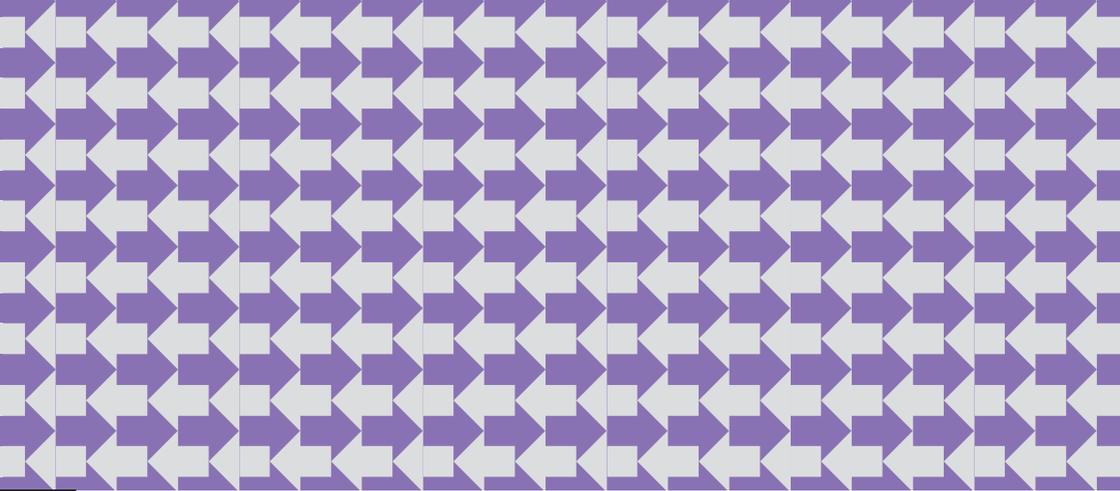


El amor prohibido: uniones afectivas
estables entre personas
del mismo sexo en el Derecho
Constitucional peruano

ABRAHAM SILES VALLEJOS



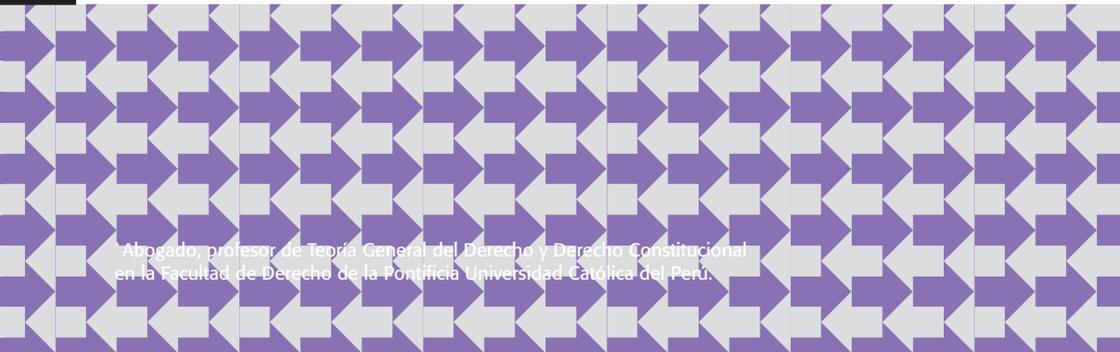


**El amor prohibido: uniones afectivas
estables entre personas
del mismo sexo en el Derecho
Constitucional peruano**

ABRAHAM SILES VALLEJOS*

PROMSEX^{AÑOS}

Centro de Promoción y Defensa de los
Derechos Sexuales y Reproductivos



*Abogado, profesor de Teoría General del Derecho y Derecho Constitucional
en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

© Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX)
Av. José Pardo 601, Oficina 604
Miraflores, Lima 18 - Perú
Teléfono: (511) 447 8668
Telefax: (511) 243 0460
www.promsex.org

Corrección de Estilo: Rosa Cisneros
Edición: Rosa Cisneros
Diseño y diagramación: Julissa Soriano
Impresión: erre&erre artes gráficas

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2010-05464
ISBN: 978-612-45154-7-7

Impreso en Perú, Abril 2010
Lima - Perú

Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo de:
HIVOS
Colectivo Uniones Perú

4	Prólogo
13	I. Introducción
16	II. El contexto social y cultural: discriminación y silenciamiento
	II.1. Un grupo tradicionalmente discriminado
	II.2. El silenciamiento de la realidad
36	III. La protección jurídica de las uniones de personas del mismo sexo y los derechos fundamentales
	III.1. La dignidad de los seres humanos
	III.2. La garantía de los derechos fundamentales
	III.3. El derecho fundamental a la libertad
	III.4. Los derechos sexuales
	III.5. El derecho fundamental a la igualdad y no discriminación
87	IV. Modalidades de protección constitucional a uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo
	IV.1. La alternativa del matrimonio: las limitaciones constitucionales
	IV.2. Las otras alternativas constitucionales: el concubinato, la unión civil y el Registro
114	V. Conclusiones
131	Bibliografía



Prólogo

Las uniones afectivas entre personas del mismo sexo retan el *status quo* que ha naturalizado la heterosexualidad para considerarla como el único modelo válido de relaciones afectivas y de parentesco. La heteronormatividad, término que describe la predominancia heterosexual como modelo ideal de relaciones sociales, impacta en el ejercicio de derechos de las personas de orientación sexual homosexual. Pese a que la homosexualidad ha dejado de ser considerada una enfermedad para ser reconocida como una expresión libre de la sexualidad humana, el estigma social aún está presente en algunas sociedades más que en otras.

El presente trabajo es un análisis jurídico sobre el estado actual del reconocimiento de las uniones de parejas homosexuales en el Derecho Comparado y en el ordenamiento constitucional peruano. De cara a este análisis es pertinente hacer una reflexión previa sobre el rol del Derecho, que es un discurso legitimado que tiene una doble función: recoge, pero también impone reglas de conducta y organización.

¿LO JURÍDICO ES NEUTRAL?

En el primer sentido, como producto social, es innegable que el Derecho no es ajeno a las relaciones de poder que se gestan en la sociedad que

regula. La predominancia de la heterosexualidad como categoría “natural” es parte de las relaciones sociales que el género visibiliza, y en esa medida está presente en el discurso jurídico. Los sistemas sociales desarrollan moralidades que fijan normas de comportamiento que gozan de legitimidad y que son asumidas como “verdaderas”: la moral es recogida por el Derecho, aunque se diferencie entre estos dos ámbitos¹. En la regulación legal sobre familia y sexualidad los discursos morales cobran mayor importancia reforzando la heteronormatividad².

En cuanto a la segunda función del Derecho, los/las autores/as agrupado/as bajo el movimiento de los *Critical Legal Studies* (CLS) enfatizan la relación entre el Derecho y la sociedad, y afirman que el Derecho no sólo responde a intereses prejurídicos, sino que también define esos intereses³. Señalan que las personas no escogemos nuestros estatus jurídicos, sino que los que ostentamos “representan una serie de derechos y poderes jurídicos -respaldados en último término por el Estado- [...] que son constitutivos de la relación social misma, ya que definen la situación de las partes en esa relación, especialmente la relación de poder entre ellas [...]”⁴. Los grupos sociales, el homosexual incluido, “participan en las relaciones sociales desde posiciones de poder parcialmente definidas por el Derecho [...] que define la

¹ MOTTA, Cristina y Macarena SÁEZ (editoras académicas). *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*. Tomo 1. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008. p. 275-276.

² *Ibidem*.

³ PEREZ LLEDÓ, Juan A. *El movimiento Critical Legal Studies*. Navarra, Editorial Tecnos, 1996. p. 378.

⁴ *Ídem*, p. 384.

constitución misma y la composición de esos grupos como tales"⁵. El Derecho tiene entonces un rol ideológico: actúa como creador de conciencia sobre lo que es el mundo y oculta percepciones alternativas; la conciencia social está juridificada en la medida que incorpora un sistema de creencias que nutre las relaciones de poder y legitima relaciones sociales injustas, y lo hace aparecer como inmutable y pretendidamente "real"⁶.

El Derecho es entonces una práctica discursiva que recoge los niveles de acuerdo y de conflicto que operan en una determinada formación histórico-social⁷, pero también dota de sentido el status quo, legitima las relaciones de poder y las construye. Existe pues entre el Derecho y la realidad social una relación de interdependencia y mutua alimentación. El Derecho no es neutro. El Derecho refleja la primacía heterosexual en las relaciones sociales.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Constitucional no son ajenos a esta realidad. En su desarrollo histórico, el catálogo de derechos humanos/fundamentales se ha ido ampliando para reconocer la igual dignidad de las personas en todo contexto. Sin embargo, este desarrollo progresivo está lejos aún de asegurar la igualdad entre todas y todos ante la ley⁸.

Un caso emblemático es el derecho al matrimonio reconocido para hombres y mujeres, sólo entre ellos. La comprensión mayoritaria del mismo aún no ha sido transversalizada por el principio-derecho de igualdad, aún en los

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ídem*, pp. 386-401.

⁷ RUIZ, Alicia. "La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres". En: BIRGIN, Haydée (comp.). *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires, Biblos, 2000. p. 21.

⁸ Cano Palomares hace referencia en su trabajo a la interpretación evolutiva y dinámica de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos para garantizar gradualmente la protección de los derechos asociados a la diversidad sexual. De su reseña de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se concluye que esa labor está en plena evolución. CANO PALOMARES, Guillem. "La protección de los derechos de las minorías sexuales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos". En: AAVV. *Orientación sexual e identidad de género. Los derechos menos entendidos*. Serie "Carta de Derechos emergentes", N° 3. Barcelona: Institut de Drets Humans de Catalunya, 2007. pp. 36-58.

precedentes más “progresistas” en la materia del Derecho Constitucional y el DIDH. Este panorama jurisprudencial adverso es presentado con prolijo detalle en el trabajo de Abraham Siles. Sin embargo, en su análisis jurídico no se cuestiona el *status quo*, y por ello, el trabajo concluye que la heterosexualidad es parte del contenido esencial de derecho al matrimonio en el ordenamiento constitucional peruano actual. Pero ¿es posible construir análisis jurídicos que se distancien de esta tendencia, pese al sesgo de género del Derecho?

En el Derecho Constitucional, a mediados del siglo pasado, Otto Bachof formuló la tesis de la existencia de normas constitucionales inconstitucionales⁹. Esta formulación teórica es sugestiva para la valoración de normas constitucionales como las que en el Perú reconocen el derecho al matrimonio y a la convivencia sólo en clave heterosexual. Bachof sugirió que las normas constitucionales que no respeten los principios básicos de todo orden constitucional deben ser declaradas inconstitucionales.

Si el principio-derecho de igualdad pertenece al *ius cogens* internacional¹⁰ y, si no existe una justificación objetiva y razonable para el trato diferenciado¹¹ entonces, conforme a la tesis propuesta, la norma constitucional que no lo respete debe ser considerada carente de validez. En el entendimiento de que la restricción del matrimonio a las personas heterosexuales carece de justificación -más allá de los prejuicios anclados- debiera tenderse a declarar en vía constitucional y jurisprudencial que la heterosexualidad no es connatural al derecho al matrimonio. Este tipo de análisis jurídicos han inspirado las reformas legales que recientemente han reconocido el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, pero aún no han sido recogidas por la jurisprudencia internacional ni constitucional comparada. Aún es el término

⁹ Una presentación general de esta tesis se encuentra en ETO CRUZ, Gerardo. “Luces y sombras a medio siglo de una propuesta. Las normas constitucionales inconstitucionales”. *Pensamiento Constitucional*, Año IX, Nº 9, 2003. pp. 541-551.

¹⁰ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 10. El *ius cogens* define a normas de orden público internacional que, por su primacía, no pueden ser contradichas; su contradicción invalida la norma en oposición.

¹¹ Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC -04/84, párr. 56.

correcto, porque con los cambios normativos en los países que dan origen a los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos es posible que al menos la tendencia jurisprudencial cambie¹².

LA NECESIDAD DE RADICALIZAR LA IGUALDAD

La igualdad de derechos debería ser la base del reconocimiento para el acceso al matrimonio y la unión de hecho, figuras que regulan las relaciones afectivas heterosexuales. Esto no obsta para que ambas instituciones sean analizadas desde una mirada crítica por las expresiones patriarcales, misóginas, de reproducción de un *status quo* de opresión que han configurado en sus formas tradicionales.

En el Perú, personas lesbianas, gays y bisexuales en relaciones de pareja son víctimas de diferentes vulneraciones de sus derechos. La falta de acceso a un reconocimiento legal de sus relaciones afectivas tiene repercusiones patrimoniales pero también personales en aspectos referidos a la seguridad social, el trabajo, la vivienda, el acceso a la justicia, la herencia y la protección de la paternidad/maternidad.

En el ámbito de la seguridad social, las parejas del mismo sexo no pueden tener acceso a los beneficios conyugales o convivenciales de la seguridad social pública: las personas homosexuales no pueden beneficiarse con la atención en salud que corresponde al aporte del/a otro/a y tampoco está reconocido el derecho a pensión de viudez en caso de muerte de la pareja. En los regímenes privados de salud existe también la misma limitación: a diferencia de lo que ocurre con las parejas heterosexuales, las parejas homosexuales o de personas trans deben manejar seguros separados porque no pueden beneficiarse del aporte de su pareja. En el sistema privado de pensiones las parejas homosexuales o trans no pueden acceder a la pensión

¹² Con referencia a los posibles cambios en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, CANO PALOMARES, Guillem. *Ob. Cit.* pp.51-52.

de su compañera/o pues no hay un reconocimiento de su relación afectiva. En la atención en salud tanto pública como privada, en caso de requerirse autorización para una intervención quirúrgica no se reconoce el derecho de la pareja homosexual a decidir –como sí ocurre en las parejas heterosexuales– sino que se busca a otros/as familiares.

En el ámbito del trabajo, por ejemplo, una persona homosexual no puede acreditar a su pareja en el caso de ejercer una representación oficial del Estado. Asimismo, no acceden a las bonificaciones extraordinarias que se conceden en algunas empresas del ámbito privado por matrimonio o convivencia del/a trabajador/a. Asimismo, a diferencia de la parejas heterosexuales en las que generalmente no hay restricción para la formación de uniones afectivas entre compañeras/os de trabajo, en la parejas homosexuales la sola exposición de la relación se perfila como causal de discriminación.

En el acceso a una vivienda las parejas homosexuales tienen también restricciones pues dado que su relación afectiva no cuenta con reconocimiento legal, no se genera una sociedad de gananciales que respalde una evaluación patrimonial conjunta para un mejor acceso al crédito, entre ellos el crédito hipotecario. En este sentido, el acceso a los programas de fomento para adquisición de vivienda promovidos por el Estado les está restringido.

En términos del derecho a la protección judicial, las parejas del mismo sexo no cuentan con la protección contra la violencia en la relación de pareja, como sí tiene las parejas heterosexuales. Por otro lado, no tienen derecho a visita íntima oficial en los establecimientos penitenciarios.

En cuanto al derecho a la herencia, las parejas homosexuales no configuran la categoría de heredero/a forzoso/a y, por tanto, no gozan de ese derecho que sí está reconocido a las parejas heterosexuales. A lo sumo, las personas homosexuales pueden beneficiar a su pareja con el tercio o mitad de libre disposición dependiendo de si tienen descendientes o ascendientes respectivamente.

En relación a la protección de la paternidad/maternidad no se reconoce a las parejas homosexuales la posibilidad de acceder a los métodos de reproducción asistida. Al no reconocerles legalmente la posibilidad de generar descendencia y formar una familia con hijas/os en común, las parejas del mismo sexo no tienen acceso al beneficio de asignación familiar, ni a los beneficios asociados a la paternidad/maternidad como los descansos.

Como sabemos, la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello, las personas que legislan deben actuar en consecuencia. En este sentido, la realidad social de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surgió el Código Civil del Perú de 1984 y la actual Constitución. La convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada.

Distintos instrumentos internacionales de *soft law* abogan por una reconsideración de las restricciones para el reconocimiento legal de las uniones afectivas de personas del mismo sexo en atención a sus nocivas consecuencias. Un ejemplo de ello es la Resolución del Parlamento Europeo, de fecha 8 de febrero de 1994, en la que expresamente se pide a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio.

La historia evidencia una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, causal reconocida por el Código Procesal Constitucional Peruano, por el Plan Nacional de Derechos Humanos y por jurisprudencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI. El establecimiento de un marco de realización personal que permita que quienes ejercen libremente una

orientación sexual y afectiva por personas de su mismo sexo, o de quienes tienen una identidad de género diferente a la asignada al nacer, puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos y ciudadanas de nuestro tiempo.

El trabajo de Abraham Siles presenta un extenso análisis del estado actual del reconocimiento legal de las uniones entre personas del mismo sexo y nos recuerda el camino pendiente para que en el Derecho se desarrollen interpretaciones que efectivicen el derecho/principio de igualdad para todas y todos.

Beatriz Ramirez
George Liendo
PROMSEX



«Cuando odiamos a un hombre, odiamos en su imagen algo que se encuentra en nosotros mismos. Lo que no está dentro de nosotros mismos no nos inquieta».

Hermann Hesse, *Demian*, VI.

«Desde el fondo remoto del corredor, el espejo nos acechaba. Descubrimos (en la alta noche ese descubrimiento es inevitable) que los espejos tienen algo monstruoso. Entonces Bioy Casares recordó que uno de los heresiarcas de Uqbar había declarado que los espejos y la cúpula son abominables, porque multiplican el número de los hombres».

Jorge Luis Borges, *Tlön, Uqbar, orbis tertius*, I.



I. Introducción

El presente informe da cuenta de un estudio realizado por encargo del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), cuyo propósito principal fue determinar si las uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo gozan de protección constitucional en el Perú y, en caso de respuesta afirmativa, bajo qué formas, en cumplimiento de qué requisitos y con qué alcances.

Y es que, en las distintas esferas en las que se desenvuelve la vida nacional, lo habitual en el Perú ha sido (es todavía) la exclusión y la discriminación, y aun la violencia y el escarnio, contra las minorías de orientación homosexual. Se trata de actitudes y prácticas sociales muy arraigadas, que forman parte de la cultura prevaleciente en el país. En cuanto tales —no podía ser de otra manera—, se expresan también en los ámbitos de la política y el Derecho.

Manifestación extrema de dichas actitudes y prácticas son los llamados «crímenes de odio por orientación sexual o identidad de género», esto es, asesinatos cuyo móvil no es otro que el rechazo más radical —aquel que llega al aniquilamiento de la persona— hacia el disidente sexual, hacia quien ha elegido diferenciarse de la heterosexualidad hegemónica y asumir como modelo de vida el de la homosexualidad.

En el Perú de hoy, sin embargo, las personas homosexuales están expuestas a muchas otras formas de hostilidad y agresión. Es parte de su experiencia

cotidiana el tener que soportar un ambiente cultural de maltrato y desprecio hacia los gays y las lesbianas. Ello ocurre porque, debido a ignorancia y prejuicios, siguen dominando en la sociedad peruana ideas equivocadas acerca de la opción gay o lésbica como enfermedad o perversión sexual y, sobre todo, como opción inmoral y nociva para la colectividad.

Esta realidad defectiva no puede sino interpelar la sensibilidad constitucional de los peruanos. ¿Cuál ha sido hasta ahora, empero, el rol del Derecho Constitucional en cuanto atañe a las personas homosexuales en el país? ¿Ha reconocido debidamente sus derechos fundamentales? ¿Les ha otorgado adecuados mecanismos de protección? ¿Ha habilitado al legislador democrático con el mandato y las directrices necesarias para establecer regulaciones idóneas?

De otro lado, ¿qué papel ha desempeñado la jurisdicción constitucional? ¿Han cumplido los jueces y en particular el Tribunal Constitucional con proteger a las minorías sexuales, en cabal acatamiento del principio democrático? ¿Han asegurado efectivamente sus derechos frente a eventuales agresiones y abusos de los poderes públicos o privados, tornando real el principio de supremacía constitucional y el carácter normativo de la Carta Fundamental?

El presente informe trata de responder a estas preguntas y, de manera especial, procura avizorar cuál puede ser el camino a seguir en el futuro inmediato, examinando para ello nuevas alternativas que pudieran ofrecer una mejor tutela jurídica a las parejas del mismo sexo en el Perú.

El Derecho Constitucional —todo el Derecho, en verdad— evoluciona, no es un cuerpo de normas estático e inanimado, de regulaciones petrificadas una vez que entran en vigor. Por el contrario, la ductilidad del ordenamiento constitucional —que es la del ordenamiento todo— lo hace capaz de adaptación y acompañamiento a los cambios culturales y sociales que experimenta una comunidad política. Y si bien, en lo que se refiere a los derechos de las personas homosexuales, es mucho el camino que falta recorrer para llegar a

una situación jurídica satisfactoria, en los últimos años se vienen produciendo algunos cambios legales en el Perú —lo mismo que en otros países, incluidos algunos de Latinoamérica, y en las instituciones que representan a la comunidad internacional—, no por incipientes, menos alentadores.

En líneas generales, puede decirse que la cuestión jurídica, y en particular la «cuestión constitucional», de las parejas del mismo sexo ha aflorado al primer plano de la reflexión y el debate académico y político (de dimensiones todavía reducidas, sin embargo). Y, si se traza un arco temporal amplio —mensurable no por meses ni años, sino por décadas—, es posible apreciar una tendencia general al mejoramiento de la tutela legal, particularmente intensa y dinámica en su último tramo.

En tal sentido, se observa un tránsito desde una época signada por la prohibición y la persecución de la homosexualidad hacia una segunda etapa de despenalización y tolerancia, pero lastrada todavía por un silenciamiento y una invisibilización autoritarios, la misma que, más recientemente, va dejando lugar, de manera paulatina, a un nuevo ciclo de apertura, reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las personas que se distinguen por su inclinación afectiva hacia seres de su mismo sexo.

Parece, pues, llegado el momento de hacer un nuevo planteamiento de la cuestión constitucional de las uniones homosexuales en el Perú, máxime si con ello es posible realizar una contribución al avance del propio Derecho Constitucional (en parte, respecto de la formulación de sus enunciados normativos, pero, sobre todo, respecto de su comprensión y aplicación). De hecho, existen condiciones sociales y jurídicas que juegan a favor de este empeño. De un lado, emergen las necesidades y urgencias que derivan de las nuevas realidades afectivas y familiares (el pulso y la energía de la vida social). De otro lado, se consolidan los desarrollos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales (quizá, especialmente, jurisprudenciales), tanto en materia de derechos fundamentales como en materia de interpretación constitucional (el espíritu y la fuerza tutelar del nuevo constitucionalismo).



II. El contexto social y cultural: discriminación y silenciamiento

II.1. UN GRUPO TRADICIONALMENTE DISCRIMINADO

El primer problema que debe ser abordado es, desde luego, el de la discriminación. Las personas homosexuales constituyen en el Perú, al igual que en el resto de países del mundo, una minoría. Esta condición es relevante, a efectos constitucionales. Como se sabe, el paradigma de Estado constitucional de Derecho trae consigo una concepción de «democracia material», según la cual una de las funciones primordiales que han de cumplir la Constitución y las autoridades públicas es la promoción y defensa de los derechos fundamentales de las minorías¹.

¿Pero goza la minoría homosexual en el Perú de los beneficios previstos en el modelo constitucional? Es decir, en primer término, ¿respeta la colectividad la dignidad intrínseca y los derechos fundamentales de gays y lesbianas? Y, en segundo lugar, ¿cuentan éstos con la protección que deben proveerles las normas del ordenamiento legal, cuya eficacia deben garantizarles los poderes del Estado?

¹ Véase Ferrajoli, Luigi, «El Derecho como sistema de garantías», en Id., *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, segunda edición, 2001, pp. 23-24.

Lejos de ello, la condición real de las personas homosexuales en el país es la de grupo discriminado. Una discriminación, además, en mucho acallada e invisibilizada, que debe aún remontar la cuesta de los prejuicios sociales y de los estereotipos culturales, y que, a diferencia de otras discriminaciones, tales como la sexual y la racial —todas igualmente odiosas, sin embargo—, todavía no remece la conciencia y el núcleo de valores tradicionales de la comunidad nacional.

La Defensoría del Pueblo, en un importante Informe de publicación reciente, ha señalado, hablando en términos generales, que «la discriminación constituye una problemática extendida que se encuentra presente en los diversos ámbitos de nuestra sociedad», y que, pese a la superación del período de violencia que marcó a fuego las décadas del ochenta y noventa, el fenómeno discriminatorio, en sus diversas manifestaciones, persiste en el Perú de hoy².

Es más, ahondando en las raíces y modos de operar de mal tan pernicioso, la Defensoría del Pueblo sostiene que «la acción silenciosa de la discriminación hace de ella una práctica que se encuentra presente en toda la sociedad y, por eso mismo, resulta más difícil de erradicar», siendo de destacar que «se expresa a través de un conjunto de conductas que atribuye predicados negativos y forma parte del universo de nuestras creencias más profundas y arraigadas»³.

² Defensoría del Pueblo, *La discriminación en el Perú: problemática, normatividad y tareas pendientes*, Lima, Defensoría del Pueblo, septiembre de 2007, pp. 19 y 20.

³ *Ibíd.*, p. 21.

La permanencia de una ideología y unas prácticas sociales autoritarias y discriminatorias, en el Perú posterior al conflicto armado interno, es confirmada por Salomón Lerner Febres en su evaluación a cinco años de la presentación del *Informe Final* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. En efecto, en su tan lúcido como valiente análisis, Lerner Febres ha recordado que «en nuestra patria las diferencias no son solamente eso; constituyen también pretextos para la preservación de un orden jerárquico cuestionable»⁴. Y ha añadido que la «restauración conservadora», que hoy se afianza en el país, proviene de «una mentalidad que considera legítimos, cuando no naturales, el privilegio y la exclusión, y que se complace en el inmovilismo de la sociedad —de sus jerarquías, de sus valores, de sus prejuicios— al tiempo que estigmatiza como irrazonable y antipatriótica toda iniciativa de cambio verdadero»⁵.

Y es que, en esencia, la discriminación es precisamente una distinción o exclusión injustificada que se torna distancia y jerarquía, superioridad de unos y subordinación de otros, convirtiendo en falaz toda proclamada igualdad y afectando, en consecuencia, el designio democratizador de la sociedad en su conjunto. Como apunta Norberto Bobbio, a la discriminación se llega mediante un procedimiento mental que se puede esquematizar en tres pasos sucesivos: (i) se constata la existencia de «diferencias de hecho» entre individuos pertenecientes a dos grupos distintos; (ii) se considera que tales diferencias fácticas revelan «diferencias de valor», de lo que se deduce que un grupo es superior al otro; y (iii) se atribuye al grupo estimado superior el «poder de oprimir» al otro, en razón de su superioridad⁶.

