persona a cargo. Concretamente la Comisión basó su argumento en el artículo 11° (establecía a quiénes se les podía considerar como persona a cargo, dentro de los cuales estaba el/la compañero/a) y el artículo 5E° (establecía, entre otros aspectos, cuáles eran los requisitos para ser considerado/a compañero/a; uno de ellos: vivir con otra persona del sexo opuesto).

- El autor solicitó la revisión de la decisión de la Comisión a la Junta Apelación de Ex combatientes (VRB). Sin embargo, la misma fue confirmada.
- El autor denunció al Estado Australiano ante el CCPR argumentando que la única razón por la cual se le negó la pensión en calidad de persona a cargo de un veterano estaba basada en su orientación sexual. Por tanto, el Estado Parte habría violado el artículo 26° PIDCP.
- El CCPR determinó lo siguiente:
 - La única razón alegada por las autoridades del Estado Parte al momento de negar la pensión solicitada por el autor fue que el mismo no había cumplido con el requisito de haber vivido con una persona del sexo opuesto. Lo que demuestra que la orientación sexual del autor fue determinante en la decisión de las autoridades australianas.
 - Se ha manifestado con anterioridad que la prohibición de discriminación del artículo 26° del PIDCP incluye a la orientación sexual.
 - No toda distinción equivale a una discriminación, siempre y cuando dicha distinción esté basada en criterios razonables y objetivos. En el presente caso, el Estado Parte no ha demostrado que la distinción hecha entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión en virtud de la VEA, y compañeros heterosexuales no casados, a los que sí se les permite recibir prestaciones de pensión en virtud de la VEA, haya estado basada en criterios razonables y objetivos. Por lo que se concluye que el sexo y la orientación sexual del autor fueron la razón por la cual se le denegó la pensión.
 - El Estado Parte ha violado el artículo 26° del PIDCP al haber denegado al autor su derecho a recibir una pensión, en base de su sexo u orientación sexual. El autor ha sido víctima de una violación del artículo 26° PIDCP y, de acuerdo al literal a) del tercer párrafo del artículo 2° del mismo instrumento, este tiene derecho a un recurso efectivo e incluso a que las

autoridades del Estado Parte examinen nuevamente la solicitud de pensión.

- El Estado Parte está obligado a informar al CCPR las medidas tomadas respecto al presente caso y a adoptar las medidas necesarias, a fin de que en un futuro no se vuelvan a dar violaciones análogas del PIDCP.

c) X¹ vs. Colombia (2007):

- El Señor X, ciudadano colombiano, mantuvo 22 años de relación y 7 años de convivencia con el Sr. Y, del cual además dependía económicamente. Luego del fallecimiento de su pareja, el Sr. X presentó una solicitud de sustitución pensional al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, División de Prestaciones Económicas (en adelante, el Fondo). El Fondo denegó la solicitud del autor, argumentando que el decreto reglamentario 1160 de 1989 no permitía otorgar la sustitución pensional entre personas del mismo sexo.
- El autor interpuso una denuncia contra el Estado Colombiano (en adelante, el Estado Parte), alegando lo siguiente:
 - Ha sido víctima de discriminación debido a su orientación sexual y de su sexo, vulnerando el párrafo 1 del artículo 2° del PDICP. El Estado parte ha incumplido con el compromiso de garantizar a todos los habitantes de su territorio políticas de no discriminación.
 - Se ha vulnerado el artículo 3° del PDICP al negársele a una pareja homosexual los derechos que gozan una pareja heterosexual sin que exista justificación alguna. Pues, pese que se cumplió con los requisitos legales establecidos para acceder a una pensión, esta se le fue negada debido a su orientación sexual.

¹ Los nombres y apellidos tanto del autor como de su pareja han sido omitidos debido a una solicitud de confidencialidad formulada por una de las partes.

- Se ha vulnerado el artículo 5° del PIDCP. Además, el Estado Parte ha desconocido las decisiones anteriores del CCPR respecto a la prohibición de discriminación por razones de orientación sexual.
 - La ley colombiana ha sido aplicada de manera restrictiva afectando y poniendo en peligro su subsistencia y calidad de vida.
 - Se vulnerado el párrafo 1 del artículo 14° del PIDCP, pues no ha recibido un trato igualitario antes los tribunales colombianos.
 - Se ha vulnerado el artículo 17° del PIDCP respecto al primer párrafo y alega que el Estado Parte ejerció una injerencia negativa, pues su orientación sexual ha sido razón por la cual se le ha negado la pensión. Respecto al segundo párrafo, alega que su vida privada ha sido fundamental (relegando así a un segundo plano los requisitos legales) para las autoridades judiciales de su país al momento de emitir sus fallos.
 - El Estado Parte, a través de la decisión del Fondo y de los fallos judiciales, ha vulnerado lo establecido el artículo 26° del PIDCP, ya que ha sido discriminado por su orientación sexual y sexo.
- El CCPR determinó lo siguiente:
- Respecto a la supuesta vulneración del artículo 3° del PIDCP, el autor no ha alegado que las mujeres lesbianas sufran de discriminación en situaciones análogas a la suya. Por tanto, al no haber sustentado de manera debida esta supuesta vulneración, la queja es inadmisibile.
 - Respecto a la supuesta vulneración del artículo 5° del PIDCP, el CCPR sostiene que dicho artículo no dimana ningún derecho individual específico, por lo que el reclamo es inadmisibile.
 - En lo referente a la supuesta vulneración del artículo 14° del PIDCP, el CCPR considera que los argumentos utilizados por el autor para sustentar su posición no han sido suficientes, por lo que esta parte de la demanda es inadmisibile.

- El CCPR consideró que el Estado Parte vulneró lo establecido en el artículo 26° del PIDCP, pues no ha podido demostrar de manera objetiva que existan razones para hacer una diferenciación entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión, y entre compañeros heterosexuales no casados, a los que sí se les permite recibir prestaciones de pensión. Basándose en lo anterior, el CCPR consideró que no había necesidad de pronunciarse sobre las supuestas vulneraciones del artículo 2°, primer párrafo y del artículo 17°.
- El CCPR consideró que al haberse vulnerado el artículo 26° y en virtud del literal a) del tercer párrafo del artículo 2° del PIDCP, el autor tenía derecho a un recurso efectivo e incluso que las autoridades del Estado Parte examinaran nuevamente la solicitud de pensión sin discriminación fundada en motivos de sexo u orientación sexual.
- Por último, sostuvo que el Estado Parte se encuentra en la obligación de adoptar las medidas necesarias a fin de impedir que se vuelvan a cometer violaciones análogas al contenido del PIDCP en un futuro.

Lo que caracteriza a los tres casos expuestos anteriormente es que en todos ellos el CCPR consideró que se había vulnerado el artículo 26° del PIDCP, referido a la igualdad ante la ley que tienen todas las personas, así como la igualdad de protección de la ley sin que medie ningún tipo de discriminación.

En los casos anteriores, el contenido de los artículos de la legislación interna de los Estados Parte, objeto de cuestionamiento, vulneraban lo establecido en el artículo 26° del PIDCP, porque daban lugar a que personas con una orientación sexual distinta a la heterosexual sean objeto de discriminación.

Existe una obligación por parte de los Estados Parte que deriva del artículo 2° del PIDCP. En este sentido, los Estados Parte deben abstenerse de violar los derechos reconocidos en el PIDCP y la limitación de cualquiera de estos derechos se permitirá con arreglo a las disposiciones aplicables del PIDCP (Comité de Derechos Humanos, 2004). Tal como se indica al inicio de este párrafo, las limitaciones de los derechos reconocidos en el PIDCP se

encuentran permitidas y deben seguir ciertos lineamientos. Esto significa que, cuando los Estados Parte apliquen dichas limitaciones, estos deberán demostrar su necesidad y sólo podrán tomar las medidas que guarden proporción con el logro de objetivos legítimos, a fin de garantizar una protección permanente y efectiva de los derechos reconocidos en el Pacto. En ningún caso podrán aplicarse o invocarse las restricciones de manera que menoscaben el elemento esencial de un derecho reconocido en el Pacto (Comité de Derechos Humanos, 2004). En *Toonen vs. Australia*, *Young vs. Australia* y *X vs. Colombia*, hubo un menoscabo de la esencia del derecho recogido en el artículo 26° del PIDCP, ya que en todos esos la violación de los derechos de los denunciantes tuvo como base la orientación sexual de estos.

2.4.2. Casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

2.4.2.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Con el fin de proteger los derechos humanos a lo largo del continente americano, la CADH creó dos órganos con la competencia de conocer aquellos casos en los que se violaran derechos humanos. El primer órgano fue la CIDH, creado en 1959 e iniciando sus funciones en 1960. El segundo órgano fue la Corte IDH, iniciando sus funciones el 3 de setiembre de 1979.

La Corte IDH cuya sede se encuentra en San José de Costa Rica, es una institución de naturaleza judicial autónoma y además representa el órgano con mayor poder conminatorio para garantizar la efectiva aplicación de la CADH (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1982). Se encuentra compuesta por siete jueces nacionales de los Estados Miembros de la OEA y tienen un mandato de seis años, con la posibilidad a ser reelegidos una vez más.

Respecto a las funciones que detenta la Corte IDH tenemos las siguientes:

- a) Función contenciosa: la Corte IDH determina si existe responsabilidad internacional por parte del estado Parte al haber vulnerado alguno de los derechos recogidos por la CADH o en otros tratados de derechos humanos aplicables al Sistema Interamericano. De determinarse lo anterior, se dispone que se garantice a la víctima el goce del derecho libertad vulnerado y, dependiendo del caso, que se reparen las

consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la víctima (Salmón, 2019). También, a través de esta función, la Corte IDH supervisa el cumplimiento de sentencias.

- b) **Función consultiva:** A través de esta función, la Corte IDH da respuesta a diversas consultas referidas a: la compatibilidad del marco normativo interno con la CADH y a la interpretación de la CADH o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Solo por los Estados miembros de la OEA, o los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la OEA, pueden solicitar dichas consultas.
- c) **Función de dictar medidas provisionales:** Para que la Corte IDH dicte estas medidas, debe primero comprobarse tres requisitos: el caso debe ser extremadamente grave; el caso debe ser extremadamente urgente, y, de no dictar las medidas, se causará daños irreparables a las personas. La adopción de medidas provisionales puede ser de oficio o a solicitud de las presuntas víctimas o de sus representantes.

2.4.2.2. Casos

a) Karen Atala Riffo y niñas vs Chile (2012)

- En noviembre de 2004, la señora Karen Atala Riffo (en adelante, la Sra. Atala) denunció ante la CIDH la responsabilidad internacional del Estado Chileno bajo los siguientes argumentos:
 - La sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de Chile, mediante la cual se le revocó la tenencia de sus tres menores hijas M., V. y R.², habría estado fundada en prejuicios discriminatorios por su orientación sexual.
 - Dicho hecho habría violado los derechos consagrados en los artículos 8° (debidas garantías judiciales), 11.1° (a la honra y a la dignidad), 11.2°

² A solicitud de la Comisión Interamericana se reserva la identidad de las tres hijas de la señora Karen Atala Riffo, a quienes se identificará con las letras "M., V. y R."

(protección a la vida privada), 17.1° y 17.4° (protección a la familia), 19° (derechos del niño), 24° (igualdad ante la ley) y 25° (protección judicial) de la CADH en relación con los artículos 1.1° y 2° del mismo instrumento. Así como los artículos 2°, 5°, 9° (numerales 2° y 3°), 12° y 16° de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

- En diciembre de 2009, la CIDH, a través del Informe de Fondo N°39/09 (en adelante, Informe de Fondo), concluyó:
 - El Estado Chileno vulneró el artículo 24° de la CADH en relación con el artículo 1.1° del mismo instrumento. Viéndose así violado el derecho de la Sra. Atala a vivir libre de discriminación
 - El Estado Chileno vulneró lo establecido en los artículos 8.1°, 11.2°, 17.1°, 17.4°, 19° y 25.1° de la CADH, en relación con el artículo 1.1° del mismo instrumento.
- En ese mismo informe, la CIDH recomendó al Estado Chileno lo siguiente:
 - Reparar a la Sra. Atala e hijas por las violaciones a los derechos humanos cometidas en su contra, tomando en consideración para dicha reparación las perspectivas y necesidades de las víctimas.
 - Adoptar las medidas necesarias (legislación, políticas públicas, programas y directivas) a fin de prohibir y erradicar la discriminación por orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia.
- La CIDH consideró que el Estado Chileno, no cumplió con las recomendaciones dadas en el Informe de Fondo. Así que, en septiembre de 2010, la CIDH decidió someter el caso a la jurisdicción de la Corte IDH. En base a lo anterior, la CIDH solicitó a la Corte IDH lo siguiente:

- Declarar la violación de los artículos 8°, 11°, 17.1° y 17.4°, 19°, 24°, 25.1° y 25.2° de la CADH, relación con el artículo 1.1° de la misma.
 - Ordenar al Estado Chileno medidas de reparación.
- La Corte IDH se pronunció de la siguiente manera:
- Lo dispuesto en el artículo 1.1° de la CADH se extiende a todo el contenido de la misma. Además, genera a los Estados Parte las obligaciones de respetar y garantizar, sin discriminación, que medie discriminación alguna el pleno goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la CADH.
 - La orientación sexual es una categoría protegida por la CADH bajo la expresión “otra condición social”, por lo que el derecho interno (norma, decisión o práctica) no puede menoscabar o restringir los derechos y libertades de una persona basándose en su orientación sexual.
 - Respecto al interés del niño, en lo que se refiere a los casos de cuidado y custodia, este debe hacerse a partir de la evaluación del comportamiento de los padres y del impacto negativo de estos en el bienestar y desarrollo del niño según el caso. Los daños o riesgos reales deben ser probados; no pueden ser especulativos o imaginarios. Por lo tanto, los estereotipos, las especulaciones, las presunciones y/o las consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia no son admisibles.
 - En lo que se refiere a los riesgos y daños que podría significar la orientación de la madre en las niñas, los mismos no han sido probados. Consecuentemente, no puede utilizarse el interés superior del niño como medida idónea para la restricción de un derecho protegido, como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna.
 - El interés superior del niño no puede ser usado para amparar la discriminación por orientación sexual en contra de alguno de los padres.