Pues, bien, en este contexto general de discriminación, que aún perdura y socava las bases mismas de la convivencia social, es que hay que situar la

⁴ Lerner Febres, Salomón, «A cinco años de la presentación del *Informe Final* de la CVR del Perú», incluido como «Prefacio» en Comisión de Entrega de la CVR, *Hatun Willakuy – Versión abreviada del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, Lima, CVR, IDEHPUCP, Defensoría del Pueblo, MISEREOR, primera reimpresión, 2008, p. I.

⁵ *Ibid.*, pp. IV y V.

⁶ Bobbio, Norberto, «La igualdad y la dignidad de los hombres», en *Id.*, *El tercero ausente*, Madrid, Cátedra, 1997, p. 111.

reflexión acerca de la condición marginal y oprimida de las minorías sexuales en el Perú. Ante todo, cabe mencionar la «Encuesta nacional sobre exclusión y discriminación social», realizada por el Estudio para la Defensa y los Derechos de la Mujer (DEMUS) entre agosto y septiembre de 2004, ya que es muy reveladora del imaginario social y de las concepciones y valoraciones prevalecientes en el país.

En efecto, la citada Encuesta —que, en términos técnicos, fue «representativa» de la sociedad peruana⁷— descubrió la existencia de un acentuado juicio adverso hacia las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, sean varones o mujeres. Así, el 75% de los entrevistados consideró que está siempre mal que dos varones o dos mujeres sostengan relaciones sexuales entre ellos, mientras cerca de la mitad de los entrevistados no estuvo dispuesta a aceptar a amigos gays o amigas lesbianas tal y como son⁸.

De otro lado, 30% de los entrevistados consideró a la homosexualidad como una enfermedad mental, 50% opinó que debe prohibirse el ingreso de homosexuales a las Fuerzas Armadas y Policiales y que los homosexuales no deberían ser profesores, y más de 60% estimó que el aumento de la homosexualidad es síntoma de deterioro de valores⁹. En lo que se refiere a la problemática propiamente jurídica, más de 60% rechazó la idea de que las parejas homosexuales tuvieran iguales derechos que las parejas heterosexuales, más de 70% se negó a aceptar la adopción de hijos por las personas homosexuales y casi 80% se opuso al matrimonio entre gays y entre lesbianas¹⁰.

⁷ La encuesta fue aplicada a una muestra de 1,600 personas entre 18 y 70 años de edad, entrevistadas en 14 departamentos del país, tanto en zonas urbanas como rurales. El diseño del cuestionario y el análisis de los resultados fueron encargados a David Sulmont Haak, en tanto el diseño de la muestra y el trabajo de campo correspondieron al Grupo de Opinión Pública de la Universidad de Lima. Véase Sulmont Haak, David, *Encuesta nacional sobre exclusión y discriminación social: informe final de análisis de resultados*, Lima, DEMUS, febrero de 2005, p. 3.

⁸ *Ibid.*, p. 35.

⁹ *Ibid.*, p. 36.

¹⁰ *Ibid.*

Al interpretar los resultados de la Encuesta, Sulmont Haak analiza por separado el «nivel de prejuicio respecto de la homosexualidad» y la «escala de actitudes hacia la igualdad de derechos de los homosexuales», encontrando que «podríamos estar en un proceso de transición hacia actitudes de mayor tolerancia frente a las personas homosexuales y lesbianas», pero que, a la vez y por contraste, «la sociedad peruana no está dispuesta a otorgar a las personas homosexuales o lesbianas derechos en el ámbito de las uniones de tipo conyugal o en la formación de familias»¹¹.

En fin, Sulmont Haak asevera que quienes más favorecen la igualdad de derechos de las personas homosexuales son menos prejuiciosos hacia este grupo social, se caracterizan por ser jóvenes, residentes en zonas urbanas, con mejor educación, poco religiosos o de opinión proclive a cambios en la Iglesia Católica para que se adapte a las transformaciones sociales contemporáneas¹².

Diversos informes de monitoreo y evaluación de los derechos humanos dan cuenta, asimismo, de la situación de discriminación que padece la comunidad homosexual en el Perú. Algo que no debiera extrañar, ya que del predominio de mentalidades discriminatorias no puede esperarse sino acciones de similar naturaleza, esto es, también discriminatorias¹³.

De ese modo, el informe anual del 2005, elaborado por el Movimiento Homosexual de Lima (MHOL), presenta un conjunto amplio de actos y agentes de discriminación fundada en la intolerancia hacia las minorías sexuales. La recopilación comprende eventos protagonizados por actores estatales (tanto del Ejecutivo como del Parlamento), jefes de la Iglesia Católica y agentes

¹¹ *Ibíd.*, p. 37.

¹² *Ibíd.*, p. 38.

¹³ Respecto de la pervivencia de concepciones segregacionistas hacia las minorías sexuales en el Perú, insisten distintos análisis. Véase, por ejemplo, Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, *Informe 2005-2006: derechos humanos de las mujeres*, Lima, CMP Flora Tristán, 2006, p. 95; Fernández Revoredo, Marisol, «Avances hacia el reconocimiento de derechos para las personas LGBT: sobre cómo el Tribunal Constitucional peruano ha contribuido a ello», en AA.VV., *El derecho como campo de lucha: orientación sexual e identidad de género*, Lima, DEMUS, 2008, p. 11. Ambos estudios parten, precisamente, de la Encuesta de DEMUS.

privados (supermercados, discotecas, universidades), incluyendo partidos políticos y autoridades de los institutos armados¹⁴.

Por su parte, la Defensoría del Pueblo registra varias quejas relativas a actos de discriminación por orientación sexual, los cuales se produjeron, durante el año 2006, en el sistema educativo (expulsión escolar de un adolescente, readmitido, empero, tras la intervención defensorial) y en el marco de la ejecución de programas de seguridad ciudadana llevados a cabo por el Municipio Provincial de Lima (agresiones físicas y verbales del Serenazgo contra travestis y homosexuales)¹⁵.

En lo que se refiere al año 2007, la situación no parece ser mejor, ya que la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos ha observado que el Congreso de la República muestra «actitudes homofóbicas»¹⁶ mientras el Gobierno mantiene una «actitud indiferente» hacia los derechos de las minorías sexuales y ninguna autoridad pública interviene para poner coto a la difusión de mensajes denigratorios dirigidos contra las personas de distinta orientación sexual a través de los medios de comunicación¹⁷.

Pero, sin duda, la expresión extrema de las condiciones de discriminación que sufren los miembros de minorías sexuales en tierras peruanas son los ya antes mencionados asesinatos o «crímenes de odio por orientación sexual o identidad de género». Gays y lesbianas son víctimas de la mayor violencia posible —aquella que conduce a su muerte, a menudo mediante formas de gran crueldad—, debido al solo hecho de su opción sexual. Resulta difícil imaginar peor signo de intolerancia y hostilidad, siendo de destacar que la causa de tales agresiones reside, en última instancia, en prejuicios de

¹⁴ Movimiento Homosexual de Lima (MHOL) (Bracamonte, Jorge y Álvarez, Roland, eds.), *Informe anual 2005: situación de los derechos humanos de lesbianas, trans, gays y bisexuales en el Perú*, Lima, MHOL, junio de 2006, pp. 81-105.

¹⁵ Defensoría del Pueblo, *La discriminación en el Perú...*, *op. cit.*, pp. 109-110.

¹⁶ Sobre el alcance y las ambigüedades de la expresión «homofobia», véase Olivera Fuentes, Crissthian, «Crímenes de odio por orientación sexual o identidad de género en el Perú», en AA.VV., *El derecho como campo de lucha...*, *op. cit.*, pp. 49-54.

¹⁷ Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, *Informe anual 2007: la hora de la justicia*, Lima, CNDDHH, junio de 2008, p. 50.

tal naturaleza e intensidad que llevan a sus agentes a no reconocer como sujetos de derecho, y ni siquiera como seres humanos igualmente dignos, a las personas homosexuales (consideradas, por el contrario, como seres sin valor, desechables).

Al respecto, vale la pena recordar que, en el marco del conflicto armado interno que asoló a la patria durante las décadas del ochenta y noventa, las organizaciones terroristas cometieron esta clase de crímenes, como una manera de intentar ganar la adhesión de las poblaciones mediante actos de pretendida «limpieza social». El *Informe Final* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) ha documentado tal realidad.

Así, entre 1985 y 1990, el Partido Comunista del Perú Sendero Luminoso (PCP-SL) llevó a cabo dichos actos en Ucayali, al igual que el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) en San Martín. Los destacamentos senderistas intentaron obtener el apoyo de la población mediante la eliminación física de personas consideradas «indeseables», entre los que se contaba a drogadictos, prostitutas y homosexuales. El 12 de septiembre de 1988, Sendero Luminoso asesinó a ocho «indeseables» en Pucallpa, hecho que contó con la aceptación de un sector de los pobladores, que consideró que así conseguía «mayor seguridad y tranquilidad». Es más, refiere el *Informe Final* de la CVR que «la demanda social condujo a algunos núcleos de poblaciones a desear la presencia del PCP-SL para realizar campañas de “limpieza”»¹⁸.

Otro episodio semejante es el asesinato masivo perpetrado por el MRTA en el bar «Las Gardenias», en Tarapoto, el 31 de mayo de 1989, contra ocho personas, quienes eran travestis y parroquianos del centro de diversión. Pocos días después, el semanario *Cambio*, vocero oficioso del MRTA, reivindicó la acción y la justificó, aduciendo que el grupo subversivo había condenado en febrero de aquel año a homosexuales, rateros, prostitutas y drogadictos, instándolos a cambiar de vida, pero su ultimátum había sido desobedecido. Dados los

¹⁸ Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, Lima, CVR, noviembre de 2003, Tomo IV, p. 292.

hechos, así como el mantenimiento de esta línea de terror durante un tiempo considerable, la CVR sostiene que el MRTA «tenía una conducta intolerante, que buscaba legitimarse ante la población estimulando los prejuicios sociales contra la homosexualidad y crear un sentimiento de zozobra entre las personas pertenecientes a minorías sexuales»¹⁹.

El Informe Final de la CVR consigna además el asesinato de diez personas de similares características, perpetrado en Aucayacu durante el año 1986 por miembros de Sendero Luminoso —lo que da un total de 28 víctimas registradas por la CVR—, a lo que habría que agregar cinco nuevos crímenes masivos cuyas víctimas habrían sido travestis y gays, según testimonios recogidos por el MHOL²⁰. Cabe imaginar, por cierto, que el número de personas homosexuales que fueron objeto de estas prácticas de exterminio, por parte de organizaciones que se autoproclamaban como revolucionarias y que decían estar empeñadas en la creación de un nuevo orden social y un nuevo Estado, es más elevado.

Como quiera que fuese, es crucial resaltar que los crímenes de odio por orientación sexual o identidad de género cometidos por los grupos subversivos durante la época del terrorismo, se explican porque los homosexuales fueron identificados «como una de las expresiones más evidentes de la decadencia del sistema capitalista, junto a la prostitución, drogadicción y delincuencia», y porque se buscó imponer un nuevo orden social alternativo (y presuntamente superior al «caduco» orden burgués) mediante «cruzadas de limpieza social» cuyas víctimas «resultaban ser las comunidades históricamente más excluidas o en situación de vulnerabilidad»²¹. Tales acciones, por lo demás, sintonizaban con las expectativas autoritarias e intolerantes de algunos sectores de la población, por lo que encontraron un terreno fértil donde asentarse.

¹⁹ *Ibíd.*, Tomo II, p. 288.

²⁰ Movimiento Homosexual de Lima (MHOL) (Bracamonte, Jorge y Álvarez, Roland, eds.), *Informe anual 2005...*, *op. cit.*, pp. 66 y 69.

²¹ *Ibíd.*, pp. 66-67.

Aunque, por fortuna, el conflicto armado interno cesó, y con él la violencia del terrorismo contra las minorías sexuales en nombre de la revolución, lo alarmante es que los crímenes de odio por orientación sexual o identidad de género se siguen produciendo como parte de la vida colectiva peruana. Antecedieron a la guerra interna y al terrorismo y continúan después de ellos. Sendero Luminoso y el MRTA trataron de aprovecharlos para sus objetivos estratégicos, pero no los inventaron. En realidad, casi podría decirse que están normalizados, que forman parte de la cotidianidad. ¿De qué otro modo entender, si no, el que se haya estimado en 70 los asesinatos por causa de opción sexual cometidos en el país durante el año 2005, esto es, un promedio de una muerte cada cinco días?²²

Se trata, pues, a todas luces, de una situación inadmisibile, inclusive sublevante, que es necesario enfrentar con toda diligencia, a fin de adoptar una política de Estado (un conjunto coherente de medidas y acciones que comprometa a diversos órganos del poder público en la consecución de un objetivo nacional estratégico), con vistas a superar la violencia y discriminación que persisten contra las personas homosexuales, bajo formas evidentemente graves, en la sociedad peruana de hoy.

II.2. EL SILENCIAMIENTO DE LA REALIDAD

Pero la cuestión no es sólo que exista discriminación contra las minorías sexuales en el Perú. Un problema adicional, e igualmente arduo, es que la realidad homosexual tiende a ser silenciada e invisibilizada, como si no nombrarla pudiera suprimirla. Esta tendencia, que podría parecer pueril, hunde sus raíces sin embargo en un modelo autoritario y opresivo. Y es que, en el terreno institucional, donde se desarrolla el entramado político y jurídico que estructura a la sociedad, la omisión y el silencio de las autoridades equivalen a una ausencia de reconocimiento y de protección. No obstante, lo que requieren los grupos más vulnerables, las minorías

²² *Ibíd.*, p. 46. Véase también Olivera Fuentes, Crissthian, «Crímenes de odio por orientación sexual...», *op. cit.*, p. 47.

secularmente perseguidas y violentadas —entre ellas, desde luego, las minorías sexuales— es, precisamente, que el aparato estatal cumpla a plenitud su rol promotor y tutelar.

Es claro que no basta, entonces, que el Estado no interfiera con los planes de vida de las personas de orientación sexual diversa (por ejemplo, despenalizando las prácticas sexuales entre adultos del mismo sexo que consienten libremente y que actúan en la esfera íntima). Es necesario que los poderes públicos, yendo más allá de la mera abstención o no interferencia, impulsen cambios que apunten a la igualdad real de los grupos discriminados. Y para ello es indispensable crear nuevos marcos normativos, aprobar y ejecutar políticas, desarrollar acciones positivas.

Lamentablemente, empero, una rápida observación de lo que viene ocurriendo en el Perú revela que la situación dista mucho de ser la ideal. Varios episodios que se han producido en los últimos años dejan ver que, a pesar de ciertos avances (que serán comentados más adelante), subsiste una fuerte actitud oficial de silenciamiento jurídico, de negación legal tácita de la realidad homosexual. Dadas las condiciones sociales en que tal actitud se verifica —expuestas de modo sumario en el acápite precedente—, ella equivale en la práctica a desprotección, e incide, por lo tanto, en la mayor vulnerabilidad de los grupos afectados.

A manera de ejemplo, vale la pena comentar dos de esos episodios. El primero tiene que ver con el proceso de reforma constitucional impulsado por la Comisión de Constitución del Congreso de la República, en virtud de lo establecido por la Ley N° 27600 (*El Peruano*, 16 de diciembre de 2001). Y es que la Comisión de Constitución, encargada por la ley de proponer un texto de «reforma total» de la Carta de 1993, el cual sería sometido a aprobación popular vía referéndum, inició un amplio proceso de consultas y debates y elaboró un Anteproyecto (abril de 2002) y luego un Proyecto (julio de 2002) de ley de reforma constitucional.

No obstante que, como se sabe, el proceso de reforma constitucional quedó trunco por falta de consenso político, conviene poner de relieve que, en lo que atañe al punto concreto de la consagración de los principios de igualdad y no discriminación, la opción final de los legisladores fue la de proponer una fórmula genérica que no explicitaba los principales motivos de discriminación prohibida. Con ello, y pese a la existencia de propuestas distintas, los parlamentarios mostraron su renuencia a verbalizar y a reconocer de modo específico la realidad segregacionista que deben enfrentar a diario las personas homosexuales en el Perú (y otros grupos discriminados por raza, sexo, condición económica o social, etcétera).

Así, algunos autores dan cuenta de la presentación de una propuesta para que el nuevo texto de la Carta Fundamental contuviera una enumeración de motivos discriminatorios prohibidos, la misma que habría de incluir esta vez una mención expresa a la discriminación por orientación sexual²³. Pese a ello, el texto del Anteproyecto prescinde de esta mención, si bien mantiene en su estructura una enumeración abierta (es decir, meramente enunciativa):

«Toda persona tiene derecho: (...) A la igualdad. Está prohibida toda forma de discriminación por motivo de origen, filiación, raza, género, características genéticas, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad o de cualquier otra índole, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona.

»El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, además adoptará medidas positivas a favor de grupos discriminados o marginados» (artículo 1.2)²⁴.

²³ Movimiento Homosexual de Lima (MHOL) (Bracamonte, Jorge y Álvarez, Roland, eds.), *Informe anual 2005...*, op. cit., p. 113.

²⁴ Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República, *Anteproyecto de ley de reforma constitucional*, Lima, Congreso de la República, abril de 2002, pp. 15-16.

Este listado de motivos discriminatorios prohibidos, si bien tiene la novedad de incorporar el género²⁵, no hace lo propio con la orientación sexual (ni con el sexo, dicho sea de paso), mostrando así las resistencias de los miembros de la Comisión a reconocer la problemática de las personas homosexuales en lo que tiene de singular y única.

Por su parte, el Proyecto de reforma constitucional finalmente aprobado omite toda referencia a los motivos discriminatorios prohibidos, con la consecuencia de invisibilizar las diferentes modalidades de discriminación (entre ellas, la que se funda en la opción sexual). La propuesta se apartaba así de la forma de regulación establecida en la Carta de 1979 y mantenida luego en la de 1993, que por lo demás es la fórmula adoptada en los tratados internacionales de derechos humanos. El texto del Proyecto de reforma constitucional es el siguiente:

«Toda persona tiene derecho: (...) A la igualdad ante la ley. Está prohibida toda forma de discriminación que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona. El Estado y la sociedad promueven las condiciones y medidas positivas para que real y efectivamente nadie sea discriminado» (artículo 2.1)²⁶.

La eliminación de las especificidades se hizo mediante la invocación de un argumento técnico jurídico, a saber, el de evitar vacíos con una enumeración eventualmente incompleta²⁷. Sin embargo, Silvia Loli refiere que, durante el debate congresal, la mención a la discriminación por orientación sexual

²⁵ El término «género» fue, sin embargo, observado por distintos participantes. Véase Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República, *Anteproyecto...*, *op. cit.*, p. 16, en especial, nota 1.

²⁶ Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República, *Proyecto de ley de reforma constitucional*, Lima, Congreso de la República, julio de 2002, p. 21.

²⁷ Véase Movimiento Homosexual de Lima (MHOL) (Bracamonte, Jorge y Álvarez, Roland, eds.), *Informe anual 2005...*, *op. cit.*, p. 113.

«generó mucha resistencia» y que un argumento esgrimido por quienes se opusieron a la iniciativa fue que «podría promover socialmente una orientación sexual distinta»²⁸. Como se ve, la razón última (la verdadera razón) habría sido, más bien, la de evitar mencionar una realidad sentida como perturbadora o amenazante sobre la base de prejuicios.

Más allá de las bondades y limitaciones de los textos normativos sobre igualdad y no discriminación contenidos en el Anteproyecto y en el Proyecto de ley de reforma constitucional, que no es del caso analizar aquí, parece muy significativo el valor atribuido por diversos analistas y activistas a las omisiones sobre la orientación sexual como motivo discriminatorio prohibido. En efecto, Jeannette Llaja considera que la eliminación «es un claro retroceso en el reconocimiento de los derechos de las personas no heterosexuales»²⁹, mientras el MHOL reporta que «el movimiento lésbico, trans y gay evaluaron [sic] esta reforma como un grave retroceso para el reconocimiento de sus derechos»³⁰.

Es de notar, al respecto, que ninguna de las dos regulaciones propuestas excluye, en rigor, la protección de las minorías sexuales bajo los principios constitucionales de igualdad y no discriminación (aunque, para ello, ambas exigen recurrir a técnicas de interpretación jurídica). Pero la cuestión no es esa. Es, más bien, la necesidad de brindar tutela jurídica explícita frente a prácticas de discriminación extendidas y normalmente acalladas e invisibilizadas. Eso es lo que reclaman quienes defienden los derechos de las personas homosexuales. La aparente neutralidad de los enunciados legales, su silencio (que es, sobre todo, un silenciamiento), no hacen sino perpetuar, a nivel retórico y

²⁸ Loli, Silvia, «Síntesis y comentarios», en AA.VV., *Mujer y reforma constitucional*, Lima, Internacional IDEA, 2002, p. 88.

²⁹ Llaja, Jeannette, *Discriminación por orientación sexual: no hay igualdad sin visibilidad*, Lima, DEMUS, segunda edición, octubre de 2005, p. 12.

³⁰ Movimiento Homosexual de Lima (MHOL) (Bracamonte, Jorge y Álvarez, Roland, eds.), *Informe anual 2005...*, op. cit., p. 113.

simbólico, la exclusión de gays y lesbianas, su destierro del discurso jurídico oficial³¹.

El segundo episodio de omisión y falta de reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales por el ordenamiento jurídico, que vale la pena destacar, está vinculado con la aprobación del *Plan Nacional de Derechos Humanos 2006-2010* mediante Decreto Supremo N° 017-2005-JUS (*El Peruano*, 11 de diciembre de 2005). En esta ocasión, sin embargo, a tres años de realizado el debate de la reforma constitucional, el problema no consiste en un silenciamiento total sino parcial, pero agravado por dos factores concurrentes: de un lado, la drástica reducción (que no sólo es de naturaleza cuantitativa) de las medidas acordadas inicialmente a través de un amplio proceso participativo, y, del otro lado, la distorsión de lo que finalmente fue aprobado, mediante cláusulas de interpretación restrictiva.

Diversos comentaristas han puesto de relieve la manera cómo se recortó la propuesta inicial de *Plan Nacional de Derechos Humanos 2006-2010* en lo que se refiere a la promoción y protección de los derechos de las personas homosexuales. Y es que, tras las 18 audiencias públicas realizadas en distintos lugares del país entre marzo y julio de 2005, con la participación de representantes de 2,802 instituciones (22% procedentes del aparato del Estado y 78% de la sociedad civil)³², proceso de claro tinte democrático, el Plan original incluyó un objetivo estratégico claro y rotundo:

³¹ Eso explica el que, pese a todo, los activistas homosexuales hayan celebrado el haber ganado espacio en la deliberación pública para su causa. Como sostienen DEMUS y el MHOL, «para la comunidad LTGB este proceso de reforma constitucional es histórico, ya que pese a no haber sido reconocidos, su presencia fue evidente en la discusión cotidiana del tema [sic]», siendo de resaltar, por lo tanto, que «la exigencia de ser visibles o el rechazo que provocaba esta posibilidad fue un dilema que trascendió las paredes del Congreso para instalarse en los medios de comunicación y en la sociedad en general». Véase DEMUS y MHOL, «Discriminación por orientación sexual en Perú: situación de las lesbianas, trans, gays y bisexuales en Perú» (documento entregado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), en AA:VV., *Audiencia temática sobre la situación de discriminación por orientación sexual en el Perú ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* – CIDH, Lima, DEMUS, mayo de 2006, p. 28.

³² Consejo Nacional de Derechos Humanos, *Plan Nacional de Derechos Humanos 2006-2010*, Lima, diciembre de 2005, publicado en *El Peruano* (separata especial del suplemento *Normas Legales*), 11 de diciembre de 2005, p. 305953.

«Garantizar los derechos de las personas con diferente orientación sexual»³³.

Tal objetivo estratégico habría de alcanzarse mediante la consecución de tres resultados asimismo vigorosos y bien definidos:

- 1) «Se fortalece el marco de protección y promoción de los derechos de las personas con diferente orientación sexual».
- 2) «Se implementan mecanismos de protección y promoción de los derechos humanos de las personas con diferente orientación sexual».
- 3) «Se promueve el reconocimiento y visibilización pública de las personas con diferente orientación sexual»³⁴.

Entre las actividades a realizar (en total eran 19) con vistas a la obtención de estos resultados, estaban:

- 1) «Integrar en el proyecto de reforma constitucional los derechos de las personas con diferente orientación sexual».
- 2) «Promover la aprobación de una ley de no discriminación por orientación sexual que garantice el pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas con diferente orientación sexual. Al mismo tiempo se derogan y modifican aquellas normas legales en las que persiste la discriminación por orientación sexual».

³³ Véase Movimiento Homosexual de Lima (MHOL) (Bracamonte, Jorge y Álvarez, Roland, eds.), *Informe anual 2005...*, *op. cit.*, p. 122; DEMUS y MHOL, «Discriminación por orientación sexual en Perú: situación de las lesbianas, trans, gays y bisexuales en Perú» (documento entregado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), *op. cit.*, p. 31; Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, *Informe 2005-2006: derechos humanos de las mujeres*, *op. cit.*, p. 102.

³⁴ Movimiento Homosexual de Lima (MHOL) (Bracamonte, Jorge y Álvarez, Roland, eds.), *Informe anual 2005...*, *op. cit.*, pp. 122-123; DEMUS y MHOL, «Discriminación por orientación sexual en Perú: situación de las lesbianas, trans, gays y bisexuales en Perú» (documento entregado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), *op. cit.*, pp. 31-32.

- 3) «Lograr el reconocimiento legal y social de los distintos tipos de familia, incluyendo aquellos conformados por personas del mismo sexo, garantizando el ejercicio pleno de los derechos de sus integrantes».
- 4) «Promover la creación de normas administrativas que sancionen los mensajes discriminatorios y denigrantes en los medios de comunicación masiva contra las personas con diferente orientación sexual».
- 5) «Promover la creación de una Adjuntía para la defensa de las personas con diferente orientación sexual en la Defensoría del Pueblo».
- 6) «Promover imágenes positivas y desestigmatizadoras de las personas con diferente orientación sexual en los medios de comunicación masiva a nivel nacional, regional y local»³⁵.

Como se puede apreciar, se trataba de todo un programa, bien articulado y coherente, de promoción y defensa de los derechos de las personas con diversa orientación sexual, al que además se había llegado a través de un proceso de consultas democráticas, apoyado en una metodología de gran solvencia conceptual y técnica³⁶. No obstante, la intervención de grupos retardatarios de la Iglesia Católica y de las Fuerzas Armadas determinó un brusco cambio de rumbo en el último tramo del proceso de aprobación del *Plan Nacional de Derechos Humanos 2006-2010*³⁷.

Así, el objetivo estratégico mudó de naturaleza (dejó de ser un objetivo de tutela y garantía de derechos fundamentales, y se convirtió en uno de fomento cultural), y quedó definido del siguiente modo:

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Sobre el marco conceptual y la metodología seguida, véase Consejo Nacional de Derechos Humanos, *Plan Nacional de Derechos Humanos 2006-2010*, *op. cit.*, pp. 305950-305958.

³⁷ Véase Movimiento Homosexual de Lima (MHOL) (Bracamonte, Jorge y Álvarez, Roland, eds.), *Informe anual 2005...*, *op. cit.*, p. 124; DEMUS y MHOL, «Discriminación por orientación sexual en Perú: situación de las lesbianas, trans, gays y bisexuales en Perú» (documento entregado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), *op. cit.*, p. 31; Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, *Informe 2005-2006: derechos humanos de las mujeres*, *op. cit.*, p. 102.

«Fomentar acciones para promover una cultura de respeto a las diferencias, que evite el trato denigrante o violento por motivos de *orientación/indole sexual*, en el marco de la constitución y la ley»³⁸.

Los resultados esperables se redujeron a solo uno —«se implementan acciones para que las personas no sean objeto de trato denigrante o violento, por razones de *orientación/indole sexual*»— y las actividades a llevar a cabo disminuyeron a solo cuatro:

- 1) «Evaluar la normatividad vigente y emitir las recomendaciones necesarias para sancionar las prácticas denigrantes o violentas contra personas por motivos de *orientación/indole sexual*».
- 2) «Promover normas para sancionar los mensajes denigrantes que se difundan a través de medios de comunicación contra las personas por razones de diferente *orientación/indole sexual*».
- 3) «Fomentar acciones que incluyan la promoción de la tolerancia y el respeto de los derechos de las personas con diferente *orientación/indole sexual*».
- 4) «Implementar programas de capacitación en derechos humanos dirigidos a operadores de salud a fin de que brinden servicios de atención con calidad, y que se respeten los derechos de las personas con diferente *orientación/indole sexual*»³⁹.

Desde luego, no es que este planteamiento carezca de importancia. Por el contrario, es relevante que un documento como el *Plan Nacional de Derechos Humanos 2006-2010* recoja estas directrices de acción, ya que

³⁸ Consejo Nacional de Derechos Humanos, *Plan Nacional de Derechos Humanos 2006-2010*, op. cit., p. 305976.

³⁹ *Ibid.*, pp. 305976-305977.

es una suerte de plan mínimo que además cumple un cometido crucial: contribuir a resquebrajar el cerco de silenciamiento y exclusión del discurso oficial. Lo que ocurre sin embargo es que, por contraste con lo proyectado al inicio, el programa finalmente aprobado parece muy pobre. No obstante, su radical empeoramiento cualitativo no termina allí, sino que, para agravar las cosas, el Plan definitivo añadió dos cláusulas interpretativas de fuerte carácter restrictivo, formuladas a contracorriente del pensamiento y la praxis de los grupos defensores de los derechos de las minorías sexuales en el Perú

«Esta protección no se extiende al reconocimiento del derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, legalizar sus uniones de hecho y adoptar menores, por no ser acorde con el marco jurídico vigente».

«Lo dispuesto en relación a este objetivo estratégico no afecta lo establecido en los reglamentos de las instituciones castrenses, de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución Política del Estado y las leyes de la República»⁴⁰.

No sorprende, por lo tanto, que la reacción de comentaristas y activistas haya sido de decepción y rechazo. Así, para unas, lo que se produjo fue «la eliminación del corazón de la propuesta consensuada»⁴¹, mientras otros opinan que el documento final «resulta cuestionable al materializar un gran atropello y retroceso al reconocimiento de los derechos de las personas no heterosexuales», añadiendo que se trata de «un Plan tolerante con la discriminación por orientación sexual en todos los ámbitos y espacios, pues tiene como propuesta implícita que primero cambie la cultura social

⁴⁰ *Ibid.*, p. 305977.

⁴¹ Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, *Informe 2005-2006: derechos humanos de las mujeres*, op. cit., p. 102.

para luego conceder derechos en igualdad de condiciones»⁴². En fin, para el MHOL lo sucedido con el *Plan Nacional de Derechos Humanos 2006-2010* significa que «las lesbianas, trans, gays y bisexuales han sido excluidos por el Estado peruano de un sistema que se propone garantizar los derechos humanos del conjunto de la ciudadanía, lo que conlleva en la práctica a anular el reconocimiento, goce y ejercicio de estos derechos»⁴³.

Debe insistirse, entonces, en la necesidad de cumplir el deber de reconocimiento jurídico de la situación y de los derechos de las minorías sexuales en el Perú (deber todavía infringido o materializado de modo muy incipiente e incompleto). En tal sentido conviene recordar, con Lima Lopes, que los «derechos de reconocimiento» parten de ciertos puntos muy concretos y reales: (i) la existencia de grupos estigmatizados en la sociedad; (ii) la naturaleza institucional e histórica de los estigmas; (iii) la posibilidad de que los estigmas carezcan de fundamentos científicos, racionales o funcionales para la sociedad; (iv) la usurpación o negativa, sufrida por las personas estigmatizadas, de un bien básico, a saber, el respeto y la autoestima; (v) la injusticia del mantenimiento social de los estigmas, que provoca dolor innecesario, sufrimiento, violencia y falta de respeto; (vi) el derecho de los miembros de una sociedad a que les sean retirados los estigmas humillantes⁴⁴.

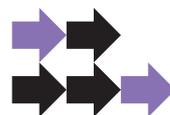
En la misma línea de reflexión, Fernández Revoredo señala que «el derecho al reconocimiento en el caso de los homosexuales implica que la identidad de éstos sea valorada, respetada y afirmada», añadiendo que «el reconocimiento para los homosexuales pasa por dos planos distintos, el respeto por parte de

⁴² DEMUS y MHOL, «Discriminación por orientación sexual en Perú: situación de las lesbianas, trans, gays y bisexuales en Perú» (documento entregado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), *op. cit.*, pp. 31 y 35.

⁴³ Movimiento Homosexual de Lima (MHOL) (Bracamonte, Jorge y Álvarez, Roland, eds.), *Informe anual 2005...*, *op. cit.*, p. 125.

⁴⁴ Lima Lopes, José Reinaldo de, «El derecho al reconocimiento para gays y lesbianas», en *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos* Año 2, núm. 2, 2005, São Paulo, Brasil, pp. 74-75.

la sociedad y la afirmación de ellos como sujetos de derechos»⁴⁵. Es decir, tal reconocimiento debe plasmarse en regulaciones y políticas que apunten hacia la revaloración de las diversas identidades sexuales, sin exclusión de ninguna. Y es que, en definitiva, el reconocimiento «no busca reparar una injusticia relativa a bienes materiales, sino a un bien inmaterial (moral, si se quiere), que es el respeto, la imagen pública de una persona y de un grupo», ya que «quien pide el derecho al reconocimiento pide que la distribución de la identidad social no sea jerarquizante en función del rasgo de identidad específico», esto es, «pide que todas las identidades se traten jurídica y políticamente como equivalentes», pues «se trata de afirmar el derecho a ser diferente, y a que esa diferencia se torne irrelevante»⁴⁶.



⁴⁵ Véase la intervención de Marisol Fernández Revoredo, en AA.VV., «Acerca de la problemática de las uniones homosexuales: matrimonio y adopción (mesa redonda)», en *Themis – Revista de Derecho* núm. 53, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 307.

⁴⁶ Lima Lopes, José Reinaldo de, «El derecho al reconocimiento para gays y lesbianas», *op. cit.*, p. 95.



III. La protección jurídica de las uniones de personas del mismo sexo y los derechos fundamentales

Discriminación bajo formas extremas y extendidas (exclusión, violencia, menosprecio), de un lado, y omisión y silenciamiento predominantes en el discurso jurídico oficial (que rehúsa brindar protección expresa), del otro lado, configuran, entonces, una realidad de opresión e injusticia sobre las minorías sexuales que interpela al Derecho Constitucional peruano y exige de él una respuesta decidida y oportuna.

La pregunta central de este trabajo es, en consecuencia, si las personas homosexuales, y en particular sus uniones afectivas estables, cuentan con protección constitucional. En otras palabras, ¿es un deber impuesto por la Constitución el brindar protección legal a quienes tienen orientación sexual diversa y a sus uniones afectivas estables? Y, si así fuera, ¿bajo qué formas y con qué alcance debe brindarse tal protección?

Es necesario, pues, establecer ahora cuáles son los derechos fundamentales y los principios constitucionales que podrían resultar lesionados en caso de que se mantuviera la abstención regulatoria en materia de homosexualidad que en la actualidad prevalece en el ordenamiento legal del país.

III.1. LA DIGNIDAD DE LOS SERES HUMANOS

Como se sabe, todo el diseño constitucional reposa sobre la cláusula personalista contenida en el artículo 1 de la Carta de 1993, que consagra el carácter esencial y el rol articulador de la dignidad de los seres humanos, al reconocerla como «fin supremo de la sociedad y del Estado» (a semejanza de la Carta de 1979). En palabras de Landa Arroyo, esta disposición es «la piedra angular de los derechos fundamentales de las personas y, por ello, es el soporte estructural de todo el edificio constitucional, tanto del modelo político, como del modelo económico y social»⁴⁷.

La dignidad de los seres humanos es, pues, el valor fundacional del ordenamiento y de ella deriva el plexo de derechos fundamentales que son reconocidos a todos los individuos que conforman la familia humana. «Premisa antropológica del Estado constitucional» la denomina Peter Häberle⁴⁸, mientras Ernesto Benda resalta su configuración como «valor jurídico» y «norma jurídico-positiva», así como su expresión en todos y cada uno de los derechos fundamentales que la Constitución acoge, ya que éstos son «porciones autónomas derivadas de la dignidad humana»⁴⁹.

⁴⁷ Landa Arroyo, César, «Dignidad de la persona humana», en Id., *Constitución y fuentes del Derecho*, Lima, Palestra, 2006, p. 15.

⁴⁸ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, Lima, UNAM – PUCP, 2003, p. 169.

⁴⁹ Benda, Ernesto, «Dignidad humana y derechos de la personalidad», en Benda, Ernesto *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, segunda edición, 2001, pp. 120 y 122.

De allí que el Tribunal Constitucional peruano sostenga que «la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que éste cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento», añadiendo que la dignidad humana se erige tanto en un principio como en un derecho fundamental⁵⁰, y que a este *principio-derecho* «se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona»⁵¹.

Pero no sólo ello sino que, para el supremo intérprete de la Constitución, el principio de dignidad de la persona es uno de los «pilares fundamentales del Estado social de derecho» y él «irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos», siendo de destacar que desarrolla no meramente una función negativa o limitadora, imponiendo al Estado «obligaciones de no hacer», sino también una función positiva y proyectiva, exigiendo a los poderes públicos el cumplimiento de «obligaciones de hacer»⁵².

En similar dirección positiva (activa, genésica) despliega sus efectos la «cláusula de derechos implícitos» contenida en el artículo 3 de la Carta de 1993, en virtud de la cual el principio de dignidad del hombre puede llevar al reconocimiento expreso (o a la creación) de otros derechos de naturaleza análoga a los derechos fundamentales declarados por la Constitución, como ha ocurrido, por ejemplo, con el «derecho a la verdad» estipulado por el Tribunal Constitucional por vía jurisprudencial⁵³.

Se entiende entonces que, en el caso Quiroz Cabanillas, el Tribunal Constitucional peruano afirme que la dignidad humana desempeña «un

⁵⁰ STC 02273-2005-PHC/TC (caso Quiroz Cabanillas), fundamentos 5 y 9 (*El Peruano*, 24 de octubre de 2005).

⁵¹ STC 1417-2005-AA/TC (caso Anicama Hernández), fundamento 21 (*El Peruano*, 12 de julio de 2005).

⁵² STC 2945-2003-AA/TC (caso Meza García), fundamentos 15, 19 y 20 (sitio web del Tribunal Constitucional, 12 de julio de 2004); STC 2016-2004-AA/TC (caso Correa Condori), fundamentos 14, 18 y 19 (sitio web del Tribunal Constitucional, 8 de abril de 2005).

⁵³ STC 2488-2002-HC/TC (caso Villegas Namuche), fundamentos 8-20 (sitio web del Tribunal Constitucional, 23 de marzo de 2004).

indiscutible rol de principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad [sic], y los derechos de un adecuado soporte direccional», y que también sostenga que su realización «constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio», ya que «sólo así la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado social y democrático de Derecho»⁵⁴.

No hace falta insistir en que la faceta positiva y el rol activo del principio de dignidad humana, como dinamizadores de los derechos fundamentales y de los consiguientes deberes de respeto, tutela y promoción que vinculan a los poderes públicos y a los sujetos privados, tienen gran relevancia, sobre todo en relación a los grupos vulnerables o que sufren discriminación, tales como las minorías de orientación homosexual. Máxime si el supremo intérprete de la Constitución, en una decisión de gran trascendencia axiológica y cultural, ha señalado que «el carácter digno de la persona, en su sentido ontológico, no se pierde [...] por ser homosexual o transexual o, en términos generales, porque se haya decidido por un modo de ser que no sea de aceptación de la mayoría», juzgando por ende inconstitucional el que, «inmiscuyéndose en una esfera de la libertad humana, se considere ilegítima la opción y preferencia sexual de una persona»⁵⁵.

En definitiva, el principio-derecho de dignidad humana, como eje axiológico que da sustento a todo el ordenamiento constitucional, extiende su manto de tutela a las personas homosexuales impone deberes de respeto y protección a los poderes públicos (y a los sujetos privados), pero también deberes de

⁵⁴ STC 02273-2005-PHC/TC (caso Quiroz Cabanillas), fundamentos 6 y 8 (*El Peruano*, 24 de octubre de 2005). Ya antes, en el caso Tíneo Silva, el Tribunal Constitucional había sostenido que la dignidad se configura como «un *minimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover», recalcando así la necesidad de que el Estado desarrolle acciones de promoción con vistas a favorecer el pleno despliegue de la dignidad de los seres humanos. Véase STC 010-2002-AI/TC (caso Tíneo Silva), fundamento 218 (*El Peruano*, 4 de enero de 2003).

⁵⁵ STC 2868-2004-AA/TC (caso Álvarez Rojas), fundamentos 23 y 24 (sitio web del Tribunal Constitucional, 7 de febrero de 2005).

promoción y de garantía. De ello se derivan tanto obligaciones negativas o pasivas («de no hacer») como obligaciones positivas o activas («de hacer»), a fin de brindar protección legal a gays y lesbianas de superar circunstancias desfavorables o remover obstáculos que impidan o dificulten a éstos el ejercicio pleno de los derechos fundamentales que son expresión de la dignidad intrínseca de todos los seres humanos, sin exclusión.

Quiere decir que el Estado peruano no sólo debe respetar los derechos fundamentales de las personas homosexuales sino que también debe protegerlos y garantizarlos, proveyendo los medios jurídicos, inclusive procesales, para el cumplimiento de estos mandatos constitucionales. Adicionalmente, las autoridades estatales deben llevar a cabo políticas de promoción y realizar acciones positivas para procurar la igualdad de oportunidades y su equiparación material.

III.2. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En lo que se refiere al principio de «garantía» de los derechos humanos, cabe precisar que éste tiene una relevancia especial y que, por ende, aparece recogido de modo explícito en el artículo 44 de la Carta de 1993, el cual prescribe que se trata de un «deber primordial» del Estado. De esta suerte, los poderes públicos deben cumplir el imperativo constitucional de «garantizar» los derechos humanos a todas las personas, incluyendo a quienes forman parte de las minorías de orientación homosexual.

Como indica Luigi Ferrajoli, «las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional»⁵⁶.

⁵⁶ Ferrajoli, Luigi, «El Derecho como sistema de garantías», *op. cit.*, p. 25.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), al interpretar el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), ha señalado que «las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho», y que, «como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia»⁵⁷.

Es más, para la Corte IDH, «el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira», de manera que «en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros»⁵⁸.

Es claro entonces que, para el Estado constitucional y democrático de Derecho, resulta esencial la existencia de un sistema de garantías que incluya la tutela de los derechos fundamentales de las personas homosexuales. También lo es que tal sistema de garantías ha de comprender tanto mecanismos generales de efectividad de tales derechos, como específicas instituciones procesales dirigidas a asegurar su protección.

Interesa ahora poner de relieve que, entre las garantías genéricas existentes en el ordenamiento constitucional peruano, se halla la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos como Derecho interno (artículo 55, Const.), los cuales han de considerarse como normas de máxima jerarquía, esto es, de rango constitucional. En efecto, pese a que la Carta de 1993 eliminó la disposición de la Constitución precedente que confería de modo expreso rango constitucional a los tratados internacionales de derechos

⁵⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva 8/87, «El hábeas corpus bajo suspensión de garantías», del 30 de enero de 1987, párrafo 25.

⁵⁸ *Ibid.*, párrafo 26.

humanos (Constitución de 1979, artículo 105), su mantenimiento en la cúspide del sistema de fuentes nacional se deriva por vía interpretativa.

Y es que, tras ciertas vacilaciones iniciales, la doctrina y la jurisprudencia constitucionales reconocen en la actualidad que las convenciones internacionales en materia de derechos humanos integran la normativa constitucional. Así, tempranamente, Domingo García Belaunde sostuvo que la Constitución de 1993 consagraba «la primacía de la ley sobre el tratado», adoptando nuevamente la «posición dualista», mientras que los hermanos Chirinos Soto propusieron que era necesario examinar caso por caso⁵⁹. A diferencia de estos autores, empero, Marcial Rubio Correa consideró que prevalecen los tratados sobre las leyes y que los de derechos humanos tienen rango constitucional⁶⁰.

La posición que ha terminado por prevalecer en la doctrina constitucionalista peruana es, como se ha indicado, la que reconoce máximo rango a las convenciones internacionales sobre derechos humanos. Para ello se esgrime como argumentos principales la existencia de la cláusula hermenéutica contenida en la Cuarta de las Disposiciones Finales y Transitorias de la Constitución, así como la de la cláusula de derechos fundamentales implícitos del artículo 3 y aun el procedimiento de

⁵⁹ García Belaunde, Domingo, «La nueva Constitución del Perú: Poder Judicial y garantías constitucionales», en Landa, César y Faúndez, Julio (eds.), *Desafíos constitucionales contemporáneos*, Lima, PUCP, 1996, p. 43; Chirinos Soto, Enrique y Chirinos Soto, Francisco, *Constitución de 1993, lectura y comentario*, Lima, Nermsa, 1994, p. 101.

⁶⁰ Rubio Correa, Marcial, «El sistema legislativo en la Constitución de 1993», en AA.VV., *La Constitución de 1993: análisis y comentarios*, Lima, CAJ, 1994, p. 174; Rubio Correa, Marcial, «La ubicación jerárquica de los tratados de derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993», *Pensamiento constitucional*, año V, núm. 5, 1998, Lima, PUCP, p. 113. Advierten estas primeras discrepancias doctrinales los trabajos de Landa Arroyo, César, *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, Lima, Palestra, segunda edición, 2003, p. 770; y Loayza Tamayo, Carolina, «Los tratados de derechos humanos en el marco del derecho internacional y su interacción con el derecho interno peruano», en AA.VV., *Justicia y reparación para mujeres víctimas de violencia sexual en contextos de conflicto armado interno*, Lima, Consejería en Proyectos, 2007, p. 132.

reforma constitucional exigido para la incorporación de todos aquellos tratados que «afecten» disposiciones constitucionales (Const. 1993, artículo 57, párrafo 2)⁶¹.

Esta misma argumentación fue acogida por el Tribunal Constitucional peruano, tras una marcada evolución jurisprudencial que parte del caso de los inocentes en prisión resuelto en el año 2000. En aquella ocasión, el supremo intérprete de la Constitución reconoció que los tratados internacionales de derechos humanos «tienen valor normativo indiscutible y en consecuencia son plenamente aplicables por los jueces y tribunales peruanos», añadiendo que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), tratado invocado por los demandantes, «forma parte integrante del sistema jurídico peruano, siendo plenamente aplicable en vía jurisdiccional ordinaria o especializada», todo ello en virtud de los artículos 55 y 200.4 de la Constitución. Afirmó, asimismo, que dichos tratados son «normas con jerarquía legal» y que el PIDCP «tiene el mismo rango de una ley»⁶².

No obstante, como culminación de una progresiva afirmación jurisprudencial orientada por el principio de interpretación *pro homine*, el Tribunal Constitucional ha confirmado que los tratados internacionales de derechos humanos «están dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional; es decir, *fuerza activa*, conforme a la cual estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional. Su *fuerza pasiva* trae consigo su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes

⁶¹ Véase Landa Arroyo, César, «Jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución del Perú de 1993», en *Revista Jurídica del Perú*, año XLVIII, núm. 16, Lima, julio – septiembre de 1998, pp. 7-8; Landa Arroyo, César, «Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el ordenamiento constitucional peruano», en Id., *Constitución y fuentes del Derecho*, Lima, Palestra, 2006, pp. 119-121; Eguiguren Praeli, Francisco, «Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia constitucional peruana», en Eguiguren Praeli, Francisco y Espinoza-Saldaña Barrera, Eloy, *Dos ensayos sobre nueva jurisprudencia constitucional: los tratados de derechos humanos y el hábeas corpus contra resoluciones judiciales*, Lima, Justicia Viva, 2003, pp. 10-11 y 13.

⁶² STC 1277-99-AC/TC (caso de los inocentes en prisión), fundamentos 7 y 8 (*El Peruano*, 30 de octubre de 2000).

infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales e, incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido»⁶³.

Los tratados internacionales de derechos humanos se erigen, pues, en una importante garantía genérica (conforme al planteamiento de Ferrajoli) de efectividad de los derechos fundamentales, lo que alcanza a las personas de inclinación homosexual, en la medida en que sus normas forman parte del ordenamiento jurídico peruano y cuentan con jerarquía constitucional, estatuyendo, complementariamente, distintos deberes a cargo del Estado peruano. Estos instrumentos internacionales ayudarán, en consecuencia, a fijar el canon de constitucionalidad, a la luz del cual ha de juzgarse el sistema legal vigente en el país.

Por otra parte, es de resaltar también que, junto a esta garantía genérica, existen otras garantías específicas, de índole propiamente jurisdiccional, cuya función es tornar eficaces los derechos fundamentales de las personas, permitiéndoles acudir ante los tribunales nacionales en caso de amenaza o vulneración: el hábeas corpus y el amparo, entre otros procesos constitucionales (Const. 1993, artículo 200). Importantes lineamientos jurisprudenciales, varios de los cuales fueron ya citados en el presente informe, han sido desarrollados por el Tribunal Constitucional en ejercicio de sus potestades jurisdiccionales en el marco de estos procesos. Igual mención merece, desde luego, la tarea jurisprudencial cumplida por los órganos de supervisión supranacional de los tratados de derechos humanos, en particular por la Corte IDH, pues sus decisiones son de gran valor para precisar los alcances de los derechos fundamentales de las personas y de las correlativas obligaciones de los Estados. Es más, el Código Procesal Constitucional peruano ha establecido que dichas decisiones

⁶³ STC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (caso PROFA 3), fundamento 33 (*El Peruano*, 19 de agosto de 2006). Véase también STC 1417-2005-AA/TC (caso Anicama Hernández), fundamento 9 (*El Peruano*, 12 de julio de 2005); STC 4587-2004-AA/TC (caso Martín Rivas 1), fundamento 44 (sitio web del Tribunal Constitucional, 15 de febrero de 2006); STC 2730-2006-PA/TC (caso Castillo Chirinos), fundamento 9 (*El Peruano*, 5 de agosto de 2006).

constituyen una pauta hermenéutica para dotar de contenido a los derechos previstos en la Constitución nacional (artículo V del Título Preliminar).

El mismo Tribunal Constitucional acoge y desarrolla este mandato legal en sus sentencias, estipulando inclusive que la vinculatoriedad de las decisiones de la Corte IDH «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*» y que «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», ya que «en efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención (CADH) que tiene la CIDH [Corte IDH], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT [Cuarta de las Disposiciones Finales y Transitorias] 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»⁶⁴.

III.3. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos reconocen a todos los individuos la titularidad del derecho fundamental a la libertad y seguridad personales⁶⁵. Se encuentra aquí el fundamento normativo —que es, por lo tanto, de máximo rango jurídico— de la facultad que toda persona tiene de autodeterminarse, esto es, de elegir sus propios planes de vida y modelos de perfección moral, incluyendo la adopción de decisiones relativas a la esfera de su sexualidad.

⁶⁴ STC 2730-2006-PA/TC (caso Castillo Chirinos), fundamento 12 (*El Peruano*, 5 de agosto de 2006). Véase también STC 4587-2004-AA/TC (caso Martín Rivas 1), fundamento 44 (sitio web del Tribunal Constitucional, 15 de febrero de 2006); STC 2798-04-HC/TC (caso Vera Navarrete), fundamento 8 (sitio web del Tribunal Constitucional, 27 de febrero de 2005); STC 0217-2002-HC/TC (caso Crespo Bragayrac), fundamento 2 (emitida el 17 de abril de 2002).

⁶⁵ Artículo 2.24, Const.; artículo 7.1, CADH; artículo 9.1, PIDCP.

La trascendencia de este derecho ha sido destacada por la doctrina y la jurisprudencia constitucionales. Así, Bernal Pulido apunta que «uno de los pilares del Estado constitucional y democrático de derecho consiste en reconocer a cada individuo un ámbito de libertad que le es inherente por pertenecer al género humano, por ser digno, y que está protegido contra las intervenciones provenientes del Estado y de las demás personas»⁶⁶. Entre los autores nacionales, Eguiguren Praeli sostiene que se trata tanto de «un valor esencial e imprescindible del sistema democrático», como de «un derecho subjetivo fundamental, que se traduce en un conjunto de “libertades” específicas consagradas en las normas constitucionales y en los pactos internacionales sobre derechos humanos»⁶⁷.

En coincidencia con esta opinión, el Tribunal Constitucional peruano admite la «doble dimensión» de la libertad de la persona humana —de un lado, «valor superior que inspira al ordenamiento jurídico y a la organización misma del Estado» y, de otro lado, «derecho subjetivo cuya titularidad ostentan todas las personas sin distinción»— y hace notar que «la libertad como uno de esos valores superiores que inspiran a la Constitución del Estado Constitucional, contribuye al crecimiento, desarrollo y desenvolvimiento del hombre en el ámbito social, pero también le permite lograr a plenitud el goce de la vida en su dimensión espiritual»⁶⁸.

No es de extrañar, por ello, que el supremo intérprete de la Constitución haya afirmado que «la plena vigencia del derecho fundamental a la libertad personal es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no sólo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es presupuesto

⁶⁶ Bernal Pulido, Carlos, «El derecho al libre desarrollo de la personalidad», en *Id.*, *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 247.

⁶⁷ Eguiguren Praeli, Francisco, «El derecho a la libertad personal: contenido, restricciones y protección frente a detenciones arbitrarias», en *Id.*, *Estudios constitucionales*, Lima, Ara Editores, 2002, p. 27.