Por esto, la orientación sexual de alguno de los padres no puede ser usada por el juzgador al momento de decidir sobre una tuición o custodia.

111. (...) 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 (Atala Riffo vs. Chile, 2012)

- Hay algunas sociedades en las que existe cierto estigma y rechazo hacia las personas que tienen una orientación sexual distinta a la heterosexual. Sin embargo, eso no significa que lo anterior pueda ser utilizado por los Estados para perpetrar tratos discriminatorios.
- El supuesto riesgo de rechazo por parte de la sociedad que podrían sufrir las menores M., V. y R., es un estigma social. Por lo que el mismo no puede ser considerado como un daño válido a fin de determinar el interés superior del niño. Además, la Sra. Atala no tendría por qué sufrir las consecuencias de una supuesta discriminación por parte de la comunidad hacia las menores.
- Sobre la supuesta confusión de roles que se podría generar en las menores M., V. y R. por vivir con su madre y la pareja de esta, es el Estado Parte quien tiene la carga de la prueba, por lo que le corresponde demostrar que la decisión judicial de la Corte Suprema de Justicia de Chile ha tenido como base la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas.
- Se observó que las consideraciones del fallo estuvieron basadas en los resultados de un test de daño especulativo basado en la “eventual confusión de roles sexuales” y la “situación de riesgo para el desarrollo” de las menores M., V. y R. Dicho test no cumplió con los requisitos estrictos de análisis y tampoco sustentó el daño concreto y específico ocasionado supuestamente por la convivencia de las tres menores con su madre y su pareja del mismo sexo, por lo que el proceder de la Corte Suprema de Justicia de Chile no fue el correcto.

- La orientación sexual de la persona, así como la expresión y las consecuencias que esta conlleva, son necesarias en el proyecto de vida de la persona y se encuentra vinculada al concepto de libertad, la posibilidad de toda persona de auto determinarse, así como escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia. Por lo que no era razonable exigir a la Sra. Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia.
- La CADH no ha brindado una definición ni ha determinado un concepto de familia, tampoco defiende ni protege solo el modelo “tradicional” de la misma. Por este motivo, los argumentos utilizados por la Corte Suprema de Justicia de Chile sobre la supuesta necesidad de las menores M., V. y R, de criarse y crecer dentro de una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social” y no en una “familia excepcional” es una percepción estereotipada y limitada del concepto de familia.
- El Juzgado de Menores de Villarrica realizó una audiencia a fin de escuchar las manifestaciones de las menores M., V. y R. sobre sus preferencias respecto a la convivencia con uno de los padres. En ella las menores manifestaron su deseo y su preferencia de vivir con su madre.
- Dadas las circunstancias del caso, la Corte Suprema de Justicia de Chile no estaba en la obligación de realizar una nueva audiencia, pero ello no la liberaba de la obligación de tener en consideración y valorar las opiniones expresadas por las menores en la instancia inferior. Además de no tomar en consideración las opiniones de las menores, la autoridad judicial debía de argumentar dicha decisión.
- Sin embargo, en su sentencia, la Corte Suprema de Justicia de Chile no explicó cómo evaluó o tomó en consideración lo manifestado por las menores en la audiencia. Sostuvo que su decisión estaba fundada en el interés superior de las menores, pero no motivó o fundamentó la razón por la cual consideraba legítimo contradecir la voluntad de estas.

- Finalmente, la Corte IDH concluyó lo siguiente:
 - Si bien la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de Chile y la decisión de tuición provisoria dada por el Juzgado de Menores de Villarrica buscaban proteger el interés superior del niño, ninguno de estos órganos de justicia pudo comprobar que dicho interés se viera afectado de manera negativa por la convivencia de las menores M. V. y R, con la Sra. Atala y su pareja.
 - Las decisiones emitidas por las autoridades chilenas tuvieron como base argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios, incurriendo así en un trato discriminatorio. Por lo que se ha violado el artículo 24° de la CADH, en relación con el artículo 1.1° del mismo instrumento.
 - Ningún niño o niña puede ser discriminado en razón de sus propias condiciones, la cual se extiende a las condiciones de sus padres y familiares. La Corte Suprema de Justicia de Chile tomó como fundamento la orientación sexual de la Sra. Atala para emitir su sentencia; dicha acción ha significado un trato discriminatorio por orientación sexual en contra de la Sra. Atala, pero también en contra de las menores, al no permitírseles continuar viviendo con su madre.
 - De haberse tratado de un proceso de tuición entre dos padres heterosexuales, las consideraciones a tomar en cuenta al momento de emitir la sentencia habrían sido otras. Por tanto, el Estado Chileno ha violado el artículo 24° de la CADH, en relación con los artículos 19° y 1.1° del mismo instrumento, en perjuicio de las menores M., V. y R.
 - La orientación sexual de la Sra. Atala influyó en las autoridades de justicia chilenas al momento de decidir sobre la tuición de las menores. Por lo que el Estado Chileno ha violado el artículo 11.2° de la CADH, en relación con el artículo 1.1° del mismo instrumento, en perjuicio de la Sra. Atala.

- Las menores M., V. y R., la Sra. Atala, la pareja de esta y el hijo mayor de esta última habían construido un núcleo familiar. En consecuencia, el retiro de la tutela y cuidado de las menores M., V. y R. constituyó una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar. Por tanto, el Estado Parte ha violado los artículos 11.2° y 17.1° de la CADH, en relación con el artículo 1.1° del mismo instrumento, en perjuicio de la Sra. Atala y las menores M., V. y R.
 - El Estado Chileno ha violado el derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1° de la CADH, en relación con los artículos 19° y 1.1° del mismo instrumento, en perjuicio de las menores M., V. y R.
- Dispuso que el Estado Chileno debía cumplir, entre otras medidas, las siguientes:
- Brindar atención médica y psicológica o psiquiátrica de manera inmediata, adecuada y gratuita a las víctimas que así lo soliciten.
 - El pago por concepto de indemnización por daño material e inmaterial, así como la totalidad del reintegro de costos y gastos en favor de las víctimas.
 - Reconocer, a través de un acto público, su responsabilidad internacional.

b) Alberto Ángel Duque vs. Colombia (2016):

- Alberto Ángel Duque (en adelante, el Sr. Duque) convivió con su pareja el señor J.O.J.G hasta la muerte de este último. El señor J.O.J.G estaba afiliado a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (COLFONDOS S.A.). A su deceso, el Sr. Duque solicitó a la aseguradora que le indicara los requisitos a gestionar a fin de solicitar la pensión de sobrevivencia de su compañero y pareja. La aseguradora señaló lo siguiente:

70. (...) la legislación colombiana en materia de seguridad social específicamente el artículo 74 de la ley 100 de 1993 contempla que son beneficiarios de la pensión de sobrevivencia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, sin embargo, esta calidad de beneficiario, la ley la establece de la unión entre un hombre

y una mujer, actualmente dicha legislación no contempla la unión entre dos personas del mismo sexo. (Duque vs Colombia, 2016)

- Ante dicha situación, el Sr. Duque interpuso una acción de tutela solicitando que se le reconociera la pensión de sobrevivencia, la cual, en su caso, garantizaba su acceso a la seguridad social en salud. El recurso fue denegado por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá. Entre otros aspectos, dicho despacho judicial sostuvo que el Sr. Duque no reunía las calidades exigidas por ley para entrar a sustituir en pensión al causante y que ninguna normatividad ni por vía jurisprudencial ha reconocido en este sentido algún derecho a las parejas de homosexuales (Duque vs Colombia, 2016)
- El Sr. Duque interpuso una apelación contra dicha decisión judicial. Sin embargo, la misma fue confirmada en su totalidad por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá.
- El 8 de febrero de 2005, la Comisión Colombiana de Juristas y el abogado del Sr. Duque, Germán Humberto Rincón Perfetti, presentaron una petición ante la CIDH, alegando responsabilidad internacional del Estado Colombiano por lo siguiente:
 - Violación de los derechos consagrados en los artículos 4° (derecho a la vida), 5.1° (derecho a la integridad personal), 8.1° (garantías judiciales), 24° (igualdad ante la ley) y 25.1° (protección judicial) de la CADH en relación con los artículos 1.1° y 2° del mismo instrumento.
 - Discriminación injustificada en contra del Sr. Duque al habersele negado la pensión de sobrevivencia de su pareja en base a su orientación sexual. Dicha negativa ha colocado al Sr. Duque en una situación de desprotección, afectando además la posibilidad de acceder al servicio de salud requerido en virtud de ser una persona que vive con VIH.
 - Las autoridades colombianas han interpretado y aplicado de manera restrictiva las normas sobre seguridad social y sustitución pensional.

Además, las respuestas a las acciones de reclamación no garantizaron el acceso a un debido proceso con las debidas garantías.

- La CIDH, al momento de declarar su competencia para conocer el presente caso, declaró inadmisibile la petición en relación con la violación del derecho establecido en el artículo 4° de la CADH en relación con el artículo 1.1° del mismo instrumento. En lo que respecta a la supuesta violación de los otros derechos invocados, la CIDH a través del Informe de Fondo N°5/14 concluyó lo siguiente:
 - El Estado Colombiano violó los artículos 5.1°, 8.1°, 24° y 25° de la CADH en relación a los artículos 1.1° y 2° del mismo instrumento en perjuicio del Sr. Duque.
- Asimismo, recomendó al Estado Colombiano lo siguiente:
 - Reparar al Sr. Duque por las violaciones a los derechos humanos cometidas en su contra. Dicha reparación debía contener como mínimo la concesión de la pensión de sobrevivencia y una compensación justa.
 - Proveer al Sr. Duque el acceso ininterrumpido a los servicios de salud y el tratamiento requerido al ser una persona con VIH.
 - Adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar que no se repitan hechos similares al presente caso. Así como asegurar que las decisiones judiciales que se dieron luego del presente caso, respecto al reconocimiento del derecho de pensión de sobrevivencia a las parejas formadas por personas del mismo sexo, sean acatadas y cumplidas de manera debida.
 - Adoptar las medidas necesarias para capacitar al personal de servicio de seguridad social (privado y público), a fin de que puedan responder de manera adecuada y conforme al ordenamiento jurídico interno las solicitudes de personas que integraron o integran parejas del mismo sexo.

- Adoptar las medidas estatales necesarias a fin de garantizar que no se discrimine a las parejas del mismo sexo respecto al acceso a servicios de seguridad social. Particularmente que se les permita presentar los mismos medios de prueba que las parejas de distinto sexo, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico interno.
- El Estado Colombiano se abstuvo de efectuar una propuesta concreta respecto a la reparación en favor del Sr. Duque; indicó además que este debía de iniciar un segundo trámite. Por otro lado, señaló que los hechos del caso no configuraban un ilícito internacional.
 - Ante esta situación, la CIDH decidió que el caso debía ser sometido a la jurisdicción de la Corte IDH. La CIDH solicitó lo siguiente:
 - Se declare la responsabilidad internacional del Estado Colombiano por la supuesta violación de los derechos indicados en el Informe de Fondo.
 - Se ordenen medidas de reparación.
 - La Corte IDH determinó lo siguiente:
 - En la audiencia pública el Estado Colombiano reconoció que hubo ilícito internacional. El mismo fue reparado con la sentencia T-051 (a partir de la cual se modificaron las reglas judiciales que no permitían la aplicación de la sentencia C-336. Esta última sentencia estableció que las parejas permanentes del mismo sexo que acreditaran dicha calidad tienen derecho a la pensión de sobrevivientes) de la Corte Constitucional de Colombia.
 - Si bien ambas sentencias significan un gran avance para el ordenamiento jurídico interno del Estado Colombiano, ello no garantiza que, al momento que el Sr. Duque solicite la pensión de sobrevivencia y esta le sea otorgada, se le vaya a restituir el total de las pensiones dejadas de percibir desde el año 2002 (momento en el que fue objeto de discriminación). Por tanto, el ilícito internacional del cual ha sido víctima el Sr. Duque no ha sido subsanado en su totalidad.