⁶⁸ STC 1317-2008-PHC/TC (caso Tudela y Barreda), fundamento 12 (sitio web del Tribunal Constitucional, 17 de junio de 2008).

necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales»⁶⁹. De este modo, la especial gravitación del derecho fundamental a la libertad personal, en todo el ámbito del Estado constitucional y democrático de Derecho, es debidamente realizada por el Tribunal Constitucional.

En cuanto al contenido y alcance de este derecho fundamental, en un fallo reciente, la Corte IDH ha establecido que «en sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido», lo que equivale a decir que «constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones», en tanto que «la seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable»⁷⁰.

Es, pues, el derecho fundamental a la libertad y seguridad personales, que ocupa un lugar central en el Estado constitucional y democrático de Derecho, el que faculta a todos los seres humanos a decidir, sin interferencias ni coacciones de ningún poder público ni privado, los modelos de virtud a seguir según sus propias opciones y preferencias, con el único límite de no lesionar los derechos de los demás. De allí que Carlos Santiago Nino, al buscar la fundamentación ética de los derechos humanos, afirme que el «principio liberal de autonomía de la persona» prescribe que «siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución»⁷¹.

⁶⁹ STC 0019-2005-PI/TC (caso de la equiparación del arresto domiciliario), fundamento 11 (*El Peruano*, 21 de julio del 2005).

⁷⁰ Corte IDH, caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, sentencia del 21 de noviembre del 2007, párrafo 52.

⁷¹ Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, segunda edición, 1989, pp. 204-205.

Pero la libertad genérica que la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen, proporciona un fundamento sólo primordial a la facultad de decisión y acción libre de las personas para orientar sus vidas hacia los fines que ellas mismas determinan. En lo que atañe a la situación de las personas homosexuales y de sus uniones afectivas estables, esta regulación básica se ve complementada por la consagración de otros derechos de similar naturaleza, los cuales dan cobertura jurídica a aspectos específicos o suplen vacíos normativos, en particular, por la consagración del derecho a la intimidad y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

Como indica Rey Martínez, «la libertad/intimidad protege, en principio, los actos sexuales en privado y consentidos» y «es un muro jurídico primario que se erige contra la prohibición (penal, administrativa, etc.) de la homosexualidad en sí misma»⁷². Es decir, en la medida en que el ejercicio de la sexualidad pertenece a la esfera íntima y reservada de cada persona, el ordenamiento constitucional, complementado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), proscribire toda interferencia o perturbación. La elección de pareja, del mismo o de distinto sexo, así como la práctica de actos sexuales con ella en privado, están por lo tanto protegidos por las cláusulas relativas al derecho a la intimidad⁷³.

De hecho, así ha sido declarado en diversas oportunidades por los órganos de control supranacional de los derechos humanos. En primer término, cabe mencionar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal EDH), que en el caso *Dudgeon vs. Reino Unido* (1981) resolvió que la sanción penal de las prácticas homosexuales masculinas, voluntarias y realizadas a puertas cerradas, constituye una vulneración al derecho a la vida privada estipulado por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEPDHFL).

⁷² Rey Martínez, Fernando, «Homosexualidad y Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 73, enero-abril de 2005, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 131.

⁷³ Artículo 2.7, Const.; artículo 11.2 y 11.3, CADH; artículo 17.1 y 17.2, PIDCP.

En efecto, en tal ocasión, el Tribunal EDH sostuvo que «el mantenimiento en vigor de la legislación impugnada constituye una interferencia continua al derecho del peticionario al respeto de su vida privada (que incluye su vida sexual), dentro del significado del artículo 8.1» y que «en las circunstancias personales del peticionario, la sola existencia de esta legislación afecta continua y directamente su vida privada» —en realidad, el «aspecto más íntimo de la vida privada», esto es, la sexualidad—, encontrando que dicha interferencia no configura un caso de «necesidad social imperiosa» que pudiera justificarla a la luz del Convenio⁷⁴.

Esta línea interpretativa ha sido mantenida luego por el Tribunal EDH en los casos *Norris vs. Reino Unido* (1988) y *Modinos vs. Chipre* (1993), por lo que puede decirse que se trata de jurisprudencia consolidada⁷⁵.

A su turno, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, encargado de la supervisión del PIDCP, también se ha pronunciado en términos similares. En el caso *Toonen vs. Australia* (1994), semejante a los resueltos por el Tribunal EDH que se acaba de comentar, el Comité señaló que «en lo que atañe al artículo 17 [del PIDCP], es indiscutible que la actividad sexual consensual llevada a cabo en privado entre adultos queda incluida en el concepto de “vida privada” y que en la actualidad el Sr. Toonen se ve realmente afectado por el mantenimiento de las leyes impugnadas», por lo que concluyó que «las disposiciones no superan la prueba de lo que resulta “razonable” en las circunstancias particulares del caso, y constituyen una injerencia arbitraria en el derecho que confiere al Sr. Toonen el párrafo 1 del artículo 17»⁷⁶.

⁷⁴ Tribunal EDH, caso *Dudgeon vs. Reino Unido*, sentencia del 22 de octubre de 1981, párrafos 41, 52 y 60 (traducción del autor).

⁷⁵ Tribunal EDH, caso *Norris vs. Irlanda*, sentencia del 26 de octubre de 1988, párrafos 32, 38 y 46; caso *Modinos vs. Chipre*, sentencia del 22 de abril de 1993, párrafos 20, 23 y 24.

⁷⁶ Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observaciones relativas a la Comunicación núm. 488/1992 (caso *Toonen vs. Australia*), documento CCPR/C/50/D/488/1992, del 4 de abril de 1994 (español), párrafos 8.2 y 8.6.

En el plano de la jurisdicción nacional, es resaltante la sentencia emitida por la Corte Suprema norteamericana en el caso *Lawrence vs. Texas* (2003). La Corte, al revocar la doctrina que ella misma sentara en el caso *Bowers vs. Hardwick* (1986) y retomar su anterior precedente establecido en el caso *Griswold vs. Connecticut* (1965), confirmó que la Constitución protege las prácticas homosexuales voluntarias, entre adultos y en privado. Como justificación del fallo, la Corte aseveró que aunque la legislación impugnada pretendía nada más que «prohibir un particular acto sexual», en realidad «sus sanciones y propósitos, sin embargo, tienen consecuencias de más largo alcance, afectando la conducta humana más privada, el comportamiento sexual, y en el más privado de los lugares, el hogar»⁷⁷. La Corte Suprema agregó que las leyes acusadas «buscan controlar una relación personal que, tenga o no reconocimiento formal por el Derecho, se halla dentro de la libertad de las personas de elegir sin ser castigados como criminales»⁷⁸.

Así, pues, el máximo tribunal norteamericano fundamentó la decisión en el derecho a la libertad y a la intimidad de las personas, excluyendo de tal ámbito toda interferencia o invasión de los poderes públicos, y desechando, por lo demás, argumentos morales de índole perfeccionista, ya que, si «la cuestión es si la mayoría puede usar el poder del Estado para imponer sus puntos de vista sobre la sociedad en su conjunto mediante la actuación del Derecho Penal», la respuesta debe ser, como la misma Corte resolvió en el caso *Casey*, que «nuestra obligación es definir la libertad de todos, no imponer nuestro propio código moral»⁷⁹.

En definitiva, la Suprema Corte de Estados Unidos —en una sentencia que ha sido calificada por Lawrence Sager como «un acontecimiento trascendental» en la historia constitucional norteamericana y como «la decisión más importante desde

⁷⁷ Corte Suprema de los Estados Unidos, caso *Lawrence vs. Texas*, sentencia del 26 de junio de 2003, Opinión de la Corte (voto en mayoría), p. 6 (traducción del autor).

⁷⁸ *Ibid.* (traducción del autor).

⁷⁹ *Ibid.*, p. 10 (traducción del autor).

Brown vs. Board of Education»⁸⁰ (el fallo que puso fin a la segregación racial en las escuelas, en 1964) — consideró que «el caso envuelve a dos adultos que, con pleno y mutuo consentimiento de uno al otro, se involucran en prácticas sexuales propias del estilo de vida homosexual. Los demandantes tienen derecho al respeto de sus vidas privadas. El Estado no puede degradar su existencia o controlar su destino convirtiendo su conducta sexual privada en un crimen. Su derecho a la libertad bajo la cláusula de debido proceso les otorga el pleno derecho de desarrollar su conducta sin intervención del gobierno. “Es una promesa de la Constitución el que haya un ámbito de libertad en el que el gobierno no puede intervenir” (*Casey, supra*, párrafo 847). La ley de Texas no legitima un interés del Estado que pueda justificar su intrusión en la vida privada y personal del individuo»⁸¹.

Pero no sólo el derecho a la intimidad y a la vida privada, sino también el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad concede tutela constitucional a las personas homosexuales y a sus relaciones afectivas estables. Y es que el derecho al «libre desenvolvimiento de la personalidad», como lo reconociera la Constitución de 1979 (artículo 2.1), o al «libre desarrollo y bienestar» de la persona, como lo declara la Carta de 1993 (también en el artículo 2.1), opera, en palabras de Bernal Pulido, como una «cláusula general residual de libertad»⁸².

Es decir, el derecho al libre desarrollo de la personalidad viene a suplir todos los ámbitos no regulados mediante la consagración constitucional de libertades específicas, ya que «se trata de un *plus* o un contenido adicional» al de las libertades específicas que la Constitución prevé, en cuyo ámbito «se enmarcan asuntos tan heterogéneos como la posibilidad de contraer matrimonio, vivir en

⁸⁰ Sager, Lawrence, *Juez y democracia: una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 224.

⁸¹ Corte Suprema de los Estados Unidos, *caso Lawrence vs. Texas*, *op. cit.*, p 18 (traducción del autor).

⁸² Bernal Pulido, Carlos, «El derecho al libre desarrollo de la personalidad», *op. cit.*, p. 250. En el caso peruano, es claro que el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad debe interpretarse en conjunto con el artículo 2.24.a, Const., que establece, como norma de cierre del sistema jurídico (también de carácter residual, por lo tanto), que «nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe».

unión libre o permanecer soltero, ser madre, elegir el propio nombre, escoger la opción sexual, definir la apariencia o la clase de educación que se quiera tener o el procedimiento médico que se está dispuesto a aceptar cuando se está enfermo»⁸³.

La Corte Constitucional de Colombia ha confirmado este entendimiento, al señalar que «el derecho al libre desarrollo de la personalidad consagra una protección general de la capacidad que la Constitución reconoce a las personas para autodeterminarse, esto es, a darse sus propias normas y desarrollar planes propios de vida, siempre y cuando no se afecten derechos de terceros o el orden jurídico», razón por la cual la Corte estima que «este derecho se vulnera cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano»⁸⁴.

Tan importante como esto, sin embargo, es que la Corte Constitucional colombiana enuncia, sobre la base del derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad, un deber positivo estatal de brindar protección jurídica a las parejas del mismo sexo por lo que se refiere a sus derechos patrimoniales, asunto que fue objeto de la demanda de inconstitucionalidad examinada por el tribunal.

En efecto, la sentencia señala que «en el ámbito del problema que ahora debe resolver la Corte, resulta claro que la falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas del mismo sexo es un atentado contra la dignidad de sus integrantes porque lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídico patrimoniales, lo cual significa que, dado un régimen imperativo del derecho civil, quedan en una situación de

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-075/07 (caso del régimen patrimonial de las uniones homosexuales), de 7 de febrero de 2007, fundamento 6.2.3.1.

desprotección que no están en capacidad de afrontar», siendo así que, siempre conforme a la Corte colombiana, «no hay razón que justifique someter a las parejas homosexuales a un régimen que resulta incompatible con una opción vital a la que han accedido en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, ni resulta de recibo que la decisión legislativa de establecer un régimen para regular la situación patrimonial entre compañeros permanentes, sea indiferente ante los eventos de desprotección a los que puede dar lugar tratándose de parejas del mismo sexo»⁸⁵.

Los constitucionalistas peruanos también han llamado la atención sobre la importancia del derecho fundamental al libre desarrollo y bienestar de la persona y han resaltado algunos de sus aspectos. Así, Mesía Ramírez indica que «por su naturaleza, el libre desarrollo de la persona implica la independencia radical de todo ser humano para obrar sin ser interferido en la elección de su propio plan de vida», lo que equivale a decir «desarrollar libremente la personalidad con el mínimo posible de restricciones»⁸⁶, mientras Rubio Correa considera que «la libertad es el ejercicio de la potestad espiritual del ser humano sobre sí mismo» y «tiene la finalidad de hacerlo recorrer los caminos que él decida seguir para realizarse cabalmente», por lo que «la libertad es un *medio de realización*» ya que «sólo siguiendo sus propios designios, cada persona se realizará mejor en el mundo»⁸⁷.

Por su parte, Bernal Ballesteros, tras coincidir en que «el libre desarrollo de la persona consiste en el desenvolvimiento de sus potencialidades, de manera que logre su realización en el mundo», examina los diversos obstáculos que se interponen a tal designio, siendo de notar aquí que, para este autor, la «violencia directa» sobre las personas (agresiones físicas, hostilidades psicológicas y espirituales) y la «violencia estructural» (esto es, «aquellos obstáculos que no pone ninguna persona en especial, pero que sin embargo existen en el orden

⁸⁵ *Ibid.*, fundamento 6.2.3.2.

⁸⁶ Mesía Ramírez, Carlos, *Derechos de la persona: dogmática constitucional*, Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2004, pp. 98-99.

⁸⁷ Rubio Correa, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Lima, PUCP, 1999, tomo I, pp. 433-434.

social mismo») se erigen en vallas al libre desarrollo de la persona, ya que disminuyen su potencial de realización⁸⁸.

Bernales Ballesteros, sin embargo, no se limita a la descripción de estos males que afectan el ejercicio pleno del derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad en el país, sino que sugiere o adelanta un criterio de solución, a saber, la derivación de deberes positivos a cargo del Estado (sin excluir la participación de los particulares y de la sociedad civil), ya que, afirma, «la garantía para el cabal cumplimiento de este derecho es la disminución o eliminación de estos tipos de violencia»⁸⁹. Sin duda, este criterio es de utilidad para quienes sufren violencia o discriminación estructurales, como es el caso de los integrantes de la comunidad homosexual.

Es necesario indicar aquí que el Tribunal Constitucional peruano ha considerado que «el *derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad* no se halla enunciado literalmente en la Constitución de 1993, como sí lo estuvo por la Constitución de 1979», y que, si bien el derecho al desarrollo y bienestar de la persona «podría interpretarse como alusivo al libre desenvolvimiento de la personalidad, tal interpretación no sería del todo correcta ya que *desarrollo* y *bienestar*, dotan de un contenido o, al menos, de una orientación, en los que habría de interpretarse la libertad de actuación», siendo que «por el contrario, el objeto de protección de la libertad de actuación es la simple y llana conducta humana, desprovista de algún referente material que le otorgue algún sentido», por lo que el Tribunal estima que «el libre desenvolvimiento de la personalidad constituye un *derecho fundamental innominado o implícito* que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona (arts. 1 y 3, Constitución)»⁹⁰.

⁸⁸ Bernales Ballesteros, Enrique, *La Constitución de 1993: análisis comparado*, Lima, Editora RAO, quinta edición, 1999, p. 116.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 117.

⁹⁰ STC 00007-2006-PI/TC (caso de la Calle de las Pizzas), fundamentos 45, 46 y 47 (*El Peruano*, 9 de diciembre de 2007).

Esta opinión parece bastante discutible, puesto que, según la misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sólo es factible acudir a la cláusula de derechos fundamentales tácitos o no enumerados cuando no sea posible derivar el derecho en cuestión de los propios preceptos constitucionales o de otros derechos fundamentales reconocidos en la Carta suprema⁹¹. En efecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que «en la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre, puesto que ello impediría la tendencia a recurrir constantemente a la cláusula constitucional de los derechos “no enumerados” y, con ello, desvirtuar el propósito para el cual fue creada. La apelación al artículo 3° de la Constitución, en ese sentido, debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita».

En fin, como resulta claro de las referidas citas doctrinales, este particular punto de vista del Tribunal Constitucional no tiene acogida en un sector importante de la doctrina constitucional peruana.

Como quiera que fuere, el Tribunal Constitucional peruano también se ha pronunciado acerca de la relevancia de los derechos fundamentales a la libertad, a la intimidad y vida privada y al libre desenvolvimiento de la personalidad, en relación a la situación de las personas con orientación sexual diversa. Si bien, en una primera decisión acerca de la cuestión jurídica de la homosexualidad, referida específicamente a la legitimidad constitucional de sancionar como delito o falta las prácticas homosexuales de miembros de las Fuerzas Armadas, el Tribunal Constitucional desaprovechó la oportunidad de fundar el fallo en aquellas libertades, posteriormente sí lo hizo al examinar una causa relacionada con la imposición de una sanción a un policía por contraer matrimonio con una persona transexual.

⁹¹ STC 0895-2001-AA/TC (caso Rosado Adanaque), fundamento 5 (sitio web del Tribunal Constitucional, 16 de marzo de 2003).

En efecto, en el primer caso, el de la demanda de inconstitucionalidad presentada por la Defensoría del Pueblo contra el artículo 269 del Código de Justicia Militar (entre otros), el Tribunal Constitucional determinó que la disposición impugnada era contraria a la Carta de 1993, en cuanto a los aspectos sustantivos, por vulnerar los principios constitucionales de igualdad, proporcionalidad y legalidad (en su manifestación de *lex certa*), pero no sustentó la sentencia en los antes mencionados derechos de libertad⁹². En consecuencia, si bien el Tribunal Constitucional estimó en contradicción con la Constitución la disposición del Código de Justicia Militar que sancionaba como delito o falta la práctica de actos homosexuales de integrantes de las Fuerzas Armadas bajo la figura indeterminada de «actos deshonestos» y «contra natura», no invocó los derechos a la libertad o a la intimidad (ni otros vinculados, tal como el derecho a la identidad), habiendo sido, por tal razón, objeto de críticas⁹³.

No obstante, en el caso Álvarez Rojas, el supremo intérprete de la Constitución estableció que colisiona con la Norma Fundamental el imponer sanciones administrativas a un miembro de las Fuerzas Policiales por haberse casado con una persona transexual sin ser autorizado a ello por su institución. En esta ocasión, los argumentos del Tribunal Constitucional entraron de lleno al examen de la vulneración del derecho al libre desarrollo de la persona, indicando que éste «garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad», es decir, «parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional

⁹² STC 0023-2003-AI/TC (caso del Código de Justicia Militar), fundamentos 87.c, 87.d y 87.g (sitio web del Tribunal Constitucional, 28 de octubre de 2004).

⁹³ Fernández Revoredo considera que «si bien esta primera sentencia es positiva porque el resultado final fue la declaración de inconstitucionalidad de la norma, no lo fue tanto en su fundamentación, dado que no defendió la autodeterminación sexual de los homosexuales». Véase Fernández Revoredo, Marisol, «Avances hacia el reconocimiento de derechos para las personas LGBT: sobre cómo el Tribunal Constitucional peruano ha contribuido a ello», *op. cit.*, p. 15.

de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres»⁹⁴.

El Tribunal Constitucional precisa, empero, que «evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano», sino que, «por el contrario, éstas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales», de suerte que «tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra»⁹⁵.

Con más especificidad aun, el Tribunal Constitucional establece que «la Constitución peruana no distingue a las personas por su opción y preferencias sexuales», como «tampoco en función del sexo que pudieran tener», añadiendo, como fuera citado antes, que «el carácter digno de la persona, en su sentido ontológico, no se pierde por el hecho de [...] ser homosexual o transexual o, en términos generales, porque se haya decidido por un modo de ser que no sea de aceptación de la mayoría»⁹⁶.

Y, tras citar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de América, acerca de la intangibilidad de los derechos a la intimidad y a la autonomía personales, en virtud de la cual puede afirmarse que «los atributos de la personalidad no pueden formarse bajo la compulsión del Estado», el Tribunal Constitucional estipula que «cuando el Estado, a través de uno de sus órganos, sanciona a un servidor o funcionario por tener determinado tipo de

⁹⁴ STC 2868-2004-AA/TC (caso Álvarez Rojas), fundamento 14 (sitio web del Tribunal Constitucional, 7 de febrero de 2005).

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ *Ibíd.*, fundamento 23.

relaciones con homosexuales o, como en el presente caso, con un transexual, con independencia de la presencia de determinados factores que puedan resultar lesivos a la moral o al orden público, se está asumiendo que la opción y preferencia sexual de esa persona resulta ilegítima por antijurídica»⁹⁷. Para el Tribunal Constitucional, con ello «se está condenando una opción o una preferencia cuya elección solo corresponde adoptar al individuo como ser libre y racional» y «simultáneamente el Estado, de modo subrepticio, está imponiendo como jurídicamente obligatorio lo que él, autoritariamente, o una mayoría, juzga como moralmente bueno»⁹⁸.

En definitiva, entonces, la interpretación canónica de la Constitución en lo relativo a los derechos a la libertad y seguridad personales, a la intimidad y vida privada y al libre desenvolvimiento de la personalidad, que el Tribunal Constitucional viene construyendo en su jurisprudencia, consiste en que estos derechos fundamentales, reconocidos por la Norma Suprema y por los tratados internacionales de derechos humanos, configuran un ámbito de autonomía de cada sujeto que queda sustraído a interferencias y perturbaciones de los poderes públicos y de los particulares, ámbito que comprende las decisiones sobre sexualidad, en particular, aquellas relativas a la opción sexual o a la elección de pareja de uno u otro sexo⁹⁹.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*, fundamentos 23 y 24.

⁹⁹ Opinión similar tienen varios comentaristas. Véase Eguiguren Praeli, Francisco, «Libre opción sexual, sanción y discriminación», en *Informando Justicia*, boletín electrónico del Consorcio Justicia Viva, Lima, 10 de febrero de 2005 (www.justiciaviva.org.pe); Fernández Revoredo, Marisol, «Avances hacia el reconocimiento de derechos para las personas LGBT: sobre cómo el Tribunal Constitucional peruano ha contribuido a ello», *op. cit.*, p. 16; Movimiento Homosexual de Lima (MHOL) (Bracamonte, Jorge y Álvarez, Roland, eds.), *Informe anual 2005...*, *op. cit.*, pp. 114-117; DEMUS y MHOL, «Discriminación por orientación sexual en Perú: situación de las lesbianas, trans, gays y bisexuales en Perú» (documento entregado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), *op. cit.*, p. 27.

III.4. LOS DERECHOS SEXUALES

Los derechos sexuales, corrientemente presentados en conjunción con los derechos reproductivos, son también derechos fundamentales y, en tal virtud, tienen naturaleza y rango constitucional. Si bien la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos no utilizan la fórmula «derechos sexuales y reproductivos» y, por ende, no hacen un reconocimiento expreso de los mismos, tanto aquélla como éstos los acogen en diversas disposiciones. En tal sentido, Villanueva Flores señala que «en ninguno de los pactos o convenios universales o regionales de protección de los derechos humanos se emplean las expresiones “derechos sexuales” o “derechos reproductivos”, aunque al igual que en el caso de otros derechos —como el derecho a la verdad— ello no ha impedido que sean protegidos, en la mayor parte de los casos»¹⁰⁰.

La Constitución peruana de 1993, aunque de manera harto deficiente, recoge los derechos sexuales y reproductivos en su artículo 6, con especial énfasis en los derechos genésicos y en la afirmación del «derecho de las familias y personas a decidir», con lo que la Carta pone de relieve la libertad y la autonomía personales en el ámbito de la vida sexual y la procreación. De allí que, comentando esta disposición constitucional, Bernales Ballesteros indique que «la sexualidad y la reproducción son, de esta manera, un ámbito exclusivo de la decisión de cada ser humano, sin condicionamientos ni limitaciones»¹⁰¹.

Desde luego, otras diversas disposiciones de la Constitución (así como de los tratados internacionales de derechos humanos) se relacionan con los derechos sexuales y les otorgan fundamento normativo; por ejemplo, aquellas que reconocen los derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad, a la intimidad y privacidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud.

¹⁰⁰ Villanueva Flores, Rocío, *Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2008, p. 16. En el mismo sentido, véase Anicama Campos, Cecilia, *Derechos sexuales y reproductivos: avances y retrocesos*, Lima, CAJ, 2003, pp. 16-17 y 21.

¹⁰¹ Bernales Ballesteros, Enrique, *La Constitución de 1993: análisis comparado*, op. cit., p. 199.

Es posible sostener, adicionalmente, que la cláusula de derechos fundamentales implícitos, consagrada en el artículo 3 de la norma suprema, proporciona también sustento constitucional a los derechos sexuales¹⁰². Y es que, según establece esta disposición, tienen similar carácter supremo «los demás derechos que la Constitución garantiza» y «otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre», como son, por cierto, los derechos sexuales, al configurarse como facultades esenciales y definitorias de los rasgos de identidad de todos los seres humanos.

En tal sentido, el Relator Especial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para el derecho a la salud, tras afirmar que «la sexualidad es una característica que comparten todos los seres humanos» y que «es un aspecto fundamental de la dignidad del individuo y ayuda a definir a la persona», sostiene que no le cabe duda que «una comprensión correcta de los principios fundamentales de los derechos humanos, así como de las normas existentes en esta materia, conduce inevitablemente al reconocimiento de los derechos sexuales como derechos humanos», siendo de recalcar, en lo que atañe al presente informe, que, para el Relator Especial, «entre los derechos sexuales figura el derecho de toda persona a expresar su orientación sexual, teniendo debidamente en cuenta el bienestar y los derechos de los otros, sin temor a persecuciones, privación de libertad o injerencia social»¹⁰³.

Puede concluirse entonces que, si bien la Constitución peruana y los tratados internacionales de derechos humanos no reconocen de modo expreso a los derechos sexuales, éstos tienen naturaleza de derechos fundamentales y por lo tanto rango máximo en el ordenamiento jurídico peruano, ya que encuentran fundamento no sólo en el imperfecto artículo 6 de la Constitución, sino en las

¹⁰² Aunque la Constitución no los reconoce de manera expresa, la legislación sí alude explícitamente a los derechos sexuales y reproductivos, como puede verse, por ejemplo, en el artículo 6.i de la ley 28983, «Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres» (*El Peruano*, 16 de marzo de 2007).

¹⁰³ Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, Informe presentado a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, documento E/CN.4/2004/49, del 16 de febrero de 2004 (español), párrafo 54.

cláusulas constitucionales que consagran derechos específicos vinculados al ejercicio de la sexualidad y también en el artículo 3, que contiene la cláusula de derechos constitucionales implícitos. Por lo demás, este entendimiento de los derechos sexuales como derechos humanos viene respaldado claramente por el propio DIDH, como es de ver del Informe del Relator Especial de la ONU sobre derecho a la salud correspondiente al año 2004.

Ahora bien, por lo que se refiere al contenido y alcance de los derechos sexuales, Villanueva Flores anota que ellos «garantizan que las personas tengan control sobre su sexualidad», por lo que «los componentes de la sexualidad que deben considerarse protegidos son, cuando menos, la identidad sexual, la orientación sexual, la elección de pareja y la ausencia de actividad sexual coercitiva», de suerte que «se protegen la actividad sexual no procreativa o no heterosexual y se proscriben la violencia sexual, la mutilación genital, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, la discriminación por opción sexual, entre otros»¹⁰⁴.

Es de mencionar, asimismo, que esta concepción de los derechos sexuales ha sido acogida y oficializada por la Defensoría del Pueblo, institución a la que la propia Carta Magna encomienda «defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad» (artículo 162). En efecto, mediante la Resolución Defensorial 28-2000/DP, la Defensoría del Pueblo afirma su competencia para brindar protección a los derechos sexuales, estipulando que éstos «incluyen el derecho humano de mujeres y varones a gozar de una vida sexual libre de violencia y gratificante así como a tener control de su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva»¹⁰⁵.

También el Tribunal Constitucional peruano entiende de esta manera las competencias de la Defensoría del Pueblo, ya que, en una sentencia reciente, pronunciada en una causa en la que se discutía acerca del derecho de una

¹⁰⁴ Villanueva Flores, Rocío, *Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos*, op. cit., pp. 25-26.

¹⁰⁵ Defensoría del Pueblo, Resolución Defensorial 28-2000/DP, considerando primero (*El Peruano*, 15 de mayo de 2000).

reclusa a la «visita íntima» de su pareja, tras amparar los derechos sexuales de la reclamante y ordenar que la administración carcelaria permitiese dichas visitas «bajo condiciones de periodicidad, intimidad, salubridad y seguridad», exhorta a la Defensoría del Pueblo a realizar el seguimiento del cumplimiento de la sentencia¹⁰⁶.

Resulta relevante, además, que la decisión del Tribunal Constitucional no sólo se estableciera sobre la base del derecho a la intimidad y a la protección de la familia de la demandante, sino sobre el derecho a la integridad y al libre desenvolvimiento de la personalidad. Y es que, para el supremo intérprete de la Constitución, «una de las facetas en las que se ve plasmado el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la sexualidad del ser humano», por lo que todas las personas sometidas a internamiento penitenciario tienen derecho a las prácticas sexuales permitidas por la visita íntima, lo que, según dispone expresamente el Tribunal Constitucional, alcanza no sólo a las parejas heterosexuales sino también a las homosexuales¹⁰⁷.

El reconocimiento del derecho a la visita íntima para las personas de inclinación sexual diversa debe ser destacado, ya que aparece como un nuevo avance para los derechos fundamentales de las personas homosexuales, el cual, por cierto, se halla en consonancia con las características del Estado constitucional y democrático de Derecho, en cuanto éste ha de distinguirse por el pluralismo y la tolerancia y, por ende, por la aceptación de la más amplia diversidad de manifestaciones de la libertad humana, siempre que no supongan lesión de derechos o principios fundamentales del ordenamiento.

¹⁰⁶ STC 01575-2007-PHC/TC (caso Venturo Ríos), puntos resolutivos 1, 3 y 5 (sitio web del Tribunal Constitucional, 17 de abril de 2009).

¹⁰⁷ *Ibid.*, fundamentos 23, 25 y 28.

III.5. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Pero, además de los derechos fundamentales relacionados con la libertad y cuyo ejercicio se produce en la esfera de la intimidad o privacidad, las personas de orientación sexual diversa cuentan también con la protección que concede la cláusula general que proclama el derecho de todas las personas a la igualdad y no discriminación, incluida en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos¹⁰⁸. Este punto es de gran importancia ya que, como advierte Rey Martínez, la problemática jurídica que plantea la homosexualidad «no siempre puede considerarse como una actividad “íntima”», de suerte que su reconocimiento jurídico «no puede condicionarse a su confinamiento en el estricto ámbito de lo privado», ya que «esto sería una nueva forma, pero más sutil, del tradicional tratamiento jurídico de la homosexualidad entre nosotros: se toleraría mientras permaneciera invisible»¹⁰⁹.

Y es que, sin perjuicio de que determinadas acciones u omisiones de los poderes públicos o de sujetos particulares lesionen otros derechos fundamentales —como los derechos de libertad antes referidos—, el derecho a la igualdad y no discriminación trasciende el ámbito de lo privado (sin excluirlo) y alcanza el campo de la vida pública, por lo que su protección es de más amplio espectro y en tal sentido, más eficaz.

En particular, debe destacarse la potencialidad de la cláusula prohibitiva de discriminación para atacar situaciones opresivas e injustas vividas por determinadas minorías, entre ellas las minorías sexuales, por razones históricas o culturales. Como observa Cass Sunstein, «el problema fundamental para los homosexuales no está bien descrito como una simple ausencia de privacidad», ya que «el énfasis sobre la privacidad parece desconocer la cuestión básica: la carencia de privacidad contra la intrusión privada o pública es ciertamente un problema, pero lo es sobre todo a causa de un problema más profundo de

¹⁰⁸ Artículo 2.2, Const.; artículo 24, CADH; artículo 26, PIDCP.

¹⁰⁹ Rey Martínez, Fernando, «Homosexualidad y Constitución», *op. cit.*, p. 131.

discriminación»; de allí que la cláusula de prohibición de tratos discriminatorios, al operar como una herramienta de «ataque a las tradiciones», sea «más prometedora como fuente de nueva doctrina constitucional que el derecho a la privacidad»¹¹⁰.

Ahora bien, en cuanto a la delimitación conceptual de la igualdad y no discriminación como categorías jurídico-normativas, Bernal Pulido ha hecho un planteamiento esclarecedor. Para el autor colombiano, el principio de igualdad, que representa uno de los pilares del Estado constitucional, le impone a éste «el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos», deber que se concreta en cuatro «mandatos»:

- 1) Trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas.
- 2) Trato completamente diferente a destinatarios que se hallen en situaciones que no comparten rasgos en común.
- 3) Trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presentan semejanzas y diferencias, pero las semejanzas son más relevantes («trato igual a pesar de la diferencia»).
- 4) Trato diferenciado a destinatarios que están en situaciones en parte similares y en parte diversas, pero en las que las diferencias son más importantes («trato diferente a pesar de la similitud»)¹¹¹.

Los cuatro mandatos mencionados tienen una dimensión objetiva, que define al «principio de igualdad», y una dimensión subjetiva, que se refiere al «derecho a la igualdad», siendo así que «como derecho, la igualdad atribuye al individuo

¹¹⁰ Citado en Rey Martínez, Fernando, «Homosexualidad y Constitución», *op. cit.*, pp. 131-132 (notas 50 y 52).

¹¹¹ Bernal Pulido, Carlos, «El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional», en *Id.*, *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 257.

(el sujeto activo) el derecho de exigir del Estado o de los particulares (el sujeto pasivo) el cumplimiento de los mandatos que se derivan del principio de igualdad». De cualquier modo, siempre conforme a Bernal Pulido, el principio y el derecho a la igualdad se proyectan en dos niveles distintos, a saber, el de la igualdad ante la ley y el de la igualdad en la ley, el primero referido a «la eficacia vinculante de los mandatos de la igualdad en la aplicación administrativa y jurisdiccional de la ley y en las relaciones entre particulares», y el segundo, alusivo al «carácter que define a la igualdad como derecho fundamental, es decir, a su eficacia vinculante frente al legislador»¹¹².

En fin, los mandatos primero y segundo no son problemáticos, mientras que el tercero y cuarto suponen grandes dificultades jurídicas, configurando lo que el profesor colombiano llama «el eje de la definición del principio de igualdad en la Constitución colombiana», debiéndose entender, en consecuencia, que la Carta suprema estatuye el «mandato de trato paritario» bajo la denominación de «prohibición de discriminación» —que es «correlativa a la prohibición de tratar de manera privilegiada a ciertos destinatarios del derecho»— y el «mandato de trato diferenciado» bajo el nombre de «deber de promoción y de protección de los desfavorecidos» a cargo del Estado¹¹³.

Este planteamiento conceptual es trasladable al ámbito de la Constitución peruana. Si bien existen notables diferencias en la formulación de la cláusula general de igualdad y no discriminación entre la Carta colombiana (artículo 13) y la peruana (artículo 2.2), es claro, en especial considerando los aportes de la doctrina y la jurisprudencia nacionales, que la Constitución peruana de 1993 también recoge los aspectos indicados por Bernal Pulido o, quizá más exactamente, que el texto nacional ofrece una base normativa suficiente para otorgar legitimidad constitucional a los diversos aspectos que al derecho-principio de igualdad y no discriminación se le reconoce en la actualidad, según los más recientes desarrollos jurídicos.

¹¹² *Ibid.*, pp. 257 y 258.

¹¹³ *Ibid.*, pp. 258 y 259.

Así, por ejemplo, Eguiguren Praeli señala que la igualdad debe ser conceptualizada, desde una perspectiva constitucional, en una «doble dimensión», esto es, de un lado, «como un *principio rector* de todo el ordenamiento jurídico del Estado democrático de Derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar», y, de otro lado, «como un *derecho constitucional subjetivo*, individualmente exigible, que confiere a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación»¹¹⁴.

Como es de suponer, el Tribunal Constitucional ha hecho eco de esta concepción, al considerar que la igualdad, «en cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material *objetivo* que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico», mientras que, «en cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional: la igualdad, oponible a un destinatario»¹¹⁵.

Por lo demás, la doctrina constitucional peruana se detiene en la diferencia entre «igualdad formal» e «igualdad material» o «sustancial», con el propósito de subrayar que este segundo concepto impone al Estado la obligación de crear, inclusive mediante la aprobación de leyes, igualdad de oportunidades para las personas, en especial, para aquellos individuos y grupos que se encuentran en situación de desventaja, vulnerabilidad o que sufren discriminación. En tal sentido, Eguiguren Praeli insiste en que mientras la igualdad formal supone que todas las personas tienen derecho a que «la ley los trate y se les aplique por igual», la igualdad material exige que «la ley tienda además a crear igualdad

¹¹⁴ Eguiguren Praeli, Francisco, «Principio de igualdad y derecho a la no discriminación», en Id., *Estudios constitucionales*, op. cit., p. 96. En el mismo sentido, véase Defensoría del Pueblo, *La discriminación en el Perú...*, op. cit., pp. 32-33.

¹¹⁵ STC 00027-2006-PI/TC (caso del régimen laboral de los trabajadores agrarios), fundamento 4 (*El Peruano*, 2 de febrero de 2008); STC 0045-2004-AI/TC (caso PROFA 1), fundamento 20 (sitio web del Tribunal Constitucional, 31 de marzo de 2006); STC 0606-2004-AA/TC (caso Otoya Petit), fundamento 9 (sitio web del Tribunal Constitucional, 16 de agosto de 2005).

de condiciones y oportunidades para las personas»¹¹⁶. Mesía Ramírez adhiere a esta idea, anotando que «la cláusula de igualdad impone a los órganos del Estado una auténtica obligación de hacer y de actuar, a fin de obtener unos determinados resultados sociales»¹¹⁷.

Como se puede apreciar, igualdad y no discriminación operan en idéntico sentido que la cláusula de dignidad personal, examinada antes en el presente informe, esto es, toman exigible un deber positivo —es decir, de acción e intervención—, a cargo del aparato del Estado, con vistas a superar situaciones de desequilibrio o desventaja existentes, por razones estructurales, en la realidad social y política del país.

De allí que el Tribunal Constitucional sostenga que «el principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora», aclarando que «la vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”», y que, en adición a esto, «debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales»¹¹⁸.

Con más claridad aún, el alto tribunal aduce que «cuando el artículo 103° de la Constitución prevé la imposibilidad de dictar leyes especiales “en razón de las diferencias de las personas”, abunda en la necesaria igualdad formal prevista en el inciso 2) de su artículo 2°, según la cual el legislador no

¹¹⁶ Eguiguren Praeli, Francisco, «Principio de igualdad y derecho a la no discriminación», en *Id., Estudios constitucionales, op. cit.*, p. 100.

¹¹⁷ Mesía Ramírez, Carlos, *Derechos de la persona: dogmática constitucional, op. cit.*, p. 102.

¹¹⁸ STC 0001/0003-2003-AI/TC (caso del formulario registral), fundamento 11 (sitio web del Tribunal Constitucional, 27 de agosto de 2003).

puede ser generador de diferencias sociales; pero en modo alguno puede ser interpretado de forma que se limite el derecho y el deber del Estado de, mediante “acciones positivas” o “de discriminación inversa”, ser promotor de la igualdad sustancial entre los individuos»¹¹⁹.

La legitimidad constitucional de las «acciones positivas» o «afirmativas», dirigidas a remover condicionamientos estructurales que afectan a grupos en desventaja, situación de vulnerabilidad o que sufren discriminación en la sociedad, viene confirmada por la sentencia expedida por el supremo intérprete de la Constitución en el caso de las regalías mineras. En efecto, en esta ocasión, el Tribunal Constitucional aseveró que «debe tenerse en consideración que el Estado en algunas oportunidades promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándole ventajas, incentivos o, en general, tratamientos más favorables» y que «esto es lo que en doctrina constitucional se conoce como “discriminación positiva o acción positiva – *affirmative action*—”, cuya finalidad «no es otra que compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente», persiguiendo «que dichos grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran con acciones concretas del Estado»¹²⁰.

Por su parte, León y Hurtado, al examinar la realidad nacional por lo que se refiere a estas políticas o medidas de igualación material de grupos vulnerables o en desventaja, estiman que «el punto de partida de las acciones afirmativas en Perú fue reconocer que en la sociedad existen desigualdades por asuntos de raza, clase, género, etnicidad, discapacidad, edad, entre otras,

¹¹⁹ *Ibid.*, fundamento 12.

¹²⁰ STC 0048-2004-AI/TC (caso de las regalías mineras), fundamento 63 (*El Peruano*, 7 de abril de 2005). Distintos artículos de la Carta, de aplicación específica o concreción de la cláusula general de igualdad y no discriminación, apuntan en la misma dirección de fundamentar la legitimidad constitucional de las «acciones afirmativas», tales como el artículo 26.1, relativo al principio de «igualdad de oportunidades sin discriminación» en materia laboral, y, en especial, el artículo 59, ubicado en el título referido al «régimen económico», conforme al cual «el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad».

las que se expresan en prácticas discriminatorias y excluyentes hacia ciertos sujetos o grupos vulnerables», de manera que «en tales circunstancias, estos sujetos no se encuentran en igualdad de condiciones o no tienen las mismas oportunidades que los demás, pues aun cuando la Constitución consagre la igualdad ante la ley, con frecuencia ésta no se expresa en una situación de igualdad en los hechos»; por tal razón, «la acción afirmativa busca corregir, emparejar, superar o nivelar tales desigualdades»¹²¹.

De parecer semejante es la Defensoría del Pueblo, institución que defiende la legitimidad constitucional de las acciones afirmativas en el Perú, recalando que «surgen como una necesidad o imperativo para evitar que determinados grupos humanos continúen discriminados», por lo que se trata de «medidas que benefician a un grupo de personas afectado por una situación de desventaja», e «implican el tratamiento diferenciado para mejorar sus posibilidades de obtener un bien o derecho, en particular cuando la realidad presenta condiciones desfavorables, desiguales e injustificadas que impidan un acceso a dicho bien o derecho otorgándoles ventajas, incentivos o, en general, tratamientos más favorables»¹²².

De este modo, las preocupaciones de un sector de la doctrina debido a que la parquedad de la Constitución podría dificultar el reconocimiento de las acciones afirmativas¹²³, se han visto disipadas en virtud del desarrollo conceptual y jurisprudencial sobre la materia experimentado en el país, desarrollo que, por lo demás, ha tenido lugar en un contexto normativo de amplio reconocimiento de esta clase de regulaciones en diversas leyes

¹²¹ León, Magdalena y Hurtado, Lourdes, *Acción afirmativa hacia democracias inclusivas: Perú*, Santiago de Chile, Fundación Equitas, 2005, p. 49.

¹²² Defensoría del Pueblo, *La discriminación en el Perú...*, op. cit., pp. 42-43.

¹²³ Véase Eguiguren Praeli, Francisco, «Principio de igualdad y derecho a la no discriminación», en Id., *Estudios constitucionales*, op. cit., pp. 109-110.

y planes de acción diseñados para promover la igualdad real de grupos específicos¹²⁴.

Debe entenderse, en fin, que la Constitución peruana vigente proscribiera tanto la discriminación directa como la indirecta. Es decir, la prohibición constitucional alcanza no sólo a aquella diferenciación arbitraria e injustificada —carente de causas objetivas y razonables— que se apoya en características de las personas «que no se encuentran vinculadas directamente con sus capacidades» («discriminación directa»), sino también a la que se produce «cuando a partir de tratamientos aparentemente neutrales o formalmente no discriminatorios se generan, en la práctica, consecuencias perjudiciales para determinada persona o grupo de personas» («discriminación indirecta»)¹²⁵.

Esta categorización reviste la mayor importancia para un tema como el que se aborda en el presente informe, ya que determinadas regulaciones de orden civil o familiar (o de otros ámbitos del Derecho), que mediante una evaluación somera pudieran parecer neutrales en cuanto a sus efectos sobre los destinatarios de las normas, en realidad podrían tener impactos diferenciados si se considera la variable de la orientación sexual o la identidad de género de tales destinatarios, perjudicando en la práctica a las minorías de orientación homosexual.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha definido la discriminación indirecta

¹²⁴ Sin ánimo de exhaustividad, en materia de promoción de la igualdad de mujeres y hombres, además de un reconocimiento general a las acciones afirmativas en el artículo 4 de la ley 28983, «Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres» (*El Peruano*, 16 de marzo de 2007), el ordenamiento jurídico recoge normas sobre «cuotas electorales» para mujeres en el artículo 116 de la ley 26859, «Ley Orgánica de Elecciones» (*El Peruano*, 1º de octubre de 1997), y en el artículo 12 de la ley 27683, «Ley de elecciones regionales» (*El Peruano*, 15 de marzo de 2002). De otro lado, los artículos 33 y 36 de la ley 27050, «Ley general de la persona con discapacidad», establecen beneficios especiales en el acceso al empleo en entidades públicas para este grupo social (*El Peruano*, 6 de enero de 1999). En cuanto a los planes nacionales de promoción de la infancia y adolescencia, de la igualdad de oportunidades entre mujeres y varones, de las personas con discapacidad o de los adultos mayores, véase referencias normativas detalladas en Defensoría del Pueblo, *La discriminación en el Perú...*, op. cit., p. 45.

¹²⁵ Defensoría del Pueblo, *La discriminación en el Perú...*, op. cit., pp. 47.

como «una regla o medida que aparentemente puede ser neutra sin intención discriminatoria, pero que, con todo, da lugar a discriminación por su efecto adverso exclusivo o desmedido para una categoría de personas», habiendo estipulado además que «una discriminación indirecta puede resultar de no tratar situaciones diferentes en forma diferente si los resultados negativos de esto afectan exclusivamente o desproporcionadamente a personas de una determinada raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica u otra condición social»¹²⁶.

En parecidos términos se ha pronunciado la Corte IDH, al señalar que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, significa que «los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*», pero también que «los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas»¹²⁷. Es más, para la Corte IDH, «el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno», de suerte que «los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias»¹²⁸.

Y es que, para el máximo órgano jurisdiccional de derechos humanos en el hemisferio, «la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar

¹²⁶ Véase Palacios Zuloaga, Patricia, *La no discriminación: estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2006, p. 39.

¹²⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03, «Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados», del 17 de septiembre de 2003, párrafos 103 y 104.

¹²⁸ *Ibid.*, párrafo 88.

superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad», por lo que «no es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza»¹²⁹.

Se entiende, entonces, que la Corte IDH considere que «el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico», de manera que «hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición»; en definitiva, «este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general», ya que «en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*»¹³⁰.

En suma, el derecho-principio de igualdad, con sus dos mandatos derivados principales de «trato paritario pese a las diferencias» (o «prohibición de discriminación») y «trato diferente pese a las similitudes» (o «deber de promoción y protección de los desfavorecidos»), se halla consagrado en el ordenamiento constitucional peruano —el cual incorpora los contenidos desarrollados por el DIDH— y ha sido reconocido por la doctrina nacional y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, además de por la Defensoría del Pueblo. La protección de la norma suprema se extiende tanto a la igualdad ante la ley como a la igualdad en la ley, y supone que el Estado no sólo debe dictar leyes y otras

¹²⁹ *Ibíd.*, párrafo 87.

¹³⁰ *Ibíd.*, párrafo 101.

medidas que respeten y garanticen estos mandatos, sino también debe poner en vigor la legislación y adoptar las medidas necesarias para trascender la mera igualdad formal y conseguir la igualdad material, equiparando en la realidad a aquellos grupos que se hallan en situaciones de desventaja, vulnerabilidad o que sufren discriminación por razones estructurales de índole histórica o cultural. De otro lado, están proscritas por el ordenamiento constitucional tanto la discriminación directa como la indirecta, lo que obliga al Estado a asegurar que leyes y medidas de apariencia neutral en su formulación o enunciado no impliquen en la práctica un impacto adverso sobre ciertos grupos o colectivos sociales.

Ahora bien, por obvio que pueda parecer a algunos, una cuestión jurídica de especial relevancia en el Perú es la relativa a si la cláusula constitucional de igualdad y no discriminación —que, como se sabe, debe ser entendida a la luz del DIDH— brinda tutela, bajo las distintas formas que se acaba de examinar, a las personas de orientación sexual diversa. Recuérdese al respecto que, tal como se anotara antes, durante el debate de la reforma constitucional (año 2002) y, más tarde, con ocasión de la aprobación del *Plan Nacional de Derechos Humanos 2006-2010* (año 2005), hubo una fuerte corriente de resistencia a la inclusión de artículos y párrafos expresos que declararan tal protección, corriente conservadora que terminó por imponerse.

En términos jurídicos, la cuestión debe encuadrarse en la naturaleza y el alcance de la enumeración contenida en el artículo 2.2 de la Constitución. Lo primero que debe remarcar es que la Carta de 1993, a diferencia de su predecesora, la de 1979, contiene una enumeración «abierta», siguiendo en esto la fórmula adoptada por el PIDCP (artículo 26)¹³¹. Ello quiere decir que los motivos de discriminación posible no son sólo los que la propia Constitución reconoce de modo expreso, sino también aquellos «de cualquier otra índole» o análogos a los motivos prohibidos enumerados por la Carta. El

¹³¹ La CADH no contiene una enumeración de motivos prohibidos en su artículo 24, que recoge la cláusula general de igualdad y no discriminación, pero sí lo hace en su artículo 1.1, que consagra el deber estatal de respetar y garantizar los derechos reconocidos por la Convención, sin discriminación alguna (cláusula de discriminación subordinada).

propio texto constitucional admite, entonces, la posibilidad de que existan prácticas discriminatorias prohibidas por razones no enumeradas, lo que debe entenderse en el sentido de comprender la «orientación sexual» como motivo prohibido.

Las primeras constituciones que mencionan explícitamente la característica de la «orientación sexual» como criterio sospechoso de discriminación son las alemanas de los años noventa: la de Brandemburgo de 1992 (artículo 12.2), la de Turingia de 1993 (artículo 2.3) y la de Berlín de 1995 (artículo 10.2)¹³². Posteriormente, la Constitución de Sudáfrica de 1996 también incluyó la prohibición de discriminación por «orientación sexual» junto al sexo y el «género», entre otros motivos prohibidos (artículo 9.3). En fecha más reciente, y en un país mucho más próximo al Perú en términos culturales, la Constitución de Ecuador de 2008 contiene asimismo una cláusula general de igualdad y no discriminación que recoge de modo expreso la proscripción de actos discriminatorios fundados en la «orientación sexual» de las personas, junto al sexo y la «identidad de género», entre otras causales, agregando que «el Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad» (artículo 11.2).

En cuanto a los instrumentos internacionales, la regulación más avanzada proviene del ámbito europeo, donde el Tratado de la Comunidad Europea (artículo 13), conforme a las modificaciones introducidas mediante el Tratado de Ámsterdam —suscrito el 2 de octubre de 1997 y en vigor desde el 1º de mayo de 1999—, concede poderes a la Comunidad Europea para combatir la discriminación por orientación sexual. También el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que fuera aprobado el 29 de octubre de 2004 y que aún no ha podido entrar en vigor, contiene mandatos específicos

¹³² Véase Rey Martínez, Fernando, «Homosexualidad y Constitución», *op. cit.*, p. 116 (nota 18).

prohibitivos de la discriminación por orientación sexual (artículos II.81 y III.118), que son dignos de mención como antecedentes a tener en cuenta¹³³.

De cualquier modo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEPDHLF) —cuyo texto original, varias veces modificado posteriormente, data de 1950—, incorpora una cláusula de igualdad y no discriminación en el aseguramiento de los derechos que el convenio otorga, sin mención expresa de la orientación sexual como motivo prohibido (artículo 14), por lo que su interpretación plantea los mismos problemas que el PIDCP y todas aquellas constituciones políticas que, como la peruana, no mencionan la orientación sexual como causal de discriminación, pero incluyen una enumeración abierta de motivos prohibidos.

Por lo que se refiere a los instrumentos internacionales de ámbito regional, es de mencionar en lugar destacado la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, que fue adoptada por los presidentes de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, reunidos en el Consejo Presidencial Andino (Guayaquil, 26 de julio de 2002), en cuya virtud los países miembros de la Comunidad Andina adoptan reglas específicas de reconocimiento de los derechos de las personas que integran las minorías sexuales y, en particular, de protección contra las prácticas discriminatorias fundadas en la orientación sexual.

Así, la Carta Andina estipula que los países miembros de la Comunidad Andina «reconocen que las personas, cualesquiera sean su orientación u opción sexuales, tienen iguales derechos humanos que todas las demás» (artículo 52). De otro lado, la Carta señala que los Estados andinos «combatirán toda forma de discriminación a individuos por motivos de su orientación u opción sexuales, con arreglo a las legislaciones nacionales y, para ello, prestarán

¹³³ *Ibíd.*, p. 128; véase también Abad Yupanqui, Samuel, «Prólogo» a AA.VV., *El derecho como campo de lucha: orientación sexual e identidad de género*, op. cit., p. 7.

especial atención a la prevención y sanción de la violencia y discriminación contra las personas con diversa orientación u opción sexual, y la garantía de recursos legales para una efectiva reparación por los daños y perjuicios derivados de tales delitos» (artículo 53).

Si bien la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos no constituye un tratado, sino una declaración conjunta de los presidentes del área, este instrumento ha establecido una disposición final que prevé la posibilidad de tornarse vinculante si así es decidido por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en el momento oportuno (artículo 96, párrafo 2), y, en cualquier caso, tiene un valor sustantivo como un antecedente normativo internacional que compromete la voluntad del Estado peruano hacia la aplicación de sus preceptos.