- Los operadores de justicia resolvieron la tutela y la apelación interpuestas por el Sr. Duque en base a lo establecido en la normativa nacional al momento de los hechos. Por tanto, no se desprende que dichas decisiones hayan tenido como fundamento la orientación sexual del Sr. Duque o hayan estado sesgadas por un estereotipo en su contra debido a su orientación sexual.
 - El Estado Colombiano, a través del Sistema de Seguridad Social en Salud, garantiza la atención integral de todas las personas con VIH/SIDA.
- Finalmente, la Corte IDH concluyó lo siguiente:
- El Estado Colombiano ha violado el artículo 24° de la CADH en relación con el artículo 1.1° del mismo instrumento en vista que no se le permitió al Sr. Duque acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en la normativa interna.
 - En vista de las modificaciones y evolución que se ha dado en el ordenamiento jurídico interno y en la jurisprudencia del Estado Colombiano no hay violación del artículo 2° de la CADH en relación de los artículos 24° y 1.1° del mismo instrumento.
 - No se posee los elementos suficientes para concluir que las decisiones de los operadores de justicia tuvieron como fundamento la orientación sexual del Sr. Duque o estuvieron sesgadas por un estereotipo basado en dicha orientación. Por tanto, no se puede establecer que el Estado Colombiano haya violado el artículo 8.1° de la CADH.
 - No se violó el artículo 5.1° de la CADH.
- Asimismo, dispuso que el Estado Colombiano debía cumplir, entre otras medidas, las siguientes:
- Garantizar al Sr. Duque el trámite prioritario de su solicitud a una pensión de sobrevivencia.

- El pago por concepto de indemnización por daño inmaterial, así como la totalidad del reintegro de costas y gastos en favor del Sr. Duque.

En ambos casos, la Corte IDH consideró que se había vulnerado el artículo 24° de la CADH, referido a la igualdad ante la ley que tienen todas las personas sin que medie ningún tipo de discriminación. En el Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, la decisión de las autoridades judiciales chilenas estuvo sesgada por la orientación sexual de la madre, lo que tuvo como consecuencia que se le revocara la tenencia de sus menores hijas. De igual manera, en el caso Alberto Ángel Duque vs. Colombia, la decisión de las autoridades judiciales colombianas de sostener que el denunciante no reunía los requisitos por ley para ser acreedor de la pensión de su pareja fallecida por haberse tratado el denunciante y el causante una pareja del mismo sexo.

La Corte IDH asimismo consideró que en ambos casos los Estados Parte vulneraron el artículo 24° de la CADH en relación con el artículo 1.1° del mismo cuerpo legal. Esto se debe a que este último artículo prohíbe realizar distinciones en la efectividad de los derechos humanos. El artículo 24° comprende todo derecho cuando se fundamentan en los motivos expresamente previstos en la norma jurídica internacional (Freedman, 2013) toda vez que los denunciantes vieron afectado su derecho a la igualdad ante la ley, lo que a su vez menoscabó otros derechos debido a su orientación sexual.

Los derechos de las personas no pueden ser negados o restringidos y, bajo ninguna circunstancia, con base en su orientación sexual, identidad de género o expresión de género. Lo anterior violaría el artículo 1.1° de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribe la discriminación en general, incluyendo en ello categorías como la orientación sexual y la identidad, que no pueden servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la CADH (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018).

2.5. El derecho a la igualdad y a la no discriminación en el marco nacional

2.5.1. El derecho a la igualdad y a la no discriminación en la Constitución Política del Perú de 1993

Nuestra Constitución Política hace referencia al derecho a la igualdad en el su artículo 2.2°:

Artículo 2. Toda persona tiene derecho.-

[...]

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera índole. (El subrayado es propio).

Además, otro aspecto que se debe de tomar en consideración es lo establecido en el artículo 3° y en la Cuarta Disposición Final y Transitoria:

Artículo 3. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado Democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno.

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

Tal como en el caso de los artículos que hacen referencia a la igualdad recogidos en la DUDH, PIDCP, DADDH y CADH y que fueron materia de análisis en el punto 2.3 del presente trabajo de investigación, el artículo 2.2° de la Constitución posee la expresión “cualquier otra índole”, por lo que la lista incluida en dicho artículo no es de naturaleza taxativa o limitativa, por el contrario, se trata de una lista enunciativa. De esta manera que los efectos del derecho ahí reconocido se extienden a otras situaciones de las ahí tipificadas expresamente y que puedan dar lugar a actos discriminatorios.

Debemos recordar que para nuestra Constitución lo más importante es, tal como se señala en su primer artículo: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, por lo que hacer una interpretación de alguno de sus artículos, en este caso del artículo 2.2° que excluya a cierto sector de la población y restrinja el goce de sus libertades y derechos, sería incorrecto. Es así que todas las personas, sin excepción, deben estar en la posibilidad de poder ejercer su derecho a la igualdad y a la

no discriminación, lo cual es indispensable para el goce y ejercicio de los demás derechos los consagrados en la Constitución.

Hay quienes consideran, como Enrique Bernales y Enrique Varsi Rospigliosi (2011), que la orientación sexual debería encontrarse dentro de la categoría sexo: “A pesar de la ausencia en la Constitución del Perú, (...) de un dispositivo para sellar de forma explícita la discriminación por orientación sexual, podemos incorporarla en la restricción a la discriminación por razón de sexo, siendo que ambas se refieren al ámbito de la sexualidad” (p.110). Otros, como la Corte IDH, sostienen que la orientación sexual, se encuentra incluida en la expresión “cualquier otra condición social”. Pero, sea cual sea la posición de dónde debería estar incluida la orientación sexual y la identidad de género, no queda duda que ambas categorías se encuentran protegidas tanto por el marco normativo nacional e internacional.

El Perú, en ejercicio de su libre soberanía, decidió adherirse a la CADH. Cuando un estado se adhiere a un tratado y, tal como lo establece el artículo 26° de la Convención de Viena, deberá respetar y cumplir el contenido del mismo por buena fe. A esto se debe de agregar el artículo 1° de la CADH, que indica claramente que los Estados Parte están obligados de respetar y garantizar los derechos y obligaciones contenidos en la misma. Dicho esto y teniendo en cuenta el carácter vinculante de la CADH, no sería aceptable sostener que la orientación sexual y la identidad de género, al no encontrarse tipificadas de manera expresa en el artículo 2.2°, no se encuentran protegidas por el mismo y que, por tanto, el hecho que la figura del matrimonio se encuentre únicamente reservada a parejas conformadas por personas de distinto sexo no es un acto discriminatorio.

Respecto al artículo 3°, se puede desprender que el mismo reconoce y otorga un rango constitucional a todos los derechos recogidos en la Constitución, así como aquellos derechos que no se encuentran recogidos de manera expresa por el texto constitucional. Cabe precisar que no es necesario que los derechos a los que hace referencia dicho artículo tengan que estar contenidos en tratados ratificados por nuestro país y es que puede tratarse de derechos consuetudinarios o aceptados de manera general (Rubio Correa, 1998). Estos derechos a los que el artículo 3 hace referencia tienen además rango constitucional por las siguientes razones:

- Estamos tratando en todo el artículo de derechos constitucionales desde la primera línea que dice «La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo» para, luego, referirse a los demás derechos «que la constitución garantiza». Si La Constitución quería dar menor rango a los derechos siguientes debía establecer el contraste correspondiente de manera explícita. Al no hacerlo, la interpretación del sentido de la norma conduce a pensar que los siguientes también tienen rango constitucional.
- La segunda parte del artículo 3° se refiere a otros derechos «de naturaleza análoga» a los constitucionales, la analogía supone una similitud sustancial y no podríamos asumir que, teniéndola en contenido, no la tuvieran también en rango. Por el contrario, debe asumirse que la analogía es integral.
- Finalmente, la tercera parte del artículo se refiere a los derechos reconocidos que, sin estar en el texto constitucional, se fundan en la dignidad del hombre o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno, todos ellos elementos esencialmente constitucionales en el Derecho contemporáneo y, específicamente, en la Constitución peruana de 1993. (Rubio Correa, 1998, p.109-110)

Este mismo destaca la importancia del rango constitucional del artículo 3° y es gracias a esa naturaleza jurídica que los demás derechos incorporados por este artículo adquieren su mismo rango. A fin de complementar lo anterior y de que no queden dudas de cuál es el rango que tienen los tratados internacionales que versan sobre materia de derechos humanos, es importante tener presente lo señalado por Rubio Correa (1999):

(...) en nuestra Constitución el problema del rango de los tratados está también en discusión, sobre todo porque en la de 1979 se decía que los tratados relativos a derechos humanos tienen rango constitucional y ahora dicha norma ha sido eliminada (...) dicho silencio no rebaja el nivel de los tratados.

En todo caso, lo que corresponde decir aquí al respecto es que el artículo 3 de la Constitución, sistemáticamente hablando, es un argumento más a favor de la constitucionalidad de los derechos establecidos en los tratados porque, según él, ni siquiera se requiere que dichos tratados hayan sido ratificados por el Estado peruano para que esto ocurra. Si en lo menos los derechos tendrán rango constitucional, es obvio que también lo tendrán en lo más: cuando el tratado haya sido ratificado y forme parte del Derecho interno. (p.151-152)

Por su parte, el TC también ha llegado a la conclusión que los tratados internacionales que versan sobre materia de derechos humanos tienen un rango constitucional. De acuerdo a este, dicho rango proviene de la “cláusula abierta de derechos” consignada en el artículo 3°, la cual señala que “la enumeración de los derechos en el artículo 2° no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno (Salmón, 2019).

Entonces, teniendo en cuenta todo lo expuesto sobre el artículo 3°, se puede concluir lo siguiente:

- El artículo 3° incorpora a los tratados internacionales sobre materia de derechos humanos tales como la DUDH, la DADDH, la CADH y el PDICP al rango constitucional del Derecho interno, por lo que el goce y el ejercicio de los derechos y libertades contenidos en los mismos, deben ser respetados y garantizados por el Estado Peruano.
- El Estado Peruano, así como sus instituciones, se encuentran en la obligación de respetar el rango constitucional de dichos tratados.

Hasta el momento, se ha hecho un breve análisis de los artículos 2.2° y 3° del texto constitucional. Esto con el objetivo poder tener una idea clara sobre cómo se ha regulado el derecho a la igualdad y a la no discriminación por orientación sexual y/o identidad de género en nuestra Constitución. Es el turno ahora de analizar lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria. Sobre dicha disposición, Neves Mujica (1999) ha señalado lo siguiente:

(...) si un precepto de la Constitución reconoce un derecho, que es objeto de regulación también por un tratado de derechos humanos, aprobado y ratificado por el Perú, aquel precepto se interpreta de conformidad con dicho tratado. (...) Creemos que la regla de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución debería emplearse para la interpretación de la Constitución misma, en cualquiera de sus capítulos en los que se proclamen derechos (...) (p.19)

Esto significa que, para realizar una correcta interpretación del contenido del texto constitucional y que además la misma se encuentre acorde con los diversos instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, debe de tomarse como guía lo establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria. Siguiendo esta línea, los derechos fundamentales no sólo deben ser interpretados, aplicados y tutelados conforme al derecho y la jurisprudencia constitucionales, sino también conforme al derecho internacional de los derechos humanos, el cual está comprendido por los instrumentos respectivos y la jurisprudencia de los órganos que velan por su cumplimiento, tanto en el sistema universal como en el interamericano (Lovatón Palacios, 2016).

Habiendo analizado brevemente y señalado lo más importante de los artículos 2.2° y 3°, así como de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1993; cabe preguntar: ¿Podría sostenerse que existe alguna justificación para que a las personas LGTBI se les vulnere su derecho a la igualdad y a la no discriminación, lo que a su vez impediría el ejercicio de sus demás derechos y libertades como es el caso de impedir que estas personas contraigan matrimonio?

Los artículos 2.2° y 3°, así como la Cuarta Disposición Final y Transitoria, deben de interpretarse de manera conjunta y complementaria. Así, mientras el artículo 2.2° sostiene que todas las personas son iguales ante la ley y que no está permitido ningún tipo de discriminación, el artículo 3°, por su parte, establece que son también derechos constitucionales los demás derechos garantizados en la Constitución, otros derechos de naturaleza análoga o que tengan su fundamento en la dignidad del hombre o en los principios de soberanía del pueblo. Por tanto, los derechos contenidos en la DUDH, en la DADDH, en la CADH y en el PIDCP, en virtud de lo establecido en este artículo, adquieren rango constitucional.

Finalmente, la Cuarta Disposición Final y Transitoria establece que la interpretación de los derechos y libertades recogidos en la Constitución deben de estar en armonía con la DUDH, PIDCP, DADDH, CADH y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Entonces, de acuerdo a lo establecido en esta disposición, hacer una interpretación restrictiva de las normas relativas a derechos y a las libertades que la Constitución reconoce, excluyendo así a determinados grupos humanos, se encontraría prohibido. Esto se debe a que los instrumentos internacionales anteriormente mencionados no permiten que se den actos discriminatorios entre las personas (entiéndase como acto discriminatorio a todo aquel trato diferenciado que carece de una razón objetiva y justificable, deviniendo así en arbitrario).

Consecuentemente, de acuerdo a lo desarrollado hasta el momento, las personas LGTBI gozan de los mismos derechos y libertades que las demás personas, por lo que, si una pareja conformada por dos personas del mismo sexo quisiera contraer matrimonio, no debería encontrarse impedida de hacerlo. El Estado no tendría por qué restringir el goce y ejercicio de los derechos de las personas LGTBI, pues no se ha demostrado que exista una razón

justificable para que estas personas reciban un trato diferenciado, más allá de los prejuicios y estigmas sociales basados en la orientación sexual o identidad de género de las mismas, lo que evidentemente deviene en arbitrario:

[...] la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva. (Caso Duque vs Colombia, 2016)

Es así que nuestra Constitución protege también a las personas LGTBI, otorgándoles los mismos derechos y libertades que a las demás personas. Por lo que el Estado Peruano, en respeto de la misma y de los compromisos adquiridos ante la comunidad internacional a través de la firma de la DUDH, PIDCP, DADDH y CADH, debería de tomar las medidas necesarias a fin de que no se vulnere los derechos ahí establecidos, poniendo fin así a la situación de vulnerabilidad, discriminación e inseguridad jurídica en la que vive este sector de la población.

2.5.2. El derecho a la igualdad y a la no discriminación en las sentencias del Tribunal Constitucional

El TC, como órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, debe de defender el principio de supremacía constitucional. En las siguientes líneas, se expondrán algunos de los argumentos utilizados por el TC en sus sentencias, respecto al derecho a la igualdad y a la no discriminación:

- El principio de igualdad se concretiza en el plano formal mediante el deber estatal de abstenerse de la producción legal de diferencias arbitrarias o caprichosas; y en el plano material apareja la responsabilidad del cuerpo político de proveer las óptimas condiciones para que se configure una simetría de oportunidades para todos los seres humanos. (Cámara Peruana de la Construcción-CAPECO contra el Ministerio de Trabajo y Promoción Social, 2003)
- En buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable de esa desemejanza de trato. Es notorio que existe infracción del principio de igualdad cuando en la formulación o interpretación-aplicación de la ley, se contempla en forma distinta situaciones, hechos o acontecimientos que son idénticos. Ello con el objeto de discriminar o segmentar política, económica, social o culturalmente a algún o algunos seres humanos. (Cámara Peruana de la Construcción-CAPECO contra el Ministerio de Trabajo y Promoción Social, 2003)

- La diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. El contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable. (José Morales Dasso y más de 5000 ciudadanos contra el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), 2005)
- Para el Tribunal constituye un acto discriminatorio que la alumna haya sido separada de la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo, por encontrarse embarazada. Dicho acto discriminatorio tiene como finalidad estigmatizar a las alumnas y cadetes de las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú por su estado de embarazo, y que por su falta de justificación objetiva y razonable equivale a la imposición de una sanción. (Nidia Yesenia Baca Barturén contra Nidia Yesenia Baca Barturén contra el Director de la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo y el Director de la Sanidad de la Policía de Chiclayo, 2009)
- Cabe poner especial atención al informe psicológico, puesto que sugiere que dentro de la escuela policial podría llegar a considerarse a la homosexualidad como fruto de un trastorno o deficiencia mental, lo cual no es solo un criterio anacrónico y retrógrado, sino violatorio de los derechos a la intimidad, al libre desenvolvimiento de la personalidad y a la integridad personal del demandante, que se configura como un trato discriminatorio. ((CFAD contra Director de Instrucción y Doctrina de la Policía Nacional del Perú (PNP)), 2009)
- Cualquier mecanismo de discriminación que tenga como origen la opción sexual, sea a través de normas, reglamentos, prácticas estigmatizadoras o segregacionistas, así como de un lenguaje ofensivo, es contrario a la Constitución y vulnera los derechos fundamentales de la persona. ((CFAD contra Director de Instrucción y Doctrina de la Policía Nacional del Perú (PNP)), 2009)
- El ser humano es libre de auto determinarse y no es posible concebir que en función de sus particulares opciones de comportamiento tenga que verse discriminado. ((CFAD contra Director de Instrucción y Doctrina de la Policía Nacional del Perú (PNP)), 2009)
- Del proceso administrativo instaurado tanto al demandante como al otro alumno implicado, se advierte que ambos han sido objeto de un trato discriminatorio, puesto que la opción sexual no puede ser objeto de una victimización o sanción, sea esta administrativa o penal. ((CFAD contra Director de Instrucción y Doctrina de la Policía Nacional del Perú (PNP)), 2009)
- No toda desigualdad va a constituir necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. (Walter Manuel Viacava Gamboa contra la Presidenta, el Secretario y Tesorero del CLAS Santa Elena, 2011)
- La Corte IDH sostiene que ‘igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana' [Opinión Consultiva N° 4/84]. La igualdad jurídica presupone pues dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que se afecta a esta no solo cuando frente a

situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual [discriminación directa, indirecta o neutral, etc.], sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario [discriminación por indiferenciación]. (Margarita Cosar Camacho y otros contra Supermercados Peruanos S.A. Plaza Veá, 2014)

De lo expuesto, se desprende que el TC reconoce y acepta que en algunos casos se den actos de diferenciación, siempre y cuando dichos actos tengan una base objetiva y razonable; no obstante, rechaza todo tipo de acto discriminatorio (sexo, orientación sexual, etc.) por atentar contra los derechos fundamentales de la persona. Siguiendo la línea del presente trabajo de investigación, es importante hacer un énfasis al tema de la orientación sexual y la posición que tiene el TC respecto al tema.

El TC considera que la orientación sexual es inherente al derecho que tiene toda persona poder desarrollarse de manera libre y plena, por tanto, la orientación sexual de la misma no puede ser motivo de discriminación. Tal como debe ser, el TC expone su posición dentro de un escenario laico, alejándose así de lo establecido por la Iglesia Católica y la fuerte influencia que tiene esta en nuestra sociedad. (Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (Ana María Romero Saldarriaga) contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y el Ministerio Público, 2016)

Las personas son seres libres y racionales, por lo que toda persona debe tener el derecho de desarrollarse y vivir plenamente como mejor le plazca, pudiendo escoger así también con quien entablar una relación y amar sin que el Estado, la sociedad ni ninguna institución se inmiscuya en ello y le imponga valores y visiones morales que ellos consideran como correctos.

CAPITULO III: EL MATRIMONIO IGUALITARIO EN EL DERECHO COMPARADO

Como se mencionó en la introducción del presente trabajo de investigación, actualmente son 30 países alrededor del mundo, de los cuales solo 6 son sudamericanos, los que reconocen en sus legislaciones el matrimonio igualitario. En el presente capítulo se desarrollará cuál fue al proceso legal por el cual tuvo que pasar la legislación interna de Argentina, Colombia y México, a fin de permitir que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio dentro de sus territorios.

3.1. Argentina

3.1.1. Antecedentes:

Hasta antes del 2002, la legislación argentina contemplaba que la unión civil era únicamente entre un hombre y una mujer. La jueza y jurista Graciela Medina redactó en favor de la a Comunidad Homosexual de Argentina (en adelante, CHA), un proyecto de ley que permitiera la unión civil entre personas del mismo sexo. Dicho proyecto fue presentado en agosto del 2001 por la CHA ante la Comisión de Derechos Humanos, Garantías y Antidiscriminación de Legislatura Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Frente a ese hecho, la Iglesia Católica y el sector conservador libraron batalla a fin de evitar que se aprobara el proyecto de ley. Pese a ello, el proyecto presentado por la CHA fue debatido en la Cámara de Diputados el 12 de diciembre de 2002. El debate duró más de seis horas en las que los diputados expusieron sus posiciones a favor y en contra de la aprobación del proyecto de ley. Uno de los discursos que es importante destacar es el de la diputada Alicia Pierini (2002), cristiana católica y entonces presidenta de la Comisión de Derechos Humanos:

(...) Muchas otras personas pueden convivir también en relación de afecto y de permanencia. Sin embargo, por ser del mismo sexo aún reciben discriminación social. Cabe preguntarse, desde el punto de vista de los derechos humanos, por qué no es tan aceptable en dignidad y derechos una convivencia estable y afectiva entre dos personas sean o no de igual o de distinto sexo. Y la respuesta aparece simple: es que hay una historia humana que ha tendido a discriminar al diferente entendiendo a aquel que no se ajusta al modelo establecido por las mayorías. Y es que las mayorías necesitan mucho nivel de conciencia para aceptar la inclusión de las minorías (...) En cuanto a mi postura individual, como abogada y como militante en el campo de los derechos humanos, comparto todos los fundamentos que he dado con anterioridad. Pero también voy a ser sincera y voy a decir que hubo un conflicto en

mi conciencia porque soy de un cuadro político de origen cristiano, y porque este proyecto ha traído conflicto (...)

En mi conciencia puse, en uno de los dos platillos de la balanza, a la enseñanza de la doctrina de la Iglesia, que es mi Iglesia, a la que pertenezco, que sé que está en contra de este proyecto explícitamente, y en otro platillo puse mi propia fe.

Decidí correr los riesgos de la fe, porque creo que ésa es una conducta cristiana. En el Evangelio encuentro la Verdad trascendente y el amor de Cristo, mientras que en la historia de mi propia Iglesia he visto muchas veces el error humano.

Entonces, por razonamiento jurídico, por convicción progresista, y también desde mi fe, mi voto individual es afirmativo, y como presidenta de la comisión, dejo a consideración de todos este proyecto.

Nuevamente, la oposición mostró su rechazo a la aprobación del proyecto. Dentro de los argumentos estaban la jurisdicción que tenía la legislatura para sancionar el proyecto y el argumento de que no se podía legislar en base a nuevos tipos de relaciones. Respecto a este último aspecto, Jorge Enriquez (2002), entonces parlamentario por la Unión Cívica Radical, sostuvo que no se estaba alentando la discriminación de las personas por su orientación sexual, pues la Constitución Nacional y los tratados internacionales en materia de derechos humanos protegen el plan de vida de todas las personas; por tanto, si bien se podía respetar las preferencias y la forma de vida de este grupo de personas, otorgar consecuencias jurídicas a otros tipos de relaciones diferentes no era posible.

Pese a lo anterior y a la presión a través de otros canales que buscaban que se archivara el proyecto presentado por la CHA, el 13 de diciembre del 2002, Buenos Aires se convirtió en la primera ciudad de Latinoamérica en legalizar la unión civil entre parejas del mismo sexo.

La Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aprobó así la Ley 1004 que contemplaba la unión civil independientemente si se trataban de dos personas del mismo sexo o no:

Artículo 1º. Unión Civil: A los efectos de esta Ley, se entiende por Unión Civil-

- a) A la unión conforma libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual.
- b) Que hayan convivido en una relación de afectividad estable y pública por un periodo mínimo de dos años, salvo que entre los integrantes haya descendencia en común.

- c) Los integrantes deben tener domicilio legal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, inscripto con por lo menos dos años de anterioridad a la fecha en la que solicita la inscripción.
- d) Inscribir la unión en el Registro Público de Uniones Civiles.

La aprobación de esta ley significó un avance en los derechos de las personas LGTBI, pues a las parejas que inscribieran su unión civil en el Registro Público de Uniones Civiles se les otorgaría un trato similar al de los cónyuges unidos por el matrimonio. Sin embargo, para algunos, dicha ley continuaba significando una discriminación hacia las parejas del mismo sexo, debido a que los efectos de la misma solamente se extendían a la Ciudad de Buenos Aires. Dicha ley únicamente garantizaba algunos de los derechos reconocidos en el matrimonio, tales como las visitas hospitalarias y la incorporación a la obra social, poder proceder con la disolución de la unión en los casos que se diera la manifestación de voluntad de una o ambas partes por fallecimiento o posterior matrimonio de uno de ellos, entre otros derechos. Cabe resaltar que, más adelante, en las provincias de Río Negro, Villa Carlos Paz y Río Cuarto y Villa María, se aprobaron leyes similares a la de Buenos Aires. No obstante, ello no significó un mayor avance respecto a los derechos de las personas LGTBI.