En lo que atañe a la jurisprudencia internacional, el Tribunal EDH ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de si el CEPDHLF protege o no, mediante la enumeración abierta de su artículo 14, frente a la discriminación por orientación sexual. En efecto, en el caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal* (2000), el alto tribunal europeo estableció que asignar, en un proceso de divorcio, la custodia de una hija a la madre y no al padre, fundando la decisión judicial exclusivamente en la homosexualidad de éste (quien además llevaba vida de pareja con otro hombre), constituye un supuesto de discriminación prohibido, ya que la orientación sexual «es un concepto que está indudablemente cubierto por el artículo 14 de la Convención», por lo que «la Corte reitera en relación a ello que la lista establecida en esta disposición es ilustrativa y no exhaustiva, como muestran las palabras “sin distinción alguna, especialmente por” [empleadas por dicho artículo 14]»¹³⁴.

En el caso *Fretté vs. Francia* (2002), pese a desestimar la demanda que pretendía considerar discriminatoria la prohibición de adopción de hijos por personas homosexuales —sobre la base del margen de apreciación amplio

¹³⁴ Tribunal EDH, caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, sentencia del 21 de marzo de 2000, párrafo 28 (traducción del autor).

que corresponde a los Estados en esta materia—, el Tribunal EDH reiteró los conceptos vertidos en el caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, acerca de que la orientación sexual es un criterio de discriminación prohibido que se halla comprendido en la enumeración abierta del artículo 14 del CEPDHLF, ratificando, en consecuencia, su desarrollo jurisprudencial¹³⁵.

Tanto o más interesante, empero, puede ser lo resuelto en el caso *Karner vs. Austria* (2003), donde el Tribunal EDH determinó que la legislación austriaca, al no extender el derecho de subrogación en el alquiler de un inmueble al miembro sobreviviente de una relación homosexual estable, como sí lo hacía con las parejas concubinarias de distinto sexo, incurría en violación de la cláusula convencional que proscribía la discriminación por orientación sexual, contenida en el artículo 14 (en conexión con el artículo 8, relativo al derecho al respeto de la vida privada). El alto tribunal europeo arguyó, como fundamento de su decisión, que «justo como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias basadas en la orientación sexual requieren razones particularmente serias a manera de justificación» —esto es, un escrutinio estricto o fuerte—, y que «en casos en los cuales el margen de apreciación reconocido a los Estados es estrecho, como ocurre cuando hay una diferencia de trato basada en el sexo o la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no requiere meramente que la medida elegida sea en principio idónea para lograr el fin perseguido», sino que «debe también demostrarse que sea necesaria en orden a alcanzar tal fin, excluyendo a determinadas categorías de personas, en este caso, personas que viven en una relación homosexual»¹³⁶.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, si bien ha considerado asimismo que las prácticas discriminatorias por razón de orientación sexual están prohibidas por el PIDCP, lo ha hecho sobre la base de una argumentación distinta, que conviene examinar con cuidado. Y es que, para el Comité de Derechos Humanos la orientación sexual es un criterio

¹³⁵ Tribunal EDH, caso *Fretté vs. Francia*, sentencia del 26 de mayo de 2002, párrafo 32.

¹³⁶ Tribunal EDH, caso *Karner vs. Austria*, sentencia del 24 de julio de 2003, párrafos 37 y 41 (traducción del autor).

proscrito tanto por el artículo 26 (cláusula de discriminación autónoma) como por el artículo 2.1 (cláusula de discriminación subordinada) del Pacto, pero no por estar comprendido dentro del concepto residual «cualquier otra condición social», empleado en estas disposiciones convencionales, sino por estar incluido en el criterio explícito de «sexo».

Así, en el caso *Toonen vs. Australia* (1994), ya antes mencionado en el presente informe, el Comité de Derechos Humanos, al responder a la petición de asesoramiento del Estado australiano sobre la cuestión de si la inclinación sexual puede considerarse «otra condición social» a los fines del artículo 26, PIDCP, tras indicar que «la misma cuestión podría plantearse en relación con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto», dejó establecido que «a su juicio, se debe estimar que la referencia al “sexo”, que figura en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26, incluye la inclinación sexual»¹³⁷.

Este criterio, sin embargo, parece discutible en términos conceptuales, ya que difícilmente puede sostenerse que la elección individual en materia de opción sexual es reconducible a la caracterización de las personas por sus rasgos físicos o anatómicos, en especial, si asumimos la noción de «género» como una categoría que, precisamente, permite distinguir entre el sexo biológico y las construcciones culturales y sociales a que están expuestos los individuos en la formación de su personalidad e identidad, incluyendo en lugar privilegiado la esfera de la sexualidad¹³⁸.

De allí que ni el Tribunal EDH ni el Tribunal de Justicia Europeo, como tampoco los órganos jurisdiccionales ordinarios de Alemania, se hayan hecho eco de esta conceptualización¹³⁹. De allí también que, en el terreno doctrinal, haya

¹³⁷ Comité de Derechos Humanos de la ONU, «Observaciones relativas a la Comunicación núm. 488/1992» (caso *Toonen vs. Australia*), documento CCPR/C/50/D/488/1992, del 4 de abril de 1994 (español), párrafo 8.7.

¹³⁸ Véase Villanueva Flores, Rocío, «Análisis del Derecho y perspectiva de género», en AA.VV., *Sobre género, Derecho y discriminación*, Lima, Defensoría del Pueblo, 1999, pp. 12-13.

¹³⁹ Véase Lösing, Norbert, «Los derechos humanos en las parejas del mismo sexo», en Kemelmajer de Carlucci, Aída, *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, Tomo I, pp. 119-120.

generado polémica, ya que mientras algunos analistas adhieren a ella, otros autores han formulado reservas de orden teórico¹⁴⁰. No obstante, como indica Palacios Zuloaga, cuando el Comité incluyó la «orientación sexual» dentro del criterio de «sexo», en realidad «lo que hizo fue determinar que era una categoría sospechosa, fortaleciendo de esta manera su protección», puesto que así «resulta mucho más difícil justificar una distinción basada en él», lo que no sucede con la «categoría de “otra condición social” cuya carga probatoria es menor para el Estado demandado», por lo que esta autora opina que «la incompatibilidad conceptual entre la orientación sexual y el sexo es de menor importancia que el beneficio que resulta de entender aquel criterio de diferenciación como categoría sospechosa»¹⁴¹.

Se trata, pues, en este último caso, de un planteamiento que antepone consideraciones prácticas a la consistencia teórica o conceptual, aunque orientado por el propósito de proporcionar la mayor protección posible a los derechos humanos. Como quiera que fuere, queda claro que, dada la semejanza esencial entre la prohibición de discriminación por sexo y la que se sustenta en la orientación sexual, resulta exigible la realización de un escrutinio estricto respecto de la introducción de la distinción basada en uno u otro de estos motivos prohibidos, tal como, por lo demás, ha declarado el Tribunal EDH en el caso Karner vs. Austria, comentado anteriormente en el presente informe.

De otro lado, en el ámbito de la jurisdicción constitucional, es de resaltar que la Corte Constitucional de Colombia tiene también una línea jurisprudencial

¹⁴⁰ Véase, entre los defensores de esta propuesta de categorización, Fernández Revoredo, Marisol, «Avances hacia el reconocimiento de derechos para las personas LGBT: sobre cómo el Tribunal Constitucional peruano ha contribuido a ello», *op. cit.*, p. 14; DEMUS y MHOL, «Discriminación por orientación sexual en Perú: situación de las lesbianas, trans, gays y bisexuales en Perú» (documento entregado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), *op. cit.*, p. 22; Bernal Ballesteros, Enrique, *La Constitución de 1993: análisis comparado*, *op. cit.*, p. 120. Entre quienes mantienen una actitud crítica o ciertas reservas, véase Lösing, Norbert, «Los derechos humanos en las parejas del mismo sexo», *op. cit.*, pp. 119-121 y 131; Palacios Zuloaga, Patricia, *La no discriminación: estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*, *op. cit.*, p. 78.

¹⁴¹ Palacios Zuloaga, Patricia, *ibid.*

consolidada sobre la cuestión de la orientación sexual como motivo discriminatorio no enumerado pero prohibido por la Constitución. Así, en el caso de la sanción de la homosexualidad en las fuerzas militares (1994), la alta corte colombiana aseveró, terminantemente, que la homosexualidad «no puede significar un factor de discriminación social»¹⁴².

Más tarde, en el caso de la homosexualidad como falta disciplinaria de los docentes (1998), el supremo intérprete de la Carta colombiana sostuvo que, de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, la homosexualidad es «una orientación sexual legítima, que constituye un elemento esencial e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual goza de una protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad», de suerte que «todo trato diferente fundado en la homosexualidad de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometido a un control constitucional estricto»¹⁴³.

Por último, en el caso del desfile gay en Neiva (2000), la Corte Constitucional estimó que «la Carta, al elevar a la condición de derecho fundamental la libertad en materia de opciones vitales, permite que la homosexualidad —como alternativa o como inclinación sexual diversa—, se encuentre protegida y no constituya en sí misma un factor de discriminación social que justifique un tratamiento desigual», agregando que «en el caso específico de los homosexuales, la diferencia en el trato que el Estado les dé en relación con otros grupos sociales, requiere además de una fundamentación que permita desvirtuar los llamados “criterios sospechosos”, es decir, aquellos criterios que han servido tradicionalmente como argumentos de persecución y estigmatización, en virtud de la simple diferencia por razón exclusiva de la orientación sexual»¹⁴⁴.

¹⁴² Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-097/94 (caso de la sanción de la homosexualidad en las fuerzas militares), de 7 de marzo de 1994, fundamento 30.

¹⁴³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-481/98 (caso de la homosexualidad como falta disciplinaria de los docentes), de 9 de septiembre de 1998, fundamentos 27 y 23.

¹⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-268/00 (caso del desfile gay en Neiva), de 7 de marzo de 2000, fundamentos 2 y 5.

La alta corte colombiana ha ratificado esta línea jurisprudencial en una decisión muy reciente, de gran trascendencia jurídica, política y social, en que se acusó de inconstitucionalidad a un conjunto de disposiciones normativas de distintos cuerpos legislativos por incurrir en discriminación fundada en la orientación sexual de las personas. Así, la Corte Constitucional, al acoger diversos extremos de la demanda, recordó que «en Colombia, la jurisprudencia constitucional en esta materia se ha desarrollado en una línea de conformidad con la cual (i) de acuerdo con la Constitución, está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual; (ii) existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras; (iii) corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la atención de la situación de quienes se encuentren en situación de marginamiento y, (iv) toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables sólo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente»¹⁴⁵.

A renglón seguido, «destaca la Corte que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, está proscrita, y da lugar a un escrutinio estricto, toda discriminación que se origine en la orientación sexual de las personas, y que ello se predica no sólo de las personas individualmente consideradas sino también en el ámbito de su relaciones de pareja, pero, advierte que, al mismo tiempo, no toda diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales puede tenerse como discriminatoria *per se*, ni considerarse fundada en la orientación sexual de las personas, en la medida en que puede surgir de las diferencias que existen entre unas parejas y otras»¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-029-2009 (caso de la inconstitucionalidad de diversas disposiciones legales), de 28 de enero de 2009, fundamento VI.3.

¹⁴⁶ *Ibid.*

A la luz de lo expuesto, parece entonces inobjetable que la cláusula genérica de igualdad y no discriminación, con su enumeración abierta de motivos prohibidos —que la Constitución peruana vigente recoge en su artículo 2.2—, debe ser interpretada en el sentido de incluir a la «orientación sexual» como uno de tales motivos prohibidos. Los recientes desarrollos del derecho constitucional comparado y del DIDH, tanto a nivel normativo como jurisprudencial, apuntan en esa dirección, lo que se ve apoyado igualmente por la doctrina. Una precisión debe hacerse, empero: la mejor ubicación conceptual de la discriminación por orientación sexual no es como parte integrante del criterio «sexo», mencionado expresamente por los tratados internacionales de derechos humanos y por la Constitución peruana de 1993, sino como un motivo prohibido no enumerado. No obstante, debe considerarse que tanto la distinción fundada en el criterio del sexo como aquella basada en la orientación sexual, al ser ambas «sospechosas», exigen un escrutinio estricto, es decir, una justificación de especial intensidad a cargo del Estado.

En apoyo de este entendimiento debe recordarse aquí que, según se ha referido en un acápite anterior del presente informe, en el ordenamiento constitucional peruano, el DIDH, incluyendo la jurisprudencia de los tribunales supranacionales competentes, forma parte del Derecho interno y tiene carácter vinculante y máximo rango jurídico, coadyuvando asimismo en la interpretación de las disposiciones constitucionales en virtud de la cláusula hermenéutica consagrada en la Cuarta de las Disposiciones Finales y Transitorias de la Constitución, así como en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Comparte este parecer la Corte Constitucional colombiana, que, en el caso del régimen patrimonial de las uniones homosexuales (2007), observa que «la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual se desprende de normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que de manera genérica proscriben toda forma de discriminación», anotando además que, más allá de esa dimensión normativa, «pronunciamientos de distintas instancias internacionales y tribunales de diferentes Estados han avanzado en

la definición del ámbito de protección de la persona y de la pareja homosexual, y en la identificación de factores que pueden considerarse discriminatorios en función de la orientación sexual de las personas»¹⁴⁷.

Como quiera que fuere, distintos constitucionalistas peruanos han puesto de relieve el carácter abierto de la enumeración contenida en la cláusula general de igualdad y no discriminación del artículo 2.2 de la Carta peruana de 1993, inclusive elogiando la amplitud de su cobertura indeterminada¹⁴⁸. A su turno, otras comentaristas nacionales, al analizar la problemática de la discriminación por orientación sexual, han sostenido que el enunciado constitucional relativo a motivos discriminatorios prohibidos «de cualquier otra índole» comprende las prácticas discriminatorias contra las minorías sexuales fundadas en su opción sexual¹⁴⁹. Pese a las resistencias de ciertos grupos de pensamiento conservador y con influencia política en la sociedad peruana (determinados sectores de la jerarquía de la Iglesia Católica y de las Fuerzas Armadas), esta concepción, que está en consonancia con la aceptación de la diversidad y el pluralismo que deben distinguir al Estado constitucional y democrático de Derecho, comienza a abrirse paso en el país.

Así, ante todo, el Código Procesal Constitucional, que entró en vigor el 30 de noviembre de 2004¹⁵⁰, ha interpretado y desarrollado la normativa constitucional disponiendo, de manera expresa, que el proceso constitucional de amparo procede en defensa del derecho de igualdad y de no ser discriminado por «orientación sexual» (artículo 37.2). De este modo, comienza a romperse, a

¹⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-075/07 (caso del régimen patrimonial de las uniones homosexuales), del 7 de febrero de 2007, fundamento 5.

¹⁴⁸ Véase Eguiguren Praeli, Francisco, «Principio de igualdad y derecho a la no discriminación», en *Id.*, *Estudios constitucionales*, *op. cit.*, p. 108; Bernalles Ballesteros, Enrique, *La Constitución de 1993: análisis comparado*, *op. cit.*, p. 122; Rubio Correa, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, *op.cit.*, tomo I, p. 143.

¹⁴⁹ Véase la intervención de Marisol Fernández Revoredo, en AA.VV., «Acerca de la problemática de las uniones homosexuales: matrimonio y adopción (mesa redonda)», *op. cit.*, pp. 304-305.

¹⁵⁰ La ley 28237, ley orgánica aprobatoria del Código Procesal Constitucional (*El Peruano*, 31 de mayo de 2004), dispuso en la segunda de sus disposiciones transitorias y derogatorias que el código entraría en vigor seis meses después de su publicación.

nivel jurídico legislativo, el cerco de silenciamiento y desprotección que existía respecto de los derechos de las minorías sexuales en el Perú —en particular, respecto de su derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación—, que ha sido objeto de comentario en un acápite anterior del presente informe¹⁵¹.

Es, pues, entendible que la nueva regulación haya sido recibida en términos encomiásticos por sus destinatarios. Así, se ha dicho que lo novedoso del código es que «por primera vez se reconoce y garantiza, en un instrumento constitucional de esta envergadura, la orientación sexual de las personas como objeto de protección legal mediante el recurso de amparo» y que «cabe destacar que esta nueva herramienta legal es inédita en América Latina», ya que «después de la Constitución del Ecuador, es la norma con mayor jerarquía en Latinoamérica que reconoce la necesidad de cautelar el derecho de las personas a la no discriminación por su orientación sexual»¹⁵².

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha iniciado la construcción paulatina de una jurisprudencia sobre la vulneración constitucional del derecho-principio de igualdad y no discriminación en que se incurre mediante la introducción de distinciones que se basan en la orientación sexual de las personas (carentes de causa objetiva y razonable). Un primer paso para ello fue la decisión adoptada en el caso de la demanda de inconstitucionalidad presentada por la Defensoría del Pueblo contra el artículo 269 del Código de Justicia Militar (entre otros), ya que, como se ha indicado antes en este mismo informe, en tal ocasión el supremo intérprete constitucional consideró que las regulaciones del mencionado código, prohibiendo los actos homosexuales entre miembros de las Fuerzas Armadas, vulneraban el principio de igualdad,

¹⁵¹ Abad Yupanqui acota que el Código Procesal Constitucional «visibiliza algunos supuestos específicos de discriminación, como sucede con la prohibición de discriminación por orientación sexual, inspirándose en lo dispuesto por el Tratado de Amsterdam firmado el 2 de octubre de 1997 (artículo 6.a) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 21.1) firmada el 7 de diciembre de 2000». Véase Abad Yupanqui, Samuel, *El proceso constitucional de amparo*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, pp. 104-105.

¹⁵² Movimiento Homosexual de Lima (MHOL) (Bracamonte, Jorge y Álvarez, Roland, eds.), *Informe anual 2005...*, op. cit., pp. 107 y 108.

e incluso llegó a hablar, en relación a los destinatarios de la norma punitiva del código, de «derecho fundamental a la no discriminación»¹⁵³.

Aunque esta primera sentencia omitió hacer una evaluación del caso a la luz del mandato de no discriminación, y por lo tanto desaprovechó la oportunidad de identificar la orientación sexual como un motivo prohibido o un criterio sospechoso, y aunque no tuvo en cuenta que las personas homosexuales son un grupo que sufre discriminación histórica y que por ello se encuentra en situación de vulnerabilidad especial, todo lo cual hubiera llevado a sostener la necesidad de aplicar un escrutinio estricto respecto de la necesidad de justificación del Estado¹⁵⁴, el Tribunal Constitucional consideró que la disposición legal acusada incurría en vulneración del principio de igualdad y no discriminación, lo que representó un avance inicial¹⁵⁵.

En los procesos relativos a los derechos de personas transexuales que le ha tocado resolver, el Tribunal Constitucional ha desarrollado importantes consideraciones sobre los derechos de libertad de quienes forman parte de minorías sexuales, las que han sido examinadas y valoradas en un acápite anterior del presente informe. No obstante, el supremo intérprete de la Constitución no relacionó dichos casos con una eventual violación del derecho-principio de igualdad y no discriminación¹⁵⁶.

Más bien, en fecha reciente, el alto tribunal peruano se refirió de manera explícita y precisa a la cuestión de la discriminación por orientación sexual, en relación a una causa de hábeas corpus en que se discutía si la reclamante tenía derecho a

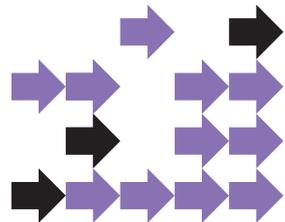
¹⁵³ STC 0023-2003-AI/TC (caso del Código de Justicia Militar), fundamentos 87.c y 87.g y epígrafe del acápite 9 (sitio web del Tribunal Constitucional, 28 de octubre de 2004).

¹⁵⁴ Véase Fernández Revoredo, Marisol, «Avances hacia el reconocimiento de derechos para las personas LGBT: sobre cómo el Tribunal Constitucional peruano ha contribuido a ello», *op. cit.*, p. 14.

¹⁵⁵ De allí que, para Jeannette Llaja, si bien el Tribunal Constitucional «no hizo un desarrollo conceptual, determinó que la orientación sexual no es una razón objetiva ni razonable para hacer diferencias» [sic]. Véase Llaja, Jeannette, *Discriminación por orientación sexual: no hay igualdad sin visibilidad*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁵⁶ STC 2868-2004-AA/TC (caso Álvarez Rojas) (sitio web del Tribunal Constitucional, 7 de febrero de 2005); STC 02273-2005-PHC/TC (caso Quiroz Cabanillas) (*El Peruano*, 24 de octubre de 2005).

la visita íntima en su condición de condenada por delito de terrorismo recluida en un centro penitenciario, caso también comentado antes en el presente informe. El Tribunal consideró violados los derechos de la beneficiaria al libre desarrollo de la personalidad y a la integridad personal, y, en consideraciones laterales (*obiter dicta*), que parecen anunciar un futuro desarrollo principal y específico sobre la materia apenas haya ocasión para ello, dejó anotado que «la permisión de la visita íntima no debe sujetarse a ningún tipo de discriminación, ni siquiera aquellas que se fundamenten en la orientación sexual de las personas privadas de su libertad», y que «en estos casos la autoridad penitenciaria, al momento de evaluar la solicitud de otorgamiento, deberá exigir los mismos requisitos que prevé el Código de Ejecución Penal y su Reglamento para las parejas heterosexuales»¹⁵⁷.



¹⁵⁷ STC 01575-2007-PHC/TC (caso Venturo Ríos), fundamento 28 (sitio web del Tribunal Constitucional, 17 de abril de 2009).



IV. Modalidades de protección constitucional a uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo

A la luz de lo expuesto, queda establecido que la Constitución otorga protección a las personas homosexuales e impone al legislador democrático el deber de aprobar leyes orientadas a desarrollar y asegurar tal protección, pues, de otro modo, se lesionaría derechos y principios fundamentales del ordenamiento constitucional, tales como los de dignidad de las personas, garantía de los derechos humanos, libertad y seguridad personales, intimidad y privacidad, libre desenvolvimiento de la personalidad, derechos sexuales e igualdad y no discriminación.

La cuestión es ahora determinar cuáles son las modalidades de tutela jurídica a las uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo, admisibles conforme a la Constitución. El debate se da en torno a las figuras del matrimonio, el concubinato, la unión civil y la inscripción en un Registro especial. ¿Son, todas o al menos alguna de estas instituciones, idóneas, en términos constitucionales, para brindar tutela legal a las parejas integradas por personas homosexuales? En ausencia de regulaciones expresas en la Constitución, ¿cuáles son los cauces que ésta fija para elegir un modelo de protección jurídica de las uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo?

Lo primero que debe dilucidarse es, entonces, si la Constitución permite a las parejas homosexuales casarse y quedar sujetas al régimen jurídico propio de la institución matrimonial, o si, por el contrario, la heterosexualidad es un elemento esencial del matrimonio según la Carta.

IV.1. LA ALTERNATIVA DEL MATRIMONIO: LAS LIMITACIONES CONSTITUCIONALES

La regulación constitucional del matrimonio es muy escueta en el Perú. La Norma Suprema apenas dice que la comunidad y el Estado, además de proteger especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono, «también protegen a la familia y promueven el matrimonio», reconociendo, en fin, a estos últimos como «institutos naturales y fundamentales de la sociedad», y encomendando a la ley la disciplina acerca de «la forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución» (artículo 4).

De otro lado, el Congreso Constituyente de 1993 previó las uniones concubinarias y, con una redacción casi idéntica a la que empleó su antecesor de 1979, dispuso que «la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable» (artículo 5).

Conviene comenzar llamando la atención sobre la divergencia entre los mandatos constitucionales referidos a la familia y al matrimonio. En efecto, si bien ambas figuras son calificadas de «institutos naturales y fundamentales de la sociedad», respecto de la primera —la familia— se estatuye un deber estatal de «protección», mientras en relación a la segunda —el matrimonio— se estipula un deber de «promoción» a cargo del Estado.

Esta diferente textura de los enunciados constitucionales sobre la familia y el matrimonio puede resultar significativa, sobre todo si se tiene en cuenta que

la Carta anterior equiparaba ambas instituciones fijando un deber estatal de «protección» (artículo 5). Por contraste, el texto de 1993 parece sugerir que sus autores quisieron reforzar la tutela de la institución familiar, sin afectar empero a la institución matrimonial, la que queda cubierta por el deber promocional a cargo de los poderes públicos¹⁵⁸.

La acentuación constitucional de la tutela estatal sobre la familia no matrimonial encontraría explicación en el reconocimiento, por el Constituyente de 1993, de la compleja y multiforme realidad familiar del Perú de fines del siglo XX. Estaríamos, pues, ante una mayor conciencia constitucional respecto de la proliferación de formas familiares en un país de pobreza extendida, gran diversidad étnica y cultural, y acelerada urbanización y modernización. Y es que, como señala Vega Mere, «los modelos alternativos de constitución de un grupo familiar suponen una nueva fase en la evolución de una realidad dinámica en la que el modelo institucional (esto es, el matrimonial) parece condenado a compartir su reinado con otros tipos de familia», por lo que resulta innegable que vivimos «un proceso de erosión del modelo legal de la familia», erosión que proviene «del pluralismo que deriva de opciones de lo más diversas: familias sin matrimonio, familias sin hijos, familias monoparentales, familias recompuestas, aun cuando se trate de grupos minoritarios...»¹⁵⁹.

Desde luego, que el Estado tenga ahora el deber constitucional de «proteger» a la familia y el de «promover» el matrimonio no significa que la institución matrimonial carezca de relevancia o haya perdido centralidad para la Carta de 1993. Recuérdese que el matrimonio es considerado una «institución fundamental de la sociedad» por la Constitución vigente (artículo 4), a diferencia de lo que estipulan los instrumentos internacionales de derechos humanos, que reservan

¹⁵⁸ Rubio Correa cree que la distinta redacción trae un cambio de significado entre una Constitución y la otra, pero estima que el deber de protección estatal al matrimonio queda comprendido en el deber promocional, que es el único que la Constitución de 1993 declara de manera explícita respecto de la institución matrimonial. Véase Rubio Correa, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993, op.cit.*, tomo II, p. 16.

¹⁵⁹ Vega Mere, Yuri, «La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales», en *Id.*, *Las nuevas fronteras del Derecho de Familia*, Lima, Editora Normas Legales, 2003, pp. 59 y 60.

tal calificación sólo a la «familia»¹⁶⁰. La nueva fórmula constitucional únicamente subraya que, desde un punto de vista histórico y comparativo, la emergencia de la familia no matrimonial y de su diversidad de formas y expresiones fue una de las razones que llevó al constituyente finisecular a otorgar expresamente un mayor peso a las tareas tutelares del Estado en el ámbito familiar, sin limitarse al matrimonio como forma tradicional de fundar la familia legal.