La Ley 1004 dejaba fuera derechos como el de la herencia y el de la adopción, además de no otorgar el reconocimiento de matrimonio a la unión de dos personas del mismo sexo. Por lo que, pese a la existencia de dicha ley, la falta de equiparación jurídica entre las parejas heterosexuales y las homosexuales continuaba. En esa línea la Comunidad Homosexual Argentina opinaba que la Unión Civil era:

(...) un régimen diferente, con menor injerencia del Estado, que no regula la necesidad de monogamia, ni del contrato conyugal, ni la anulación del contrato por la existencia de ciertas condiciones físicas y de salud, entre otros cuestionamientos a la institución matrimonial” (Figari, 2011)

En el 2005, la CHA presentó un proyecto de Ley de Unión Civil que incluía derechos como la pensión, la patria potestad compartida, la adopción, la herencia entre otros. Sin embargo, el mismo no llegó a ser votado por la Cámara de Diputados y, por tanto, no llegó al Senado. En vista de ello, la CHA junto con la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) y otras organizaciones empezaron a liderar una campaña pro matrimonio igualitario.

3.1.2. La Ley 26.618

Como señala Gullco (2011):

La sanción de la Ley 26.618, que incorporó el matrimonio entre personas del mismo sexo al ordenamiento jurídico argentino, determinó el cumplimiento de una obligación impuesta por la Constitución Nacional, el fin de una posición del Estado incoherente con la responsabilidad internacional asumida en materia de derechos humanos, y consagró el respeto a la dignidad y libertad de las personas en condiciones de igualdad, sin discriminación por su orientación sexual (p.23).

El proyecto de ley de matrimonio igualitario fue presentado en marzo del 2010 por la diputada Diana Conti, dentro del marco de la campaña iniciada por la FALGBT: “Mismos nombres, mismos derechos”. El 5 de mayo del 2010, la Cámara de Diputados de Argentina aprobó por 125 votos a favor, 109 en contra y 6 abstenciones la ley, la cual modificaba el artículo 172° del Código Civil Argentino que establecía que el matrimonio era entre “hombre y mujer”, así como la modificación o sustitución de otros artículos relacionados del mismo cuerpo legal. No obstante, dicho proyecto de ley debía ser refrendado por el Senado Argentino.

El 15 julio del 2010, a través de 33 votos a favor, 27 en contra y 3 abstenciones, el Senado Argentino aprobó el proyecto de ley que permitía el matrimonio entre dos personas del mismo sexo.

Así dicho proyecto pasó a ser ley el 21 de julio de ese mismo año, fecha en la que la entonces Presidenta Cristina Fernández de Kirchner efectuó su promulgación. De esa manera, Argentina se convirtió en el primer país de Latinoamérica en reconocer el matrimonio igualitario a nivel nacional, pues México Distrito Federal, ya había aprobado el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Hasta antes de su modificación, el artículo 172° del Código Civil Argentino establecía lo siguiente:

Artículo 172. Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por el hombre y la mujer ante la autoridad competente para celebrarlo.

El acto que careciere de alguno de los requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente. (El subrayado es propio)

El artículo 2° de la Ley 26.618, también conocida como Ley del Matrimonio Igualitario, modificó así el artículo 172° 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.

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

Gracias a la Ley 26.618, las personas del mismo sexo pueden contraer matrimonio en este país. Además dicha ley ha significado que, tras muchos años de lucha, se reconozca los mismos derechos y libertades a las personas LGTBI. Finalmente, las parejas conformado por personas del mismo sexo, al poder acceder a la figura del matrimonio, gozan de una seguridad jurídica, así como de todos los derechos y obligaciones que la figura del matrimonio significa.

La aprobación de dicha ley fue una lección de respeto por los derechos humanos para los demás países de la región. Pese a que ya contaban con una ley que permitía la unión civil entre personas del mismo sexo, esto no detuvo a la comunidad LGTBI para poder luchar por la aprobación del matrimonio igualitario, lucha que además fue apoyada los representantes en ambas Cámaras. Pese a que hubo representantes de las mismas que no apoyaban el proyecto de ley en discusión, el respeto por los derechos humanos prevaleció, dando como resultado la aprobación de la Ley 26.618. Una modificación en el artículo 172° del Código Civil Argentino ha significado un cambio en la vida de un grupo de personas históricamente marginadas.

3.2. Colombia

3.2.1. Antecedentes

En setiembre de 1999, la senadora liberal por el Partido Verde, Margarita Londoño, presentó ante el Congreso de la República de Colombia (en adelante, Congreso Colombiano) un proyecto de ley que buscaba que las parejas del mismo sexo gozaran de las mismas garantías

que una pareja de distinto sexo. Si bien este proyecto no tenía como objetivo legalizar el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, sí significaba un avance respecto a los derechos de las personas LGTBI en Colombia; buscaba proteger legalmente a las parejas homosexuales que decidieran hacer una unión material de hecho. Sin embargo, dicho proyecto no prosperó y no pudo llegar al primer debate.

En agosto del 2001, la senadora Piedad Córdoba presentó Proyecto de Ley N° 85, mediante el cual se buscaba otorgar un reconocimiento jurídico a las parejas conformados por personas del mismo sexo, pero dentro de un régimen distinto al de las parejas heterosexuales. Pese a que dicho proyecto fue aprobado en la Comisión Primera del Senado, fue archivado por decisión en Plenaria del Senado. Un año después, la misma senadora volvió a presentar otro proyecto de ley, bastante similar al presentado el año anterior. Sin embargo, dicho proyecto vuelve a correr la misma suerte que el anterior. En setiembre del 2004, por tercera vez, Piedad Córdoba presentó un proyecto de ley que buscaba que se reconozcan los derechos patrimoniales de las parejas conformadas por personas del mismo sexo. En junio del 2005 dicho proyecto fue archivado.

En octubre del 2005, Álvaro Araujo senador por el Partido Alas Equipo Colombia, presentó un proyecto de ley que buscaba que se brinde derechos patrimoniales, así como de seguridad social a las parejas homosexuales. Así este proyecto brindaba la posibilidad de que las personas homosexuales pudiesen gozar y ejercer el derecho a heredar sobre la pensión y los bienes patrimoniales de su pareja. No obstante, pese a que la Comisión Séptima del Senado, la Plenaria del Senado, la Comisión Séptima de la Cámara y la Plenaria de la Cámara aprobaron dicho proyecto, el mismo fue archivado en junio del 2007 por el Senado, el cual no estuvo de acuerdo con el informe de conciliación.

En febrero del 2007, se daría lo que sería el primer paso para la posterior legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo. La Corte Constitucional Colombiana (en adelante, la Corte Constitucional), a través de la sentencia C-075, estableció que la “Ley 54 de 1990, por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes” era también aplicable para las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Por lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado que:

(...) encuentra la Corte que es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente se declarará la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales. Quiere esto decir que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado. (Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990, 2007)

De esta manera, los efectos de dicha ley se extendieron también a las parejas homosexuales. Esta sentencia abrió un sendero para que se presentaran otras demandas cuestionando la constitucionalidad de otras normas que hicieran referencia a la unión material de hecho, pero que se continuaban aplicando únicamente a parejas heterosexuales.

Luego vendrían otras tres sentencias de la Corte Constitucional, las cuales ampliaron los derechos y obligaciones de las uniones materiales de hecho de las parejas del mismo sexo. Así las normas que regulaban la afiliación al sistema contributivo de salud, la titularidad de la pensión de sobrevivientes y el derecho a recibir una cuota de alimentos por parte de la pareja una vez acabada la vida en común, que un principio eran aplicables únicamente a las uniones materiales de hecho conformadas por parejas heterosexuales, empezaron a ser aplicadas también a las parejas homosexuales.

3.2.2. Sentencia C-577

La sentencia C-577 de julio del 2011, emitida por la Corte Constitucional, significó un enorme avance respecto a los derechos de las personas LGTBI, así como un hito en la jurisprudencia colombiana, puesto que en dicha sentencia se reconocía a las parejas homosexuales como un tipo de familia y que por tanto debían de recibir protección jurídica. La Corte Constitucional entendió que, así como las parejas heterosexuales, las parejas homosexuales tienen el deseo de un proyecto de vida en común, basado en uniones estables y en las cuales existe el amor, el respeto y la solidaridad, por lo que constituyen también una familia. En ese sentido la Corte Constitucional señaló que:

La heterosexualidad no es, entonces, característica predicable de todo tipo de familia y tampoco lo es la consanguinidad, como lo demuestra la familia de crianza, de manera que otro ha de ser el denominador común de la institución familiar en sus diversas manifestaciones y aun cuando las causas individuales para conformar una familia son múltiples, para indagar cuál es el rasgo compartido por las distintas clases de familia y determinar si está presente en las uniones homosexuales, cabe recordar que a familias tales como la surgida del matrimonio o de la unión marital de hecho, jurídicamente se les atribuyen unos efectos patrimoniales y otros de índole personal.

(...) la Corte considera que no existen razones jurídicamente atendibles para sostener que entre los miembros de la pareja homosexual no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo (...). (Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 241 y 242 de la Constitución Polític y el artículo 113 del Código Civil, en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 1361 de 2009, 2011)

Además, la Corte Constitucional se alejó de la interpretación tradicional del artículo 42º de la Constitución Política de Colombia, interpretación que establecía que solamente pueden ser consideradas familias aquellas que se encuentra compuestas por personas de distinto sexo, siendo éstas las únicas merecedoras de protección. De esta manera consideró que:

La presencia en las uniones homosexuales estables del elemento que le confiere identidad a la familia (...) las configura como familia y avala la sustitución de la interpretación que ha predominado en la Corte, debiéndose aclarar que, de conformidad con el artículo 42 superior, los vínculos que dan lugar a la constitución de la familia son naturales o jurídicos y que el cambio ahora prohijado ya no avala la comprensión según la cual el vínculo jurídico es exclusivamente el matrimonio entre heterosexuales, mientras que el vínculo natural solo se concreta en la unión marital de hecho de dos personas de distinto sexo, ya que la “voluntad responsable de conformarla” también puede dar origen a familias surgidas de vínculos jurídicos o de vínculos naturales. (Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 241 y 242 de la Constitución Polític y el artículo 113 del Código Civil, en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 1361 de 2009, 2011)

La Corte Constitucional consideró además que la unión material a la cual podían acceder las parejas del mismo sexo era insuficiente:

La unión marital de hecho con que cuentan las parejas del mismo sexo es alternativa disponible pero insuficiente cuando se trata de la constitución de la familia conformada por la pareja homosexual, porque su previsión como único mecanismo para dar lugar a esa clase de familia implica un déficit de protección que ha sido puesto de manifiesto por los actores, con argumentos que la Corte comparte, y también por el desconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad y, por ende, de la autonomía y la autodeterminación personal. (Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 241 y 242 de la Constitución Polític y el artículo 113 del Código Civil, en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 1361 de 2009, 2011)

Finalmente, la Corte Constitucional instó al Congreso Colombiano a poner fin al déficit de desprotección jurídica en el que se encontraban las parejas homosexuales, respecto a la imposibilidad de poder formar una familia a través de la figura del matrimonio, teniendo éste último plazo hasta el 20 de junio del 2013 para legislar sobre la materia. Si finalizado el plazo no se había regulado legalmente el tema, las parejas del mismo sexo podían acudir ante el juez o notario competente a fin de formalizar su vínculo:

(...) tratándose de jueces y notarios es necesario indicar que ya no están de por medio las exigencias del principio democrático, sino el cumplimiento de funciones destinadas a hacer efectivos los derechos constitucionales fundamentales de los asociados, por lo cual su actuación no se ordena a título de colaboración o a la manera de una concesión graciosa, sino que puede ser exigida como cumplimiento de la Constitución misma y bajo el apremio del carácter vinculante de lo que aquí se ha decidido y de la obligatoriedad propia de una sentencia constitucional dotada de efectos erga omnes y que hace tránsito a cosa juzgada constitucional. (Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 241 y 242 de la Constitución Polític y el artículo 113 del Código Civil, en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 1361 de 2009, 2011)

A fines de julio del 2012, con intenciones de acatar el exhorto dado por la Corte Constitucional, el senador por el Partido de La U, Armando Benedetti, presentó el Proyecto de Ley N°42, el cual buscaba extender la figura del matrimonio civil a las parejas homosexuales. Pese a ser aprobado en la Comisión Primera del Senado, en la Plenaria del Senado obtuvo 51 votos en contra y 17 a favor.

Llegó el término de plazo otorgado por la Corte Constitucional y el legislativo no había regulado sobre la materia, por lo que las parejas del mismo sexo empezaron acudir a los jueces y notarios a fin de contraer matrimonio. Sin embargo, surgieron ciertos inconvenientes: ciertos jueces en interpretación de la sentencia S-C577 concluyeron que tenían la potestad de decidir si celebraban el matrimonio o no y algunos notarios se negaron a dar trámite a las solicitudes de matrimonio. Solamente algunos jueces acataron lo establecido por la sentencia S-C577 respecto a la exigencia de celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo. No obstante, en dichos casos, la Procuraduría General de la Nación (en adelante, la Procuraduría) interpuso acción de tutela (equivalente a la acción de amparo en nuestra legislación) contra los despachos de éstos.

Ante la negativa de las notarías y los juzgados colombianos, salvo unas pocas excepciones, de celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo, las parejas afectados procedieron a presentar una acción de tutela contra dichas entidades.

3.2.3. Sentencia U 214/2016

Se generó un gran caos institucional debido a la falta de una interpretación uniforme de la sentencia S-C577. Muchas parejas homosexuales continuaban siendo víctimas de discriminación y se les negaba el derecho a contraer matrimonio. Además, había una falta de accionar por parte de legislativo, pues no emitía norma alguna a fin de regular y ponerle fin al problema.

Por otro lado, la Corte Constitucional tenía en su poder casos de acción de tutela:

- Acción de tutela interpuesta por procuradores contra jueces que aceptaron solicitudes de matrimonio (2 casos).
- Acción de tutela interpuesta por parejas del mismo sexo contra notaría que se habían negado a aceptar la solicitud de matrimonio (3 casos).
- Acción de tutela interpuesta por una pareja del mismo sexo contra la Registraduría que se negó a inscribir el acta de matrimonio (1 caso).
- Acción de tutela interpuesta por una pareja conformada por un varón transexual, el cual no había cambiado el sexo en su documento de identidad y una mujer contra un juez que revocó la sentencia de matrimonio (1 caso).

Al estar todos los casos anteriores relacionados con el mismo tema, la Corte Constitucional los acumuló y emitió, el 28 de abril del 2016, la Sentencia de Unificación 214-2016. A través de esta sentencia, la Corte Constitucional reconoció el derecho a casarse todas esas parejas involucradas en el proceso. Asimismo, extendió los efectos de dicha sentencia a todas las parejas del mismo sexo dentro de su territorio:

La Corte Constitucional, actuando como guardiana de la Constitución de 1991, y ante la urgente necesidad de proteger los derechos fundamentales de los integrantes de una minoría sexual, adopta una sentencia de unificación, con efectos inter pares, con miras a que, en adelante, las parejas heterosexuales y homosexuales gocen en Colombia de plena igualdad de trato en el ejercicio de sus derechos fundamentales. (Acción de Tutela contra la Notaría Cuarta del Círculo de Cali y otros, 2016)

Respecto al accionar cuestionable de la Procuraduría al presentar acciones de tutela a fin de impedir que parejas del mismo sexo contraigan matrimonio, vulnerando así sus derechos fundamentales, la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

Partiendo del papel que la Constitución le asigna a la Procuraduría General de la Nación, este organismo de control no puede formular una acción de tutela destinada a impedir la celebración de un matrimonio civil de una pareja del mismo sexo, alegando vulneración del orden jurídico, cuando quiera que, en estos asuntos, prevalece el respeto por los derechos fundamentales, la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad, lo cual torna, obviamente, improcedentes las acciones públicas aquí promovidas. En otras palabras, el Ministerio Público, si bien se encuentra facultado para interponer acciones de amparo en defensa de los derechos fundamentales de las personas, en el caso concreto carecía de legitimación activa por cuanto la Sentencia C-577 de 2011 le reconoció a las parejas del mismo sexo sus derechos fundamentales a la dignidad humana, la libertad personal y la igualdad.

(...)

Resulta inadmisibile que el Ministerio Público formule diversas acciones de tutela encaminadas no a la protección de los derechos constitucionales, sino a evitar que las parejas del mismo sexo ejerzan su derecho a celebrar una unión marital y formal, en los términos de la Sentencia C-577 de 2011. (Acción de Tutela contra la Notaría Cuarta del Círculo de Cali y otros, 2016)

Respecto al accionar de los notarios, quienes a través de “contratos innominados”, también llamados “contratos solmenes”, buscaban formalizar y solemnizar las uniones de las parejas del mismo sexo, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

(...) ningún contrato solemne innominado o atípico, celebrado entre parejas del mismo sexo, podría llegar a producir los mismos efectos personales y patrimoniales que un matrimonio civil. De allí que los contratos civiles innominados, o que buscan solemnizar y formalizar las uniones entre parejas del mismo sexo, diferentes al matrimonio civil, no suplen el déficit de protección identificado en la Sentencia C-577 de 2011. (Acción de Tutela contra la Notaría Cuarta del Círculo de Cali y otros, 2016)

Asimismo, la Corte Constitucional reconoció y celebró el accionar de aquellos jueces que, luego del 20 de junio del 2013, acataron lo establecido en la sentencia C-577 y procedieron a celebrar matrimonios civiles cuando se les era solicitado por parejas del mismo sexo: “(...) actuaron de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, en ejercicio de su autonomía judicial” (Acción de Tutela contra la Notaría Cuarta del Círculo de Cali y otros, 2016)

También la Corte Constitucional estableció que todos aquellos matrimonios entre personas del mismo sexo, celebrados luego del 20 de junio del 2013, eran válidos:

(...) los matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, celebrados en Colombia con posterioridad al 20 de junio de 2013, gozan de plena validez jurídica, por ajustarse a la interpretación constitucional plausible de la Sentencia C-577 del 20 de junio de 2011. (Acción de Tutela contra la Notaría Cuarta del Círculo de Cali y otros, 2016)

Finalmente, la Corte Constitucional recalcó y recordó la obligatoriedad de la sentencia emitida e instó la difusión de la misma, a fin de evitar que se vuelva a repetir el caos anterior:

En igual sentido, esta Corporación advierte a las autoridades judiciales, a los Notarios Públicos y a los Registradores del Estado Civil del país, y a los servidores públicos que llegaren a hacer sus veces, que el fallo de unificación tiene carácter vinculante, con efectos inter pares, en los términos de la parte motiva de la providencia.

Por último, la Corte exhorta a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a la Superintendencia de Notariado y Registro y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que difundan entre los Jueces, Notarios y Registradores del Estado Civil del país, el contenido del presente fallo, con el propósito de superar el déficit de protección señalado en la Sentencia C- 577 del 20 de junio de 2011. (Acción de Tutela contra la Notaría Cuarta del Círculo de Cali y otros, 2016)

A diferencia de Argentina que se logró la legalización del matrimonio igualitario a través de la modificación de los artículos del Código Civil Argentino referidos a la materia, Colombia lo hizo a través de una decisión judicial. El matrimonio igualitario es una realidad en Colombia, desde entonces las personas LGTBI de dicho país gozan de una seguridad jurídica e igualdad de derechos que durante mucho tiempo les fue negada.

3.3. México

3.3.1. Antecedentes

A fines de abril del 2001, Enoé Uranga, diputada por el Partido de la Revolución Democrática, presentó ante la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (en adelante, la ALDF) el proyecto de Ley de Iniciativa de Convivencia. Dicho proyecto buscaba otorgar una protección jurídica a las parejas compuestas por personas del mismo sexo, ya que por ese tiempo estas parejas se encontraban impedidas de establecer un concubinato o de contraer matrimonio, puesto que el requisito para acceder a dichas figuras jurídicas, la pareja tenía que estar compuesta por un varón y una mujer.

Cabe aclarar que, si bien se buscaba la protección jurídica de las parejas homosexuales, no se buscaba que esta se diera bajo la figura del matrimonio o del concubinato. Más bien,

buscaba crear una nueva figura jurídica compuesta por dos personas que buscaban darse apoyo de manera mutua, tuviesen voluntad de permanencia y establecer un hogar en común.

Así esta ley, orientada a proteger jurídicamente aquellas relaciones de convivencia diferentes a la de la familia nuclear, al reconocimiento, el respeto y evitar la discriminación a la diversidad sexual, fue aprobada recién el 6 de noviembre del 2006 por la Asamblea General del Distrito Federal (en adelante, la AGDF) con 43 votos a favor, 17 en contra y 5 abstenciones. La demora se debió a que el proyecto de ley fue sometido a diversos foros de discusión, así como la presión de la Iglesia Católica y el sector conservador que se oponía a dicha ley.

La Ley de Sociedades de Convivencia establecía lo siguiente:

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

Del artículo 2°, se puede desprender que las personas de diferente sexo podían acceder a la figura jurídica de sociedad de convivencia. Sin embargo, estas personas encontraban una mayor protección en las figuras del concubinato y del matrimonio. De esta manera, la sociedad de convivencia era como una especie de salvavidas para las parejas conformadas por personas del mismo sexo, que buscaban formar un hogar en común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, estableciendo como únicos requisitos:

Artículo 4. No podrán constituir Sociedad de Convivencia, las personas unidas en matrimonio, concubinato y aquellas que mantengan vigente otra Sociedad de Convivencia. Tampoco podrán celebrar entre sí Sociedad de Convivencia, los parientes consanguíneos en línea recta sin límite de grado o colaterales hasta el cuarto grado.

Si bien la aprobación de dicha ley brindaba una protección jurídica a las parejas homosexuales, la misma no era suficiente. Entre algunas de las deficiencias se encuentran las siguientes:

- La ley solo surgía efectos dentro de la capital mexicana.
- No modificaba el estado civil de las personas.

- La diferencia de la figura matrimonial donde sí cabe indemnización en los casos previstos por el Código Civil Mexicano.
- La obligación del pago de alimentos es solo por la mitad de tiempo que duró la sociedad de convivencia. A diferencia del matrimonio y el concubinato, casos en los cuales la obligación de pago de alimentos es por el mismo tiempo que duró el matrimonio o la unión respectivamente.
- La figura de sociedad de convivencia no iguala a las dos formas de unión heterosexual.

Pese a la aprobación de la Ley de Sociedad de Convivencia, la comunidad LGTBI seguía estando en una desprotección jurídica, puesto que seguía sin poder gozar del derecho a poder contraer matrimonio y todas las obligaciones y derechos que ello implica.

A fines de noviembre del 2009, David Razú Aznar, diputado por el Partido de la Revolución Democrática, presentó una iniciativa de reforma, con la finalidad de que se modificara la definición de la figura de matrimonio recogida en el Código Civil del Distrito Federal, lo que permitiría que personas del mismo sexo pudiesen contraer matrimonio y estar así acorde con lo establecido en el artículo 2° del mismo cuerpo legal:

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

Y, por otro lado, con lo establecido en el quinto párrafo del artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Mexicanos:

Artículo 1. (...)

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

3.3.2. Modificación del Código Civil del Distrito Federal

El 21 de diciembre del 2009, con 39 votos a favor, 20 en contra y cinco abstenciones, la ALDF aprobó la iniciativa impulsada por el diputado David Razú Aznar. De esta manera, se modificó el artículo 146° del Código Civil del Distrito Federal que hasta ese momento establecía lo siguiente:

Artículo 146. Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez de Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.

La figura de matrimonio se redefinió como la unión libre de dos personas, comprendiendo así tanto a parejas de distinto sexo como a personas del mismo sexo. El 29 de diciembre de ese mismo año, se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el decreto por el cual se modificaban diversos artículos del Código Civil del Distrito Federal y del Código Civil de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. Si bien este cambio marcó un precedente para México, este cambio era válido solo para la capital mexicana. Tiempo más tarde, los estados de Baja California Sur, Ciudad de México, Campeche, Coahuila, Colima, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Nayarit, San Luis Potosí, Oaxaca y Quintana Roo harían las respectivas reformas a sus códigos civiles y/o familiares; mientras que en Aguascalientes, Chiapas, Jalisco, Nuevo León y Puebla se reconoció el matrimonio entre personas del mismo sexo a través de acciones de inconstitucionalidad resueltas por la Suprema Corte. Los cambios realizados en el Código Civil del Distrito Federal generaron diversas reacciones jurídicas.

A fines de enero del 2010, el Procurador General de la República presentó una Acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, la Suprema Corte) solicitando que se invalide el artículo 146° del Código Civil del Distrito Federal, así como del artículo 391° del mismo cuerpo legal, el cual regulaba la adopción, ya que, al haber legalizado el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, estas se encontraban en la posibilidad de adoptar. Los argumentos usados en la acción de inconstitucionalidad fueron los siguientes:

1. La reforma se contrapone a la noción del matrimonio y de la familia que protege la Constitución federal, sin que fuera constitucional ampliar la figura del matrimonio hacia las parejas del mismo sexo, al ser distintas de las heterosexuales, primordialmente, por no tener la posibilidad de la procreación de hijos en común (además ya existía una Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal, que reconocía las uniones entre personas del mismo sexo, equiparándolas al concubinato);

2. La norma general impugnada contraría la legislación de los estados de la República que no regulaban ese tipo de matrimonio e incluso los prohibían, lo que ocasiona conflictos normativos entre los distintos órdenes jurídicos, al tener que reconocer la validez de dichas uniones y, por tanto, una ruptura en el federalismo, y

3. La adopción de menores por matrimonios entre personas del mismo sexo afecta el interés superior de los niños y niñas, protegido constitucionalmente”. (Alterio & Niembro Ortega, 2017)

El 16 de agosto de ese mismo año, la Suprema Corte emitió una sentencia en la que dejó establecido que ni el matrimonio entre personas del mismo sexo ni la adopción por parte de las mismas vulneraban el texto constitucional:

234. (...) el artículo 4º de la Constitución alude a la institución civil del matrimonio, menos aun definiéndola, por lo que deja esa atribución normativa al legislador ordinario; tampoco se desprende del mismo, que la Constitución proteja sólo un único modelo de familia - “ideal”- que, exclusivamente, tenga su origen en el matrimonio entre un hombre y una mujer, como lo afirma el Procurador, ya que lo que mandata, como se ha precisado, es la protección a la familia como tal, al ser indudablemente la base primaria de la sociedad, sea cual sea la forma en que se constituya, y esa protección es la que debe garantizar el legislador ordinario.