Como quiera que fuere, la parquedad constitucional en materia de matrimonio y familia exige, con especial énfasis, el concurso de las regulaciones del DIDH, a fin de poder complementar y precisar los contenidos y alcances de las disposiciones constitucionales. Varias cuestiones deben ser esclarecidas. Ante todo, ¿estamos ante un derecho fundamental?, ¿tienen las personas un derecho fundamental al matrimonio?, ¿cuál es la naturaleza jurídica del matrimonio a la luz de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos? Por otra parte, sea que estemos ante un derecho fundamental o ante una mera institución constitucional que no confiere derechos subjetivos, ¿cuál es su contenido esencial o cuáles son sus rasgos esenciales, esto es, aquellos sin los que la institución constitucional resultaría desfigurada? Por último, y en particular, ¿tienen derecho a contraer matrimonio entre sí las personas homosexuales?, ¿es obligatorio, prohibido o permitido, conforme a la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, aprobar legislación que regule las uniones conyugales entre personas del mismo sexo?

La primera cuestión, la relativa a la naturaleza jurídica del matrimonio, viene planteada no sólo por el texto lacónico de la Constitución, sino también por su ubicación sistemática y, en especial, por la doctrina jurisprudencial elaborada por el Tribunal Constitucional. En efecto, conforme a una interpretación *sedes materiae*, es de resaltar que el artículo 4 se halla bajo el epígrafe «De los derechos sociales y económicos», correspondiente al Capítulo II del Título I de la Constitución —denominado «De la persona y de la sociedad»—, de modo que contrasta con los derechos agrupados en el Capítulo I de este mismo Título, a

¹⁶⁰ Artículo 16.3, Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); artículo 17.1, CADH; artículo 23.1, PIDCP.

los que se califica de «Derechos fundamentales de la persona». ¿Quiere decir, entonces, que el matrimonio no es un derecho fundamental, puesto que se encuentra regulado fuera de este Capítulo I?

La respuesta debe ser negativa, ya que las dudas que se pudieran suscitar aplicando solo el criterio de la ubicación sistemática de la disposición, se ven despejadas al constatar la operatividad conjunta de la cláusula de derechos fundamentales implícitos y las garantías constitucionales de orden procesal (artículos 3 y 200, Const.). Y es que la cláusula de derechos fundamentales no enumerados permite afirmar que existen otros derechos de idéntica naturaleza y rango jurídico supremo, que la Constitución consagra fuera de su capítulo inicial, incluyendo algunos no mencionados de modo expreso, que podrían devenir reconocidos, por ejemplo, mediante la aplicación del DIDH, según se expuso en un acápite anterior del presente informe. De otro lado, una interpretación declarativa y sistemática, que respete los principios de «unidad de la Constitución» y «concordancia práctica», muestra que la protección de los derechos fundamentales mediante los procesos constitucionales (hábeas corpus, amparo, etcétera) no se reduce a aquellos derechos consagrados en el Capítulo I de la Constitución, sino que se extiende a todo derecho que ésta reconoce, cualquiera sea su ubicación sistemática y cualquiera su modo de incorporación a la Carta¹⁶¹.

Por lo que se refiere a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, ocurre que éste ha señalado, en decisiones reiteradas y uniformes, que «del artículo 4° de la Norma Fundamental no es posible derivar un derecho *constitucional* al matrimonio» y que «más que de unos derechos fundamentales a la familia y al matrimonio, en realidad, se trata de dos *institutos jurídicos constitucionalmente*

¹⁶¹ El Tribunal Constitucional tiene establecido que «los principales criterios de interpretación constitucional son los de *unidad y concordancia práctica*, el primero de los cuales exige concebir a la Constitución como un todo plenamente armónico e internamente coherente, y el segundo, resolver toda aparente tensión entre sus disposiciones “optimizando” su contenido normativo en conjunto, teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional se encuentra orientado a proteger los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1° de la Constitución)». Véase STC 2730-2006-PA/TC (caso Castillo Chirinos), fundamento 6 (*El Peruano*, 5 de agosto de 2006); STC 5854-2005-PA/TC (caso Lizana Puelles), fundamentos 12.a y 12.b (sitio web del Tribunal Constitucional, 8 de noviembre de 2005).

garantizados», añadiendo que de este modo «la protección constitucional que sobre el matrimonio pudiera recaer se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial»¹⁶². Así, siempre según el Tribunal Constitucional, «se trata de una garantía sobre el instituto que, por cierto, no alcanza a los derechos que con su celebración se pudieran generar, los mismos que se encuentran garantizados en la legislación ordinaria y, particularmente, en el Código Civil», de suerte que «desde una perspectiva constitucional, no cabe el equiparamiento [sic] del matrimonio como institución con el derecho de contraer matrimonio, aunque entre ambos existan evidentes relaciones»¹⁶³.

Estas afirmaciones, sin embargo, están en abierta contradicción con lo previsto en la CADH y en el PIDCP, tratados internacionales en los que «se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia», siempre que se cumplan los requisitos de edad y las condiciones fijadas por la ley para ello¹⁶⁴. Si, como ha sido expuesto en un acápite anterior de este informe, los tratados internacionales de derechos humanos forman parte del Derecho peruano y tienen máxima jerarquía jurídica, siendo además, junto a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), fuente hermenéutica para determinar el significado de las disposiciones «relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce» (cuarta de las Disposiciones Finales y Transitorias), es claro que el Tribunal Constitucional ha incurrido en un error sobre la naturaleza jurídica del matrimonio.

El texto de los instrumentos internacionales de derechos humanos no deja lugar a duda¹⁶⁵. El hombre y la mujer tienen un derecho fundamental a contraer matrimonio, declarado por dichos instrumentos internacionales, de suerte que no es posible afirmar que tal derecho no forma parte del ordenamiento

¹⁶² STC 2868-2004-AA/TC (caso Álvarez Rojas), fundamento 13 (sitio web del Tribunal Constitucional, 7 de febrero de 2005); STC 03605-2005-AA/TC (caso Anaya Cruz), fundamento 3 (sitio web del Tribunal Constitucional, 4 de junio de 2005).

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ Artículo 17.1, CADH; artículo 23.1, PIDCP.

¹⁶⁵ Véase también el artículo 16.1, DUDH.

constitucional peruano. Con todo, quizá el propósito del Tribunal Constitucional, al defender la tesis de que el matrimonio es una institución constitucional que no confiere derechos fundamentales, es el de enfatizar el amplio margen de configuración que la Carta otorga al legislador ordinario para dotar de contenido y desarrollar la institución matrimonial¹⁶⁶.

No obstante, si éste fuera el propósito del supremo intérprete de la Constitución, o si éste fuera el sentido que los intérpretes ordinarios y operadores jurídicos debiéramos extraer de sus decisiones a fin de entenderlas de manera armoniosa con los tratados internacionales de derechos humanos, surge una nueva dificultad, a saber, la de determinar los márgenes de actuación del legislador ordinario, considerando los límites que vienen impuestos por la propia Carta y por la articulación del Derecho Constitucional con el DIDH. En otras palabras, ¿cómo debe regular la institución matrimonial el legislador ordinario, habida cuenta de las restricciones que le imponen tanto la Constitución como el DIDH? En especial, ¿cuál es el contenido esencial del derecho fundamental a contraer matrimonio y de la institución matrimonial que la Carta, en su articulación con el DIDH, garantiza? En fin, ¿se extiende tal derecho a las parejas del mismo sexo?

La posición que aquí se asume es que la Constitución peruana de 1993 no admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, ni habilita al legislador ordinario a extender la institución matrimonial a las parejas homosexuales, ya que su cabal comprensión reclama ir más allá de una interpretación literal y aislada de su artículo 4, para acoger, más bien, una interpretación sistemática e integral de sus disposiciones, considerando en particular su artículo 5, relativo al concubinato, y la incorporación del marco normativo del DIDH. Ello no significa, empero, que las uniones afectivas estables entre personas homosexuales carezcan de protección jurídica a la luz de la Constitución, según se ha argumentado pomenorizadamente en un acápite anterior del presente informe;

¹⁶⁶ Debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional hace residir en el derecho al libre desarrollo de la personalidad —definido como derecho innominado, según se ha expuesto en un acápite anterior del presente informe— el fundamento constitucional del derecho de las personas a contraer matrimonio. Véase STC 2868-2004-AA/TC (caso Álvarez Rojas), fundamento 14 (sitio web del Tribunal Constitucional, 7 de febrero de 2005).

significa tan sólo que tal protección habrá de viabilizarse a través de medios distintos de la extensión del instituto matrimonial, aunque, como se verá luego, existirán semejanzas en aspectos cruciales, ya que así lo impone la naturaleza de las cosas.

Uno de los argumentos a favor de la constitucionalidad del matrimonio entre personas homosexuales es el de la literalidad del enunciado del artículo 4 de la Constitución (como también de los artículos 17.2, CADH, y 23.2, PIDCP). Así, por ejemplo, Fernández Revoredo afirma que «en lo que respecta al matrimonio, éste no es definido por la Constitución como heterosexual, en consecuencia, la norma prevista en el artículo 234 del Código Civil que define al matrimonio como heterosexual podría ser materia de alguna acción de inconstitucionalidad o, en todo caso, de control difuso», pues, en su opinión, «la limitación que contiene es irrazonable»¹⁶⁷. Es más, esta misma comentarista estima que la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Álvarez Rojas, varias veces citada en el presente informe, al ubicar el *ius connubii* bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad, «invita a que se evalúen las limitaciones impuestas por el legislador al derecho a contraer matrimonio, para homosexuales y lesbianas» [sic]¹⁶⁸.

En lo que se refiere a la regulación constitucional del concubinato, donde aparece claramente exigido que la unión de hecho protegida por la Carta ha de ser heterosexual, Fernández Revoredo sólo atina a decir que se trata de un «contrasentido en la Constitución», ya que «¿cómo se puede proteger a la familia desconociendo el concubinato homosexual?», para cerrar su reflexión aseverando que «una interpretación sistemática, y a favor de la libertad, salvaría esa contradicción»¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Véase la intervención de Marisol Fernández Revoredo, en AA.VV., «Acerca de la problemática de las uniones homosexuales: matrimonio y adopción (mesa redonda)», *op. cit.*, p. 305.

¹⁶⁸ Fernández Revoredo, Marisol, «Avances hacia el reconocimiento de derechos para las personas LGBT: sobre cómo el Tribunal Constitucional peruano ha contribuido a ello», *op. cit.*, p. 16.

¹⁶⁹ Véase la intervención de Marisol Fernández Revoredo, en AA.VV., «Acerca de la problemática de las uniones homosexuales: matrimonio y adopción (mesa redonda)», *op. cit.*, p. 305.

El problema con este punto de vista es que, pese a su propósito declarado de favorecer una interpretación sistemática, privilegia una interpretación literal y aislada del artículo 4 de la Constitución, sin llegar a desarrollar los argumentos que apoyarían su lectura supuestamente comprensiva, razonable y *pro personae* de la Carta. Como quiera que fuere, quienes adhieren a esta posición parecen no conceder suficiente peso al hecho de que la Constitución regula expresamente el concubinato como heterosexual, siendo de notar que tal figura tiene como modelo a la institución del matrimonio, con la que se diferencia únicamente por la ausencia de celebración según las formalidades de ley y, desde luego, por la voluntad (presunta) de los concubinos de no quedar sujetos al régimen jurídico matrimonial. De allí que la Norma Suprema estipule que la unión de hecho habrá de establecerse entre «un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial» (artículo 5).

Por lo demás, resulta claro que la Constitución norma el concubinato exclusivamente con el propósito de brindar tutela expresa a los aspectos patrimoniales de la unión *more uxorio*, sin otorgar protección explícita a sus restantes elementos, con lo que remite al legislador y a los intérpretes la precisión del alcance de la tutela legal de tales otros aspectos. Es decir, en lo que ahora importa poner de relieve, la propia Carta prevé un régimen tutelar, de rango constitucional, parcial o incompleto para el concubinato (o, en todo caso, de menor cobertura), por oposición a lo que ocurre con la institución matrimonial, que sí resulta plenamente acogida por aquélla¹⁷⁰.

En consecuencia, si bien la Constitución no indica que el matrimonio debe celebrarse entre personas de sexo distinto, sí exige la heterosexualidad para la formación del concubinato que ella protege (en sus aspectos patrimoniales),

¹⁷⁰ Fernández Revoredo acepta que el ordenamiento jurídico nacional otorga «mayor protección al matrimonio en comparación con las uniones de hecho» y que define a éstas como «heterosexuales», a la vez que establece un «impedimento para contraer matrimonio entre personas del mismo sexo». Véase Fernández Revoredo, Marisol, «La familia vista a la luz de la Constitución y los derechos fundamentales: aproximación a un análisis crítico de las instituciones familiares», en *Foro Jurídico*, Año I, núm. 2, Lima, PUCP, julio de 2003, p. 119.

de suerte que parece obligada la conclusión acerca de la necesidad de que los contrayentes matrimoniales sean asimismo heterosexuales. Es necesario insistir en que el concubinato o unión *more uxorio* —esto es, unión a la manera del matrimonio— es una institución jurídica constitucionalmente definida teniendo como modelo a la unión matrimonial. Así, pues, si la institución derivada o secundaria, el concubinato, tiene como exigencia esencial el rasgo de la heterosexualidad, ¿es razonable pensar que la institución originaria o principal, el matrimonio, no la tenga?

Desde luego, asunto diverso es si se está de acuerdo o no con esta definición constitucional del concubinato y del matrimonio, en lo relativo a los sujetos contrayentes. En la actualidad, hay en esta materia, qué duda cabe, un amplio campo para la discrepancia por razones ideológicas y valorativas. Lo que ocurre es que los objetores de la regulación constitucional, si desean ser respetuosos de los mecanismos propios del Estado constitucional y democrático de Derecho, deberán transitar las vías del procedimiento de reforma constitucional que la misma Carta prevé (artículo 206, Const.), a fin de extender el alcance subjetivo —limitado sólo a las parejas heterosexuales— que forma parte esencial de la institución matrimonial conforme a la Constitución.

De otro lado, la idea de que los tratados internacionales de derechos humanos, en su articulación con el Derecho Constitucional peruano, ofrecen base suficiente a la legitimidad jurídica de los matrimonios entre personas del mismo sexo debe igualmente ser desestimada. Tanto la CADH como el PIDCP aluden al «hombre» y la «mujer» como los titulares del derecho «a contraer matrimonio y a fundar una familia», y no puede aceptarse la interpretación meramente literal según la cual los textos de estos tratados internacionales no establecen que el hombre y la mujer han de casarse entre ellos. Todo parece indicar, por el contrario, que para los instrumentos internacionales

de derechos humanos la heterosexualidad es también un rasgo esencial del instituto matrimonial¹⁷¹.

Si bien los órganos supranacionales de protección de los derechos humanos, de ámbito regional americano, no han desarrollado jurisprudencia sobre los sujetos titulares del derecho a contraer matrimonio, cabe citar la doctrina establecida por el Tribunal EDH, en especial debido a que el CEPDHLF contiene una cláusula sobre el matrimonio similar a la incluida en la CADH y en el PIDCP, la cual estipula que «a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho» (artículo 12).

Pues, bien, el Tribunal EDH «ha interpretado en los casos “Rees” (1986) y “Cossey” (1990) el artículo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos de tal forma que “sólo abarca los matrimonios clásicos entre hombre y mujer”, por lo que, según dice Norbert Lösing, «no es posible extraer el derecho de parejas homosexuales a casarse» de dicha convención internacional¹⁷². En efecto, en tales casos, la alta Corte ha resuelto que «las leyes que establecen que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer no violan la Convención de los Derechos Humanos de Europa», y que el matrimonio «es una institución reservada a las personas de diferente sexo

¹⁷¹ Sobre la cuestión de cuál ha de ser la interpretación correcta de las referencias normativas al hombre y la mujer como titulares del derecho a contraer matrimonio, en el ámbito latinoamericano destaca un caso resuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires, en fecha reciente (2007), en el que se rechaza un recurso de amparo presentado por dos mujeres que deseaban casarse entre sí y que, además de invocar el principio de igualdad en respaldo de su pretensión, adujeron estar protegidas por el artículo 17, CADH. Al interpretar la Convención Americana —que forma parte de la Carta Suprema argentina por mandato de su artículo 75.22, según la reforma constitucional de 1994—, la alta Cámara sostuvo que «la mención expresa del hombre y la mujer como titulares del derecho fundamental a contraer matrimonio limita su reconocimiento al celebrado entre ellos», pues «de lo contrario, hubiera bastado con señalar el derecho de “todas las personas” a celebrar matrimonio, como se reconoce el derecho de toda persona a la vida, a la libertad, a la integridad, etcétera». Véase Hevia, Martín y Spector, Ezequiel, «La constitucionalidad de la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo en Argentina», en *Jura Gentium – Revista de filosofía del derecho internacional y de la política global*, IV, Italia, 2008, 1, p. 1 (en www.juragentium.unifi.it).

¹⁷² Lösing, Norbert, «Los derechos humanos en las parejas del mismo sexo», *op. cit.*, pp. 121-122.

biológico y quienes no tienen tal diferencia no son equiparables a los fines de la capacidad nupcial»¹⁷³.

Y, en las sentencias expedidas en los casos *I. vs. Reino Unido* y *Goodwin vs. Reino Unido* (2002), aun acogiendo una interpretación evolutiva para apreciar la identidad sexual de las personas transexuales y recordando, por ende, que «el Convenio es un instrumento vivo, que se ha de interpretar a la luz de las condiciones vigentes en cada momento y lugar», la Corte de Estrasburgo no dirigió sus consideraciones «a la concepción del matrimonio en cuanto integrado por personas de distinto sexo (esto es, al llamado principio de heterosexualidad del matrimonio, que se da por supuesto), sino a los criterios para determinar si concurre tal heterosexualidad»¹⁷⁴.

A la luz de esta jurisprudencia asentada a través de los años, no es de extrañar, por lo tanto, la anotación de Rey Martínez en el sentido que «lo que no ha llegado a interpretar [el Tribunal EDH], ni es fácil que lo haga, es que del Convenio (arts. 8.1, 12 y 14) se derive un derecho fundamental de regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo»¹⁷⁵.

En parecidos términos se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al interpretar el PIDCP. Así, al emitir dictamen en el caso *Joslin et al. vs. Nueva Zelanda* (2002), en el cual dos parejas de lesbianas reclamaban el reconocimiento de su derecho a contraer matrimonio entre sí, el Comité señaló que «el párrafo 2 del artículo 23 del Pacto es la única disposición sustantiva en que se define un derecho utilizando el término “hombre y mujer”, en lugar de “todo ser humano”, “todos” o “todas las personas”», y que «el uso del término “hombre y mujer” en lugar de los términos generales utilizados en otros lugares de la Parte III del Pacto, se ha

¹⁷³ Véase Medina, Graciela, *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2001, pp. 145 y 150.

¹⁷⁴ Véase Consejo de Estado de España, «Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio», Madrid, 16 de diciembre de 2004, p. 10.

¹⁷⁵ Rey Martínez, Fernando, «Homosexualidad y Constitución», *op. cit.*, p. 147.

entendido consistente y uniformemente en el sentido de que la obligación emanada del Tratado para los Estados Partes, según el párrafo 2 del artículo 23 del Pacto, es reconocer como matrimonio únicamente la unión entre un hombre y una mujer que desean casarse»¹⁷⁶.

A nivel de las jurisdicciones nacionales, es de mencionar que el Tribunal Constitucional de Alemania, en decisiones repetidas y uniformes, ha adoptado el mismo punto de vista que la Corte de Estrasburgo y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Al respecto, Norbert Lösing anota que, «según jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, “bajo matrimonio se sigue entendiendo en la sociedad alemana la unión de dos personas de sexo opuesto”»¹⁷⁷.

En el caso de España la situación es similar en lo que atañe a la jurisdicción constitucional, ya que el supremo intérprete de la Carta, tras invocar los precedentes establecidos por la Corte de Estrasburgo en los casos Rees y Cossey, ha resuelto en un proceso de amparo que, a diferencia de lo que sucede con la convivencia homosexual, que «no es una institución jurídicamente regulada ni existe un derecho constitucional a su establecimiento», el matrimonio «entre hombre y mujer» es «un derecho constitucional» que «genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes», razón por la cual «se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil; de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual»¹⁷⁸.

Doctrina calificada e importantes estudios institucionales coinciden en que, conforme a la Constitución, el matrimonio se halla reservado en España sólo a las uniones heterosexuales. Así, Rey Martínez opina que el texto constitucional

¹⁷⁶ Palacios Zuloaga, Patricia, *La no discriminación: estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*, op. cit., pp. 116 y 117.

¹⁷⁷ Lösing, Norbert, «Los derechos humanos en las parejas del mismo sexo», op. cit., p. 126.

¹⁷⁸ Tribunal Constitucional de España, Auto 222/1994, del 11 de julio de 1994, fundamento jurídico 2.

español, al referirse expresamente a «hombre y mujer», configura un matrimonio heterosexual, apoyándose en el siguiente razonamiento: «es cierto que la intención del constituyente era la de consagrar la igualdad jurídica entre hombre y mujer en el matrimonio y no la de prohibir los matrimonios entre homosexuales, pero también es verdad que ni esta posibilidad está expresamente prevista ni la dicción literal del art. 32 CE [Constitución española] permite entender otra cosa»¹⁷⁹. También Díez-Picazo y Ponce de León considera que «tanto en el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como en el artículo 32 de la Constitución española se institucionaliza y se presta una garantía institucional a una institución denominada matrimonio, que es contraído por hombre y mujer...»¹⁸⁰.

A su turno, el estudio del Consejo General del Poder Judicial español estima que «la primera razón que permitiría entender inconstitucional la reforma [aquella dirigida a introducir, mediante ley, el matrimonio entre personas del mismo sexo] se basaría en la interpretación lógica y gramatical del texto constitucional, desde el sentido de sus palabras, en relación con su contexto y los antecedentes históricos, constitucionales y legislativos», recalcando que «desde el sentido literal del artículo 32 en relación al resto de los derechos y libertades fundamentales regulados en el Capítulo II del Título I, no es irrelevante el dato de que, mientras que para la regulación de otros derechos fundamentales y libertades públicas se empleen expresiones como “los españoles” (artículo 19), “los ciudadanos” (artículo 23), “las personas” (artículo 24.1), “todos” (artículos 24.2; 27.1; 28.1; 31), “todos los españoles” (artículo 29.1; 35,1) o “los españoles” (artículo 30.1), no es irrelevante, decimos, en términos de interpretación, que el único precepto que hace referencia al hombre y a la mujer —diversidad sexual de las personas—, en el que se basa el presupuesto de hecho de su formulación, sea precisamente el artículo 32.1, y que lo haga en consonancia con los Convenios y Tratados internacionales suscritos por España»¹⁸¹.

¹⁷⁹ Rey Martínez, Fernando, «Homosexualidad y Constitución», *op. cit.*, p. 147.

¹⁸⁰ Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, «Las nuevas fronteras y la crisis del concepto de familia: notas para un debate posible», en Kemelmajér de Carlucci, Aída, *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas*, *op. cit.*, Tomo I, p. 24.

¹⁸¹ Consejo General del Poder Judicial de España, «Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo», Madrid, 6 de octubre de 2004, pp. 23 y 24.

Por su parte, el dictamen del Consejo de Estado de España considera que «de acuerdo con los términos del artículo 32.1 de la Constitución, el hombre y la mujer tienen constitucionalmente garantizado el derecho a contraer matrimonio, lo que no se predica de las parejas del mismo sexo», disposición que cuenta al menos con un «doble alcance»: de un lado, «evita de forma terminante que el legislador incluya desigualdades entre uno y otra que pudieran superar el juicio de razonabilidad derivado de la aplicación del artículo 14», y, de otro lado, «introduce una mención expresa de la diversidad sexual al enunciar un concreto derecho fundamental, lo que supone que la aplicación del artículo 14 de la Constitución en relación con ese concreto derecho habrá de partir, en todo caso, de dicha mención expresa»¹⁸².

Conviene aclarar, sin embargo, que para el Consejo de Estado español «la referencia expresa al “hombre y la mujer” no supone, por sí misma, que se reserve a las parejas heterosexuales el acceso al conjunto de derechos y deberes que integran el estatuto matrimonial, sino que, entre las legítimas opciones de política legislativa, cabe la posibilidad de que el legislador lo extienda a las parejas integradas por personas del mismo sexo»¹⁸³.

Pero, antes de examinar esta posibilidad, es necesario detenerse en un tercer argumento que se suele esgrimir a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo, a saber, el de los cambios sociales y culturales que exigirían una modificación del Derecho para acoger la opción matrimonial homosexual¹⁸⁴. En realidad, la «interpretación evolutiva» es plenamente admisible, y constituye una importante herramienta jurídica de adaptación paulatina del orden legal a nuevas circunstancias históricas. Como indica Riccardo Guastini, «se llama

¹⁸² Véase Consejo de Estado de España, «Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio», *op. cit.*, p. 13.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ Kerman Calvo señala, para el caso de España, que «parece lógico relacionar los cambios legales en el terreno de las libertades sexuales con los cambios experimentados por la sociedad española», ya que, «como se repite con cierta frecuencia, la sociedad española parece que ha cambiado mucho en esta cuestión y, por lo tanto, no es absurdo esperar una asociación entre cambios en la opinión pública y mejoras en la ley». Véase Calvo, Kerman, «Matrimonio homosexual en España. En busca de explicaciones para una política», en *Orientaciones – Revista de homosexualidades*, Madrid, Fundación Triángulo, segundo semestre de 2005, p. 12.

“evolutiva” a la interpretación que adscribe a una disposición un significado nuevo y diferente de su significado “histórico”, siendo de observar que «en general, este tipo de interpretación se basa en la idea de que, al cambiar las circunstancias históricas (sociales, culturales, etcétera) en las que una ley debe ser aplicada, debe cambiar (“evolucionar”) asimismo el modo de interpretarla», de suerte que «la interpretación evolutiva tiende a adaptar viejas (o relativamente viejas) leyes a situaciones nuevas no previstas por el legislador histórico»¹⁸⁵. Esta técnica interpretativa tiene, pues, plena legitimidad en el Estado constitucional de Derecho.

Lo que ocurre, empero, es que también la interpretación evolutiva —o, en general, cualquier «interpretación correctora»— debe respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales. En otras palabras, la interpretación evolutiva no puede ir más allá del límite subjetivo que la Constitución y el DIDH fijan a la institución matrimonial, esto es, el de la diversidad sexual de los contrayentes o principio de heterosexualidad. No quiere ello decir, sin embargo, que la interpretación evolutiva carezca de valor o de aplicación al problema bajo examen, sino tan sólo que operará de otra manera, ampliando la protección legal a las parejas integradas por personas homosexuales, pero sin forzar los contornos constitucionales de la institución matrimonial, como se expondrá luego.