238. (...) el legislador ordinario, a lo que está obligado, es a proteger la organización y el desarrollo de la familia -en sus múltiples organizaciones y/o manifestaciones-, sin encontrarse sujeto a una concepción predeterminada de la figura del matrimonio, es indudable, entonces, que, en el ejercicio de esa labor, no puede dejar de lado que la familia, antes que ser un concepto jurídico, es un concepto sociológico (...) la familia, lejos de ser una creación jurídica, nace o se origina con las relaciones humanas, correspondiendo más bien a un diseño social que, por ende, se presenta de forma distinta en cada cultura; así, los cambios y transformaciones sociales que se van dando a lo largo del tiempo, de manera necesaria, impactan sustancialmente en la estructura organizativa de la familia en cada época (...).

249. (...) sin desconocer, por ello, que procrear siga siendo parte importante de las uniones humanas; no es sostenible afirmar, sin más, que el matrimonio, en su definición tradicional, fuera un concepto completo y, por tanto, inmodificable por el legislador, máxime derivado del proceso de secularización de la sociedad y del propio matrimonio.

250. En consecuencia, la afirmación del accionante en el sentido de que, constitucionalmente e, incluso, de acuerdo con los tratados internacionales que cita, constituya un elemento esencial del matrimonio que se celebre entre personas de diferente sexo (hombre y mujer), dado que, según dice, su finalidad primordial es la procreación y, de ahí, la formación de una familia -una familia ideal-, que es la que, en mayor medida, protege la Constitución Federal, no puede ser admitida por esta Corte, pues, como hemos expuesto, nuestra Norma Fundamental, en ningún momento, lo dispone así y, además, la relación jurídica matrimonial ha dejado de vincularse al fin de la procreación, sosteniéndose, primordialmente, en los lazos

afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común.

(...)

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

315. En efecto, esta Suprema Corte no tiene base normativa alguna para declarar inconstitucional el artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal, apoyándose en que la adopción por parejas del mismo sexo, per se, afectan el interés superior del menor, y cualquier argumento en esa dirección nos pondría en la necesidad de utilizar un razonamiento vedado por el artículo 1º de la Constitución Federal que, específicamente, prohíbe la discriminación de las personas por razón de sus preferencias o por cualquier otra razón que atente contra la dignidad humana (...)

316. Pensar que la Constitución exige excluir del régimen legal que discipline el régimen de adopción a una categoría entera de personas definidas por su orientación sexual, implica caer en un razonamiento prohibido constitucionalmente.

(...)

322. El interés superior del menor, en conclusión, exige que el Estado asegure que los niños se convertirán en adultos en contextos familiares que *prima facie* les garantizan cuidado, sustento y educación, pero pensar que las familias integradas por personas del mismo sexo no satisfacen este esquema, implica caer en un razonamiento constitucionalmente contrario a los intereses de los menores que, se afirma, se quieren proteger. (Acción de Inconstitucionalidad 2/2010. Promovente: Procurador General de la República, 2016)

En junio del 2015, la Suprema Corte de Justicia emitió una tesis jurisprudencial, en la cual declaraba inconstitucionales los Códigos Civiles de aquellos estados mexicanos en los que se entendiera que el matrimonio era únicamente la unión entre hombre y mujer y que tuviese como fin la procreación:

202. Ya esta Corte ha establecido en varios precedentes -y lo ha reiterado en el presente- la enunciación de "entre un solo hombre y una sola mujer", no tiene razón constitucional de existir en la definición de matrimonio, más aún cuando la finalidad del mismo es la ayuda mutua. Así pues, dicha expresión resulta igualmente discriminatoria en su mera expresión. Desconocer ese hecho haría nugatorio lo establecido por la Corte Interamericana, en el sentido de que un "derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual." (98) Tomando en cuenta lo anterior, esta S. concluye que no es factible hacer compatible o

conforme un enunciado que es claramente excluyente. Al respecto, es aplicable la tesis de rubro: "Matrimonio. la ley que, por un lado, considera que la finalidad de aquél es la procreación y/o que lo define como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional." (Ejecutoria num. 1a./J. 43/2015 (10a.) de Suprema Corte de Justicia, Primera Sala, 2015)

De esta manera, la Suprema Corte dejó clara su postura al advertir que la finalidad del matrimonio no es únicamente la procreación, pues en ese sentido aquellos matrimonios que no tienen hijos, ya sea por esterilidad o por decisión, no serían considerados como tales. Por lo que debe de superarse el binomio matrimonio-procreación, debido a que la decisión de tener o no descendencia corresponde únicamente a la esfera personal de la pareja. Por otro lado, privar a una pareja de contraer matrimonio basado en la orientación sexual de la misma configura una medida excluyente y discriminatoria, por lo que se trata de un trato diferenciado ilegítimo que vulnera el principio de igualdad.

154. Además, en la acción de inconstitucionalidad citada esta Corte destacó que:

(...) es un hecho innegable que la secularización de la sociedad y del propio matrimonio, así como la transformación de las relaciones humanas, han llevado paulatinamente a diversas formas de relación afectiva, sexual y de solidaridad mutua y, de ahí, a modificaciones legales en cuanto a la institución del matrimonio, que han derivado en la redefinición del concepto tradicional que del mismo se ha tenido en cada época y a su desvinculación de una función procreativa, como fin del mismo.

171. Además, con la exclusión de las personas homosexuales al matrimonio se vulneran otros derechos de dichos individuos y sus familias. En efecto, es una realidad que al margen de que las parejas homosexuales puedan acceder al matrimonio, existe un creciente número de ellas que deciden criar niños y niñas, ya sea a los procreados en anteriores relaciones heterosexuales, utilizando para esos fines las técnicas de reproducción asistida, o a través de adopciones monoparentales. La discriminación legislativa hacia las parejas homoparentales repercute directamente en esos niños y niñas. En esta línea, la medida impugnada se traduce también en un trato discriminatorio por parte de la ley hacia las hijas e hijos de las parejas homosexuales, que los colocan en un plano de desventaja respecto de las hijas e hijos de parejas heterosexuales. (Ejecutoria num. 1a./J. 43/2015 (10a.) de Suprema Corte de Justicia, Primera Sala, 2015)

Es importante señalar que esta decisión de la Suprema Corte no significó la legalización del matrimonio igualitario en todo el país. La anterior jurisprudencia, así como otras que versan sobre la materia, si bien tienen carácter obligatorio, los criterios recogidos en las mismas, no invalidan las normas locales de los estados, ya que los únicos que cuentan con la facultad de derogar o reformar dichas normas son legislaturas locales, así pues aquellos estados cuyas legislaturas indiquen que el matrimonio es entre un hombre y una mujer no existirá la

obligación de celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo, por lo que las parejas afectadas deberán recurrir al amparo.

CONCLUSIONES

1. Las personas LGTBI en nuestro país viven en una inseguridad jurídica, pues no gozan de los mismos derechos y libertades que las personas heterosexuales. A diferencia de las parejas heterosexuales que cuentan con las figuras jurídicas de la unión de hecho y el matrimonio, a fin de que sus uniones gocen de una protección legal, las parejas conformadas por personas del mismo sexo no cuentan con ningún mecanismo de protección.
2. Pese a los intentos de algunos congresistas para poner fin a la situación de vulnerabilidad y desprotección jurídica a la que se enfrentan las parejas conformadas por personas del mismo sexo, la presión del sector conservador, así como el sesgo religioso, han impedido que se cumplan con dicho objetivo.
3. La Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 4°, establece que el Estado protege el matrimonio y la familia. Respecto a la figura del matrimonio, la misma no establece que la misma sea la unión entre un varón y una mujer. Respecto a la familia, nuestro texto constitucional no reconoce un modelo específico de familia. Por tanto, sostener que nuestra Constitución reserva la figura del matrimonio únicamente para parejas heterosexuales, así como que el modelo de la familia tradicional (entiéndase esto como padre, madre e hijos) es el único modelo merecedor de reconocimiento y protección en nuestro país, es incorrecto.
4. El Código Civil Peruano de 1984 establece en su artículo 234° que el matrimonio es la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer. Sin embargo, tomando en consideración la jerarquía normativa establecida por la Pirámide de Kelsen, dicho artículo devendría en inconstitucional pues es contrario a lo establecido en el artículo 2.2° de la Constitución Política del Perú de 1993, que prohíbe todo tipo de discriminación. Así el artículo 234° del Código Civil Peruano de 1984, al establecer que los contrayentes sean personas de distinto sexo como elemento esencial del matrimonio, estaría limitando el acceso a dicha figura únicamente para parejas heterosexuales, incurriendo en un acto discriminatorio prohibido constitucionalmente.

5. La Declaración Universal de Derechos Humanos en sus artículos 2.1° y 7°; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 2.2°, 3° y 26°; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo II; la Convención Americana de Derechos Humanos en sus artículos 1.1° y 24° reconocen que todas personas, en razón de su naturaleza humana son iguales, por lo que todas gozan de los mismos derechos y libertades recogidos en dichos instrumentos internacionales. Encontrándose además prohibido cualquier tipo de discriminación.
6. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su “Opinión consultiva sobre identidad de género y no discriminación a parejas del mismo sexo-OC 24”, ha establecido la interpretación de los artículos 11.2° y 17° de la Convención Americana de Derechos Humanos: los países miembros de la Organización de Estados Americanos deben de brindar la misma protección a las parejas heterosexuales como a las de personas del mismo sexo.
7. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido a través de la sentencia Atala Riffo y niñas vs. Chile, Duque vs. Colombia y en la “Opinión consultiva sobre identidad de género y no discriminación a parejas del mismo sexo-OC 24” que la orientación sexual y la identidad de género, son categorías protegidas por la Convención Americana de Derechos Humanos.
8. Los países que han reconocido el matrimonio igualitario en sus legislaciones lo han hecho en cumplimiento y en una adecuada interpretación por lo establecido en los diversos instrumentos internacionales sobre materia de derechos humanos en lo referente al principio de igualdad y de no discriminación.
9. Tal como se ha podido revisar en los casos de Argentina, Colombia y México, no es necesario un cambio o modificación a nivel constitucional a fin de legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo.
10. En vista de que, como ya se mencionó líneas arriba, nuestro texto constitucional no establece que el matrimonio sea la unión entre varón y mujer no sería necesario una reforma constitucional como incorrectamente congresistas del sector conservador

han sostenido. Por tanto, bastaría una modificación del artículo 234° de nuestro código civil, en lo referente a que el matrimonio es la “unión voluntaria concertada por un varón y una mujer” por la “unión voluntaria concertada de dos personas” o expresión similar que no haga diferencia en si los contrayentes se tratan de dos personas del mismo sexo o no.

11. El Perú forma parte de las Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos, por tanto, se encuentra en la obligación de respetar y velar por todos los derechos recogidos en los Tratados del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos y del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, esto en virtud de lo establecido por Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Debe además, adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar que todas las personas que habitan en el territorio nacional gocen de los mismos derechos y libertades sin que medie ningún tipo de discriminación.
12. El derecho a la igualdad se encuentra recogido en el artículo 2.2°. Dicho artículo establece que todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos, por tanto, prohíbe la discriminación en base a una serie de supuestos, dentro de los cuales se encuentra la orientación sexual del individuo. Siendo esto así, la orientación sexual de las personas no debe ni puede ser un impedimento para el goce y ejercicio sus derechos. En ese sentido, impedir que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio es una evidente vulneración a su derecho constitucional a la igualdad.
13. En base a lo establecido en los puntos 10 y 11, es imperativo que el Estado Peruano regule el matrimonio igualitario dentro de su ordenamiento jurídico. De esta forma, se estaría respetando el derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación de las personas LGTBI, así como está establecido en los tratados internacionales sobre materia de derechos humanos de los que el Perú es parte.

REFERENCIAS

Artículos de revistas:

- Carmona Cuenca, E. (1994). El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios Políticos*. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27265>
- Fernández Revoredo, M. S. (2015). Sobre la compatibilidad de matrimonio y las uniones de hecho entre personas del mismo sexo con el ordenamiento constitucional peruano. *Foro Jurídico*. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13755/14379>
- Landa, C. A. (2000). Dignidad de la persona humana. *Ius et veritas*. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15957/16381>
- Nash Rojas, C. (2013). Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Constitucional Latinoamericano*. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32199.pdf>
- Neves Mujica, J. (1999). La cuarta Disposición Final y Transitoria de la constitución y los derechos laborales. *Ius et veritas*. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15867/16299>
- Nikken, P. (1989). La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Revista IIDH*. Recuperado de: <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1605/numero-especial-1985.pdf>
- Rubio Correa, M. (1998). La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993. *Pensamiento Constitucional*. Recuperado de: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/97351>
- Salvioli, F. (2004). La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista IIDH*. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-4.pdf>
- Seco Martínez, J. M. (2017). De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar. *Derechos y libertades*. Recuperado de: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/26203>
- Sempere Navarro, A., & Cano Galán, Y. (2008). La igualdad laboral en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. *Revista Europea de Derechos Fundamentales* (11), pp.67-135.