Ahora bien, en cuanto a los demás elementos que forman parte esencial del derecho fundamental a contraer matrimonio y, por ende, de la configuración constitucional de la institución matrimonial misma, una lectura atenta de la Norma Suprema, en armonía con la CADH y el PIDCP, muestra que tales elementos esenciales que se añaden al principio de heterosexualidad, son: el libre consentimiento de los contrayentes, la igualdad de derechos y responsabilidades de los cónyuges, la finalidad de hacer vida en común y la estabilidad o permanencia.

¹⁸⁵ Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, D.F., Editorial PORRUA – UNAM, segunda edición, 2000, pp. 50 y 51.

Así, los tratados internacionales de derechos humanos estipulan que «el matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes» y que «los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo»¹⁸⁶. De otro lado, puesto que la Constitución peruana prevé los requisitos de estabilidad y conformación de un hogar y una comunidad de bienes en relación al concubinato (artículo 5), debe entenderse que tales exigencias han de estar igualmente presentes en la institución matrimonial (artículo 4), que, como se ha expuesto antes, es delineada por la Carta como el modelo institucional de la figura del concubinato.

De lo aquí dicho se desprende que no forma parte del contenido esencial del matrimonio la finalidad procreadora. Y es que, de no entenderse así, no tendrían legitimidad constitucional los matrimonios entre personas infértiles o que, por alguna razón de índole privada, no desean tener hijos¹⁸⁷. El temor a que la aceptación legal del matrimonio entre personas del mismo sexo pudiera incidir negativamente en la reproducción de la especie debe ser descartado, ya que, como señalan Hevia y Spector, «así como permitir a los judíos profesar su culto no implica que los católicos tengan menos libertad de profesar el suyo, permitir el matrimonio homosexual no implica que haya menos matrimonios heterosexuales ni, por tanto, que la sociedad se reproduzca menos»¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Artículos 17.3 y 17.4, CADH; artículos 23.3 y 23.4, PIDCP. Sobre el elemento de libre consentimiento, el Tribunal Constitucional peruano ha resuelto que «toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio», añadiendo que «particularmente, en la decisión de contraer matrimonio no se puede aceptar la voluntad —para autorizar o negar— de nadie que no sea la pareja de interesados en su celebración». Véase STC 2868-2004-AA/TC (caso Álvarez Rojas), fundamento 14 (sitio web del Tribunal Constitucional, 7 de febrero de 2005).

¹⁸⁷ Véase Belaunde, Alberto de, «Matrimonios entre homosexuales en el Perú», en *Ideele* núm. 181, Lima, Instituto de Defensa Legal, 2007, p. 55.

¹⁸⁸ Hevia, Martín y Spector, Ezequiel, «La constitucionalidad de la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo en Argentina», *op. cit.*, p. 3. No obstante, Graciela Medina considera que la finalidad reproductiva es una causa objetiva y esencial del matrimonio, mientras Díez-Picazo y Ponce de León también estima que este elemento es definitorio del matrimonio que la Constitución y el DIDH protegen. Véase Medina, Graciela, *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, *op. cit.*, pp. 264-265; Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, «Las nuevas fronteras y la crisis del concepto de familia...», *op. cit.*, pp. 24 y 26.

En definitiva, el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio y el de la misma institución matrimonial está formado por los siguientes elementos: diversidad sexual de los contrayentes, consentimiento libre y pleno, igualdad de derechos y responsabilidades de los cónyuges, finalidad de hacer vida común y estabilidad o permanencia del vínculo. Puede concluirse, en consecuencia, siguiendo a Norbert Lösing, que existe un núcleo de lo que es el matrimonio, que queda sustraído a la disponibilidad del legislador ordinario y de la interpretación judicial, el cual se compone de elementos que se han ido formando históricamente, incluso antes de la aprobación de la Constitución vigente, elementos que «son especialmente la idea de la unión voluntaria, en un principio indisoluble, de un hombre y una mujer contraída para convivir y compartir en todo y dar la seguridad y el respaldo necesario para crear una familia»¹⁸⁹.

Debe insistirse en que este modelo constitucional del matrimonio no significa que otras clases de unión de pareja queden descalificadas o sin base en la Norma Suprema, ya que, como se ha expuesto en un acápite anterior del presente informe, una serie de derechos fundamentales —ante todo, los de dignidad y libertad, incluyendo el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pero también el derecho a la igualdad y no discriminación— otorgan legitimidad y exigen la regulación legal de dichas otras uniones, entre las que se encuentran las formadas por personas homosexuales.

En realidad, a la vista del concepto de matrimonio perfilado a la luz de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, surge con naturalidad la pregunta acerca de cuáles son las diferencias esenciales con las uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo. Y es que, como plantea Asua González, «el matrimonio supone una unión estable, constituida por la voluntad de dos personas, basada en la atracción sexual y el afecto, y determinante de un proyecto vital conjunto», atracción y afecto que «sólo se ha predicado del hombre y la mujer entre sí», pero «resulta que se ha hecho evidente que las parejas de personas del mismo sexo se colocan en un escenario similar:

¹⁸⁹ Lösing, Norbert, «Los derechos humanos en las parejas del mismo sexo», *op. cit.*, p. 130.

impulsados también por la atracción sexual y el afecto establecen uniones estables que implican un proyecto vital conjunto»¹⁹⁰.

Se entiende, entonces, que Rey Martínez opine que «de la Constitución se deriva, por un lado, un modelo de matrimonio heterosexual que no puede modificarse sin reformar previamente el art. 32 CE [Constitución española]», pero asimismo subraya que, «de otro lado, se desprende la rotunda prohibición de que a los homosexuales se les trate jurídicamente de modo distinto y peor que a los heterosexuales y, por tanto, el derecho a una unión estable reconocida por el Derecho semejante al matrimonio, sólo distinta del matrimonio en aquellos aspectos respecto de los que puedan aportarse por el legislador sólidas razones de justificación de la diferencia —fundamentalmente, creo, la adopción conjunta»¹⁹¹.

Se entiende también que en distintos ordenamientos se haya admitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, asumiendo que la Constitución permite introducir la correspondiente legislación homologadora. Y es que, como señala el Consejo General del Poder Judicial español, existen tres modelos constitucionales posibles sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo: (i) modelo del matrimonio homosexual como «exigencia constitucional»; (ii) modelo del matrimonio homosexual como «cuestión dejada a la libre disposición del legislador»; y (iii) modelo del matrimonio homosexual como constitucionalmente prohibido¹⁹².

¹⁹⁰ Asua González, Clara, «Matrimonio y derecho a contraer matrimonio. Reflexiones al hilo de la Ley 13/2005», en *Orientaciones – Revista de homosexualidades*, Madrid, Fundación Triángulo, segundo semestre de 2005, pp. 41-42.

¹⁹¹ Rey Martínez, Fernando, «Homosexualidad y Constitución», *op. cit.*, p. 141. El profesor español, tras admitir que el problema relativo a la adopción conjunta por parte de homosexuales es «sin duda el punto crítico de esta materia», aconseja cautela y subraya que, «en todo caso, subsiste la duda razonable, a falta de datos fiables y de consenso científico mínimo, sobre los efectos de la educación de los niños por parejas homosexuales y, por tanto, sobre cuál es el mejor interés del menor en estos casos». *Ibid.*, pp. 149-150.

¹⁹² Consejo General del Poder Judicial de España, «Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo», *op. cit.*, p. 15.

Al margen de que la opción interpretativa defendida por el Consejo General del Poder Judicial de España sea la del modelo de la inconstitucionalidad —es también la lectura de Rey Martínez, como se ha expuesto en los párrafos precedentes—, en el país ibérico se ha aprobado una ley que consagra el matrimonio homosexual. En efecto, la Ley 13/2005, del 1º de julio¹⁹³, procedió a tan trascendente reforma legal mediante la adición de un segundo párrafo al artículo 44 del Código Civil, el cual quedó con la siguiente redacción: «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». De este modo, España ha seguido los pasos de Holanda y Bélgica, que en los años 2001 y 2003, respectivamente, admitieron el matrimonio homosexual¹⁹⁴. Ciertos Estados de los Estados Unidos de América y de Canadá, por su parte, han modificado su Derecho e introducido el matrimonio entre personas homosexuales, pero actuando preferentemente mediante la vía jurisprudencial, destacando en particular los casos de Hawai, Alaska, Vermont y Massachussets, así como de Ontario y la Columbia Británica¹⁹⁵.

Como quiera que fuere, según se ha expuesto en el presente informe, el modelo recogido en la Constitución peruana de 1993 es el prohibitivo, de manera que no es disponible para el legislador la introducción o no de la unión conyugal entre personas homosexuales en el Perú. De este parecer son también constitucionalistas como Rubio Correa y Bernal Ballesteros y experto en Derecho de Familia como Vega Mere¹⁹⁶. Desde luego, tal entendimiento no

¹⁹³ Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 157, del 2 de julio de 2005, pp. 23632-23634.

¹⁹⁴ Véase Consejo de Estado de España, «Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio», *op. cit.*, p. 21. Véase también Belaunde, Alberto de, «Matrimonios entre homosexuales en el Perú», *op. cit.*, pp. 55-56; Vega Mere, Yuri, «La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales», *op. cit.*, pp. 90-91.

¹⁹⁵ Véase Consejo de Estado de España, «Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio», *op. cit.*, p. 22. Para referencias detalladas a la importante sentencia de la Corte Suprema de Massachussets en el caso *Goodridge and others vs. Department of Public Health* (2003) y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo canadiense, véase Rey Martínez, Fernando, «Homosexualidad y Constitución», *op. cit.*, pp. 141-146.

¹⁹⁶ Véase Rubio Correa, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, *op.cit.*, tomo II, p. 54; Bernal Ballesteros, Enrique, *La Constitución de 1993: análisis comparado*, *op. cit.*, p. 194; Vega Mere, Yuri, «La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales», *op. cit.*, pp. 104-105.

impide que, de darse las condiciones para ello, pueda procederse a una reforma constitucional que acoja la nueva figura, siempre que sean cumplidas las exigencias del artículo 206 de la Carta. En todo caso, si contra la interpretación defendida en el presente informe, se admitiera que el modelo constitucionalizado en el Perú es el de libre disposición del legislador, tendríamos un sistema matrimonial heterosexual por mandato de la ley (artículo 234, Código Civil), bastando para su cambio una simple reforma legislativa ordinaria.

IV.2. LAS OTRAS ALTERNATIVAS CONSTITUCIONALES: EL CONCUBINATO, LA UNIÓN CIVIL Y EL REGISTRO

Descartado el matrimonio como institución aplicable a las uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo, en virtud del principio de heterosexualidad que la Constitución reserva a las parejas conyugales, debe ahora examinarse las otras alternativas de protección jurídica a los convivientes homosexuales, a saber, el concubinato, la unión civil y la inscripción en un Registro especial.

Está claro, según se ha expuesto detalladamente en un acápite anterior del presente informe, que la Constitución obliga a brindar tutela legal a la cohabitación homosexual. Pero, dado que tal protección no podrá darse mediante la institución matrimonial, ¿es posible hacerlo a través del régimen jurídico del concubinato?

La respuesta es, ciertamente, no. Y es que, como se ha dicho antes, la Norma Fundamental estipula de modo expreso la diversidad sexual como exigencia esencial en el caso de las uniones de hecho (Const., artículo 5), de suerte que, al igual que en el caso del matrimonio, la ampliación de los sujetos contrayentes requeriría transitar la vía del procedimiento de reforma constitucional previsto en el artículo 206 de la Constitución. Desde luego, no puede descartarse que tal cambio ocurra en el futuro, habida cuenta la actual evolución cultural de la sociedad peruana y la paulatina afirmación de diferentes formas y estilos de vida, en el marco de una comunidad pluralista y tolerante.

Ahora bien, pese a la exclusión constitucional del matrimonio y el concubinato homosexuales, parece también fuera de duda que el régimen jurídico de protección de las uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo ha de tener una serie de rasgos compartidos con aquellas dos instituciones. Tal régimen jurídico —que, siguiendo a la normativa vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pudiera recibir el nombre de «unión civil»— tendrá semejanzas innegables con el matrimonio y la unión *more uxorio*, ya que, del mismo modo que estos institutos, se funda en el libre deseo de los contrayentes de hacer vida en común, con carácter permanente, compartiendo techo y pan. Es decir, las parejas conyugales, concubinarias y homosexuales estables, todas ellas, se forman para que sus integrantes realicen en conjunto un proyecto de vida sustentado en la elección afectiva.

No obstante, una diferencia sustancial entre concubinato y unión homosexual estable debe ser puesta de relieve: las parejas formadas por personas del mismo sexo no pueden casarse. Este dato tiene importancia, ya que, como se ha dicho en un acápite anterior del presente informe, uno de los requisitos esenciales del concubinato que la Constitución protege es que sus integrantes se encuentren «libres de impedimento matrimonial» (Const., artículo 5). En otras palabras, si los concubinos se mantienen en esta relación libre y carente de las formalidades y exigencias propias de la institución matrimonial es porque (presuntamente) lo desean así. Ellos eligen un modelo de conformación familiar menos rígido y restrictivo que el matrimonio, razón por la cual, en virtud del respeto debido al principio-derecho de libertad personal, el concubinato ha de quedar sujeto a un régimen legal que no puede ser homologado en su totalidad con el régimen matrimonial.

El caso de las parejas estables de personas del mismo sexo es diferente, como salta a la vista. Sus miembros están impedidos de contraer matrimonio por el principio de heterosexualidad que la Constitución consagra y, por idéntica razón, tampoco pueden acogerse al régimen legal del concubinato. Se produce, en consecuencia, una situación jurídica de ausencia de regulación que los deja en condición muy precaria, lo que atenta contra el mandato constitucional de

protección legal sustentado en los derechos fundamentales de los que, según se ha expuesto, son titulares las personas homosexuales, conforme a la Constitución y al DIDH. Pero, entonces, ¿cuál ha de ser el régimen legal de la «unión civil», esto es, de la institución jurídica dirigida a tutelar las uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo en el Perú? En principio, no se encuentra aquí una razón similar a la que impide la homologación plena entre concubinato y matrimonio, al menos por lo que se refiere a la voluntad (presunta) de los contrayentes. Es decir, si se tratara de gays o lesbianas que desean casarse entre sí pero se ven legalmente impedidos de hacerlo, ¿cabe el establecimiento de un régimen legal que les confiera todos los derechos y deberes del matrimonio?

La opinión que se defiende en este informe es que el régimen legal de protección de las uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo debe ser lo más amplio posible, ya que, como se ha argumentado en los acápites precedentes, estamos ante una cuestión que involucra diversos derechos fundamentales de la persona, los cuales cuentan con la protección acordada por el Derecho constitucional peruano y el DIDH. Si bien la Constitución reserva la institución matrimonial a cónyuges heterosexuales, ello no significa que no pueda establecerse mediante ley un régimen tuitivo semejante —en todo aquello que venga impuesto por «la naturaleza de las cosas» (artículo 103, Const.)— para las parejas de personas del mismo sexo.

De hecho, esta es la opción de interpretación constitucional adoptada en el Dictamen del Consejo de Estado de España, que aquí se suscribe plenamente en cuanto se refiere a este punto. Y es que donde no haya causas objetivas y razonables para introducir regímenes diferenciados, éstos deben ser evitados, a fin de no incurrir en discriminación y violación de derechos fundamentales, y por tanto en inconstitucionalidad. También razones de técnica legislativa sustentan esta opción.

En las propias palabras del Consejo de Estado español, «el acceso a derechos y prestaciones sociales en cuanto uniones familiares (homosexuales) no quedaría perjudicado por el hecho de que se les diera un cauce institucional

distinto del matrimonio», sino que, más bien, «la prudencia aconseja que la aplicación a las uniones homosexuales de los efectos del matrimonio derive de una voluntad expresa, consciente y particularizada del legislador, y que no aparezca como un efecto colateral de la integración en bloque del nuevo modelo de convivencia en el régimen matrimonial», siendo de destacar que, «por otra parte, esa voluntad particularizada del legislador contribuiría a evitar efectos no deseados, a reducir la inseguridad jurídica que produciría una remisión en bloque a un régimen pensado para realidades diferentes y a no tener que esperar a que la jurisprudencia fuese aclarando las dudas que se suscitasen en cada punto»¹⁹⁷.

En tal sentido, siguiendo a Rey Martínez, puede afirmarse que la única diferencia relevante entre el matrimonio y la unión civil parece ser la relativa a la adopción. Y esto no tanto por razones de principio moral como por razones de cautela del legislador, debido al estado actual del debate científico, en el que no se observa el necesario consenso acerca de las consecuencias que sobre los niños tiene la formación que pudieran recibir en un hogar homosexual¹⁹⁸. En efecto, pese a que existen ya diversos estudios y autores que sostienen que un entorno familiar marcado por la presencia de padres homosexuales no influye negativamente en la escala axiológica ni en la libertad de los niños a su cargo, aún prevalece un sector doctrinal que, apoyado en los saberes tradicionales, se muestra contrario a esta alternativa¹⁹⁹.

Desde luego, la situación puede más tarde cambiar, al compás del avance de la ciencia y de la evolución cultural de la sociedad, como parece ya venir ocurriendo. En consecuencia, es éste un terreno privilegiado para el desarrollo de una interpretación constitucional evolutiva, que tienda a separarse de las lecturas históricas de las disposiciones de la Norma Suprema, a fin de moldear las regulaciones tradicionales adaptándolas a las nuevas circunstancias sociales y

¹⁹⁷ Consejo de Estado de España, «Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio», *op. cit.*, pp. 25 y 26.

¹⁹⁸ Rey Martínez, Fernando, «Homosexualidad y Constitución», *op. cit.*, pp. 149-150.

¹⁹⁹ *Ibid.*

culturales, para procurar así la máxima protección constitucional a los derechos fundamentales de las personas²⁰⁰.

En definitiva, el legislador peruano, en desarrollo del mandato constitucional, debe aprobar una «ley de unión civil» que introduzca un régimen legal completo y coherente para brindar tutela a las uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo. Tal régimen legal ha de ser similar en todo al existente para el matrimonio, excepto en cuanto atañe a la adopción; siendo de notar que las restricciones existentes en el ordenamiento nacional para el concubinato (o su menor nivel de protección legal), por comparación con el matrimonio, no tienen justificación en el caso de las parejas homosexuales, habida cuenta la prohibición de enlace matrimonial que pesa sobre éstas, lo que no ocurre respecto de los concubinos (propios), quienes están habilitados para casarse entre sí en cualquier momento.

De este modo, como sostiene Asua González, el debate respecto del régimen legal a reconocer para las uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo termina por ser, en sus rasgos esenciales, una disputa sobre el nombre de la institución (el *nomen iuris*), ya que el contenido de la regulación ha de tener muy pocas diferencias relevantes entre matrimonio y unión civil²⁰¹.

Considerando que en el ordenamiento jurídico peruano se ha optado por entender las previsiones constitucionales de promoción del matrimonio y tutela expresa limitada del concubinato (Const., artículos 4 y 5), en el sentido de que el legislador debe procurar que las uniones *more uxorio* desaparezcan y, en la medida de lo posible, se conviertan en matrimonios²⁰², la ley de unión civil no habrá de tomar como modelo al concubinato —que, como se sabe, cuenta con una regulación legal bastante parca y restrictiva (el artículo 326

²⁰⁰ Véase Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, op. cit., pp. 50 y 51.

²⁰¹ Véase Asua González, Clara, «Matrimonio y derecho a contraer matrimonio...», op. cit., pp. 32 y 46.

²⁰² La Ley N° 28542, denominada «Ley de fortalecimiento de la familia» (*El Peruano*, 16 de junio de 2005), estipula que, entre las «políticas públicas con perspectiva de familia» que el Estado peruano debe adoptar, se halla el «promover medidas para que las uniones de hecho puedan formalizar su situación mediante el matrimonio» (artículo 2.j).

del Código Civil, básicamente)— sino a la propia institución matrimonial, en lo que resulte aplicable.

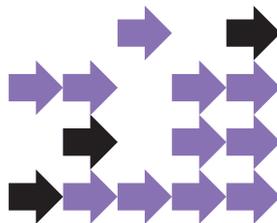
Quiere ello decir que los miembros de la unión civil (la pareja homosexual estable) deberán tener los mismos derechos en cuanto a la unión civil, durante ella y en caso de su disolución. También que la celebración del pacto que constituye legalmente el vínculo habrá de basarse en la libre voluntad de las partes. En fin, la unión civil debe conceder a sus miembros derechos y obligaciones tanto de orden patrimonial como de índole espiritual o moral. Ello incluye, en cuanto al primer aspecto, la posibilidad de sujetarse al régimen de la sociedad de gananciales o a un régimen de división de bienes, y plenos derechos hereditarios; y, en cuanto al segundo aspecto, los deberes de auxilio y asistencia, incluyendo los deberes alimentarios, de cuidados de la salud del compañero, etcétera. Un conjunto de otros derechos, de orden penal, tributario, laboral y previsional, etcétera, también deberán ser expresamente estipulados²⁰³.

De otro lado, las regulaciones específicas sobre la unión civil deberán ser fijadas mediante la necesaria deliberación pública, pudiendo haber al respecto distintas alternativas razonables. Quedan comprendidas aquí cuestiones tales como los requisitos para formar una unión civil, la probanza del cumplimiento de tales requisitos, los impedimentos a los contrayentes, la responsabilidad de la pareja, las causales de disolución del vínculo, entre otros aspectos. Por cierto, las normativas aprobadas en otros países habrán de ser tenidas en cuenta, como experiencias de las cuales obtener lecciones y conocer las mejores prácticas. Ha de considerarse, en primer lugar, la legislación vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde la «Ley de unión civil» fue aprobada mediante Ley N° 1004, del 12 de diciembre de 2002, y promulgada por Decreto N° 64, del 17 de enero de 2003, habiendo sido reglamentada mediante Decreto N° 556, del 13 de mayo de 2003.

²⁰³ Debe anotarse aquí que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, ante los vacíos legislativos en materia de concubinato, ha venido ampliando ciertos derechos a las parejas no casadas (concubinos propios), pero esto se realiza con lentitud y no sin vacilaciones, como puede apreciarse de la existencia de fallos contradictorios. Véase, en particular, STC 06572-2006-PA (caso Rosas Domínguez) (sitio web del Tribunal Constitucional, 14 de marzo de 2008); STC 06540-2006-PA (caso Orrillo Arce) (sitio web del Tribunal Constitucional, 21 de febrero de 2008).

También son de especial interés para el legislador peruano las regulaciones puestas en vigor por las autoridades autonómicas españolas, desde la pionera «Ley sobre uniones estables de pareja de Catalunya», aprobada el 11 de junio de 1998, la cual dedica su Capítulo II a la «unión homosexual» (artículos 19 a 35), hasta las posteriores aprobadas en Aragón, Asturias, Baleares, Madrid, Navarra y Valencia²⁰⁴.

Finalmente, debe indicarse que, pese a las críticas formuladas por algunos autores²⁰⁵, la institución del «Registro de uniones civiles» parece adecuada a la finalidad de otorgar mayor certeza y seguridad jurídica, tanto a los contrayentes como a los terceros²⁰⁶. Así, la constitución de un Registro especial donde inscribir la unión y diversos actos vinculados a su existencia, incluyendo pactos patrimoniales y su eventual disolución, resulta conveniente y no se opone sino que, por contrario, complementa a la figura de la unión civil misma. De hecho, la legislación bonaerense y las leyes autonómicas españolas contemplan el Registro y sus regulaciones específicas deberán ser tenidas en cuenta por el legislador peruano.



²⁰⁴ Para análisis detallados sobre las legislaciones autonómicas españolas relativas a uniones estables homosexuales, véase Vega Mere, Yuri, «La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales», *op. cit.*, pp. 82-90; y Medina, Graciela, *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, *op. cit.*, pp. 111-120 y 135-137.

²⁰⁵ Véase Sánchez Martínez, Olga, «Constitución y parejas de hecho: el matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, núm. 58, enero-abril de 2000, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 49 y 64.

²⁰⁶ Acerca los beneficios del registro de las uniones concubinarias, véase Vega Mere, Yuri, «Consideraciones jurídicas sobre la unión de hecho», en *Id.*, *Las nuevas fronteras del Derecho de Familia*, *op. cit.*, p. 154.



V. Conclusiones

ASPECTOS GENERALES

1. Lo habitual en la vida nacional peruana ha sido (es todavía) la exclusión, la discriminación, la violencia y el escarnio contra las minorías de orientación homosexual. Se trata de actitudes y prácticas sociales muy arraigadas, que forman parte de la cultura prevaleciente en el país, las cuales se expresan también en los ámbitos de la política y el Derecho.

Manifestación extrema de dichas actitudes y prácticas son los llamados «crímenes de odio por orientación sexual o identidad de género». En el Perú de hoy, sin embargo, las personas homosexuales están expuestas a muchas otras formas de hostilidad y agresión. Es parte de su experiencia cotidiana el tener que soportar un ambiente cultural de maltrato y desprecio.

Esta realidad defectiva no puede sino interpelar la sensibilidad constitucional de los peruanos, por lo que parece llegado el momento de hacer un nuevo planteamiento de la cuestión constitucional de las uniones homosexuales en el Perú, máxime si con ello es posible realizar una contribución al avance del propio Derecho Constitucional.

LA PROBLEMÁTICA DE LOS HOMOSEXUALES EN EL PERÚ

Un grupo tradicionalmente discriminado

2. La condición real de las personas homosexuales en el país es la de grupo discriminado. Una discriminación, además, en mucho acallada e invisibilizada, que debe aún remontar la cuesta de los prejuicios sociales y de los estereotipos culturales, y que, a diferencia de otras discriminaciones, tales como la sexual y la racial —todas igualmente odiosas, sin embargo—, todavía no remece la conciencia y el núcleo de valores tradicionales de la comunidad nacional.
3. En el Perú de hoy, posterior al conflicto armado interno, se constata la permanencia de una ideología y unas prácticas sociales autoritarias y discriminatorias que socavan las bases mismas de la convivencia social. Es en el marco de esta realidad donde hay que situar la reflexión acerca de la condición marginal y oprimida de las minorías sexuales en el país.
4. La expresión extrema de las condiciones de discriminación que sufren los miembros de minorías sexuales en tierras peruanas son los asesinatos o «crímenes de odio por orientación sexual o identidad de género». Gays y lesbianas son víctimas de la mayor violencia posible —aquella que conduce al aniquilamiento de la persona, a menudo mediante formas de gran crueldad—, debido al solo hecho de su opción sexual.

Resulta difícil imaginar peor signo de intolerancia y hostilidad, siendo de destacar que la causa de tales agresiones reside, en última instancia, en prejuicios de tal naturaleza e intensidad que llevan a sus agentes a no reconocer como sujetos de derecho, y ni siquiera como seres humanos igualmente dignos, a las personas homosexuales (consideradas, por el contrario, como seres sin valor, desechables).

Al respecto, vale la pena recordar que, en el marco del conflicto armado interno que asoló a la patria durante las décadas del ochenta y noventa, las organizaciones terroristas cometieron esta clase de crímenes, como una manera de intentar ganar la adhesión de las poblaciones mediante actos de pretendida «limpieza social». El