- Siverino Bavio, P. (2015). Unión civil, matrimonio igualitario e identidad de género: la obligación de reconocimiento y tutela de la diversidad sexual en el Derecho Peruano. *Foro Jurídico*. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13754/14378>

Informes, guías y glosarios:

- Adjuntía para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad, Defensoría del Pueblo. (2014). *Informe de Adjuntía N° 003-2014-DP/ADHPD, Opinión respecto del Proyecto de Ley N° 2647/2013-CR, que establece la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo. Situación de los derechos fundamentales de las personas LGTBI en el país*. Recuperado de: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe-de-Adjuntia-003-2014-DP-ADHPD-2.pdf>
- American Psychological Association. (2012). *Respuestas a sus preguntas para una mejor comprensión de la orientación sexual y la homosexualidad*. Recuperado de: <https://www.apa.org/topics/lgbt/answers-questions-so-spanish.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Violencia contra las personas LGTBI*. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgtbi.pdf>
- Consejo Nacional para prevenir la discriminación. (2016). *Glosario de la diversidad sexual, de género y de características sexuales*. Recuperado de: <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/225271/glosario-TDSyG.pdf>
- Dirección General Adjunta de Estudios, Legislación y Políticas Públicas del Conapred. (2012). *Guía para la acción pública contra la homofobia*. Recuperado de: https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/GAP-HOMO-WEB_Sept12_INACCSS.pdf
- Director General de Derechos Humanos (2014). *Informe N° -2014- JUS/DGDH*. Recuperado de: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/24F403AE5D6F527605257CFC0076AC23/\\$FILE/doc27032014-140153.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/24F403AE5D6F527605257CFC0076AC23/$FILE/doc27032014-140153.pdf)
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2012). *Nacidos libres e iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de Derechos Humanos*. Recuperado de: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_sp.pdf
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.(2016). *Vivir libres e iguales.Qué están haciendo los Estados para abordar la violencia y discriminación, contra las personas lesbianas,gays,bisexuales,transexuales e intersex*. Recuperado de: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/LivingFreeAndEqual_SP.pdf

- Organización Panamericana de la Salud. (2012). *"Curas" para una enfermedad que no existe*. Recuperado de: <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2013/Curas-enfermedad-OPS-TR.pdf>
- PROMSEX. (2014). *Informe anual sobre Derechos Humanos de Personas Trans, Lesbianas, Gays y Bisexuales en el Perú 2013-2014*. Recuperado de: <https://promsex.org/wp-content/uploads/docs/Publicaciones/InformeTLGB2013-2014.pdf>

Libros:

- Alterio, A., & Niembro Ortega, R, (2017). *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*. Ciudad de México, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Barrena, G. (2012). *Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Ciudad de México, México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°19: Derechos de las personas LGTBI*. San José. Obtenido de: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo19.pdf>
- Crespo Mancilla, J. C., & Ponce De León Echevarría, D. (2016). *Derechos Humanos de las personas LGTBI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú*. Lima, Perú: Defensoría del Pueblo.
- Defensoría del Pueblo, (2007). *La discriminación en el Perú, problemática, normatividad y tareas pendientes*. Lima, Perú: Defensoría del Pueblo.
- García Morillo, J., (2010). *La cláusula general de igualdad. En autores varios. Derecho Constitucional. Vol. I: El Ordenamiento Constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Barcelona, España: Tirant Lo Blanch, S.L.
- Figari, C. (2011). Matrimonio Igualitario: ciencia y acción política. En N. Solari. [Ed]. *Matrimonio entre personas del mismo sexo Ley 26.618 Antecedentes. Implicancias. Efectos* (pp.101-128). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Fondo Editorial de economía y derecho.
- Gullco, H.V, (2011). El matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho supranacional y su comparación con el derecho constitucional argentino. En N. Solari. [Ed]. *Matrimonio entre personas del mismo sexo Ley 26.618 Antecedentes. Implicancias. Efectos* (pp.23-36). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Fondo Editorial de economía y derecho.
- Held, D., (2001). *Modelos de democracia* (4 ed.). Madrid, España: Alianza Editorial.

- Magendzo Kolstrein, A.,(1995). Discriminación Negativa: Una práctica cotidiana y una tarea para la educación en Derechos Humanos. En *Estudios Básicos de Derechos Humanos. Tomo III* (págs. 185-210). San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Pérez Luño, A. E., (2007). *Dimensiones de la igualdad*. Madrid, España: Editorial Dykinson.
- Rubio Correa, M.,(1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo I*. Lima, Perú: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Salmón, E. (2019). *Curso de Derecho Internacional Público*. Lima, Perú : Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Salmón, E., (2019). Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Lima, Perú: Fondo Editorial Pontificio Universidad Católica del Perú.
- Varsi Rospigliosi, E., (2011). *Tratado de Derecho de Familia, Matrimonio y uniones estables, Tomo II*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Normas y principios:

- Ley De Uniones Civiles. Sesión Ordinaria 33. Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (12 de Diciembre de 2002). [Buenos Aires, Argentina](https://www.legislatura.gov.ar/InfoSesion/324). Recuperado de: <https://www.legislatura.gov.ar/InfoSesion/324>
- *Principios de Yogyakarta*. (2006). Recuperado de: <https://yogyakartaprinciples.org/principles-en/>

Noticias:

- Redacción EC. (3 de mayo del 2014). Unión Civil: realizaron marcha contra proyecto de ley. *El Comercio*. Recuperada de: <https://elcomercio.pe/lima/union-civil-realizaron-marcha-proyecto-ley-316362-noticia/>
- Redacción Perú 21. (14 de 12 de 2015). Las 9 frases más homofóbicas que dejaron estas figuras públicas en 2015. *Perú 21*. Recuperada de: <https://peru21.pe/politica/9-frases-homofobicas-dejaron-figuras-publicas-2015-206209-noticia/>

Opiniones Consultivas

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de Setiembre de 1982). Opinión Consultiva 1/82. Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convencion Americana Derechos Humanos). Recuperada de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1266.pdf?file=fileadmin%2FDocumentos%2FBDL%2F2002%2F1266>

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (9 de Mayo de 1986). Opinión Consultiva OC 6/86. La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Recuperada de: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (14 de Julio de 1989). Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de Julio de 1989 "Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos". Recuperada de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1263.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de Noviembre de 2017). *Opinión Consultiva OC-24/17 "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a prejas del mismo sexo"*. Recuperada de: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

Otros documentos:

- Comité de Derechos Humanos. (2004). Dictamen del Comité de Derechos Humanos emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -80° periodo de sesiones- respecto de la Comunicación N° 976/2001. Recuperado de: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F80%2FD%2F976%2F2001&Lang=es
- Comité de Derechos Humanos. (2013). *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico del Perú, aprobadas por el Comité en su 107° período de sesiones (11 a 28 de marzo de 2013)*. Organización de las Naciones Unidas. Recuperado de: http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrIC_AqhKb7yhsg3%2FP07L6ZZiTifqu6cHLZXLSvAJ7%2FJ5XTVDGh%2BRWp8Uj67CrRsKtJBP2sKGYYtFNOi1jRDd0DAsPH69DoFWOF5odbmg7dVAiGBZUH R6ohv

Sentencias:

- Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, Serie C No. 182 (Corte IDH, 2008). Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf
- Atala Riffo vs. Chile, Serie C No. 239 (Corte IDH, 2012). Recuperada de: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf
- Corte Constitucional de Colombia (2007). Sentencia C-075/07 recaída en el expediente D-6362. Accion de inconstitucionalidad contra los artículos 1° y 2° de la Ley 54 de 1990. 7 de febrero. Recuperada de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm>

- Corte Constitucional de Colombia (2011). [Sentencia](#) C-577/11 recaída en los expedientes D-8361 y D-8376. Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 241 y 242 de la Constitución Política y el artículo 113 del Código Civil, en el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 1361 de 2009. 26 de julio. Recuperada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>
- Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia U 214-2016 recaída en los Expedientes T- 4.167.863, T-4.189.649, T-4.309.193, T-4.353.964, T-4.259.509 y T-4.488.250. Acción de tutela contra la Notaría Cuarta del Círculo de Cali y otros. 28 de abril. Recuperada de: https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/665526733#section_4
- [Décimo](#) Primer Juzgado Constitucional. (2019). Sentencia del 22 de marzo. Expediente N°10776-2017. Recuperada de: [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/04/Exp.-10776-2017-Legis.pe .pdf.pdf?fbclid=IwAR065zt_4vonSkd5cPWhNqAJQW-nuEOgxqXp9V-P7mkq5o6kSK5EvLd54dA](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/04/Exp.-10776-2017-Legis.pe.pdf.pdf?fbclid=IwAR065zt_4vonSkd5cPWhNqAJQW-nuEOgxqXp9V-P7mkq5o6kSK5EvLd54dA)
- Duque vs Colombia, Serie C No. 310 (Corte IDH,2002). Recuperada de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf
- Fundación Mujeres en Igualdad contra Freddo (Cámara Nacional en lo Civil, 2002). Recuperada de : <http://www.mpd.gov.ar/uploads/documentos/Caso%20Freddo.pdf>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2016). Acción de Inconstitucionalidad 2/2010.Sentencia del 16 de agosto. Recuperada de: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=115026>
- Tribunal Constitucional del Perú (2003). Sentencia recaída en el expediente N°0261-2003-AA/TC. Cámara Peruana de la Construcción-CAPECO contra el Ministerio de Trabajo y Promoción Social. 26 de marzo. Recuperada de: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00261-2003-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú (2006). Sentencia recaída en el expediente N°2730-2006-PA/TC. Arturo Castillo Chirinos contra el Jurado Nacional de Elecciones (JNE). 31 de julio. Recuperada de: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02730-2006-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú (2009). Sentencia recaída en el expediente 00926-2007-PA/TC . CFAD contra Director de Instrucción y Doctrina de la Policía Nacional del Perú (PNP). 3 de noviembre. Recuperada de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00926-2007-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú (2007). Sentencia recaída en el expediente 06572-2006-PA/TC. Janet Rosas Dominguez contra Oficina de Normalización Previsional (ONP).11 de 2007). Recuperada de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06572->

[2006-AA.pdf](#)

- Tribunal Constitucional del Perú (2014). Sentencia recaída en el expediente N° 02437 2013-PA/TC . Margarita Cosar Camacho y otros contra Supermercados Peruanos S.A. Plaza Vea.16 de abril. Recuperada de: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02437-2013-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú (2005). Sentencia recaída en el expediente N°0048-2004-PIITC. José Morales Dasso y más de 5000 ciudadanos contra el Jurado Nacional de Elecciones (JNE). 1 de abril. Recuperada de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú (2009). Sentencia recaída en el expediente N°05527-2008-PHC/TC. Nidia Yesenia Baca Barturén contra el Director de la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo y el Director de la Sanidad de la Policía de Chiclayo. 11 de febrero. Recuperada de: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05527-2008-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú (2007). Sentencia recaída en el expediente 09332-2006-PA/TC . Schols Pérez contra el Centro Naval del Perú. 30 de noviembre. Recuperada de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú (2016). Sentencia recaída en el expediente N°6040-2015-PA/TC. Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga(Ana María Romero Saldarriaga) contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y el Ministerio Público 21 de abril, Recuperada de: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/06040-2015-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú (2008). Sentencia recaída en el expediente N° 05652-2007-PA/TC. Rosa Bethzabé Gambini contra la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana (SBLM) y el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES) .6 de noviembre. Recuperada de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/05652-2007-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú (2011). Sentencia recaída en el expediente N° 03525-2011-PA/TC. Walter Manuel Viacava Gamboa, contra la Presidenta, el Secretario y Tesorero del CLAS Santa Elena. 30 de setiembre. Recuperada de: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/03525-2011-AA%20Resolucion.pdf>
- Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Serie D No 1. (Corte IDH, 1988). Recuperada de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf
- Yatama Vs. Nicaragua, Serie C No. 127 (Corte IDH, 2005). Recuperada de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf
- Young vs Australia (Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas 2003). Recuperada de: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsswSVVnSz50wXLYzs7W9cwELJKQR9g%2BvMXhFRfTz9jyvMyeu>

[9OEK1gpXSQCyVRizp1wlXahVDWb4gWSBJpiAQBBXMVkkVbBV%2FruNV0MBA8QQLTNA0cih0nTrRm%2B%2FJcd7Ig%3D%3D](https://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html)

Sitios web

- [OEA](https://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html). (2015). *OEA más derechos para más gente*. Obtenido de OEA más derechos para más gente: <https://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. (s.f.). *El derecho internacional de los derechos humanos*: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/internationallaw.aspx>

Tesis

- Lovatón Palacios, M. D. (2016). *La gestión del Estado Constitucional Interamericano en el Perú* (Tesis doctoral). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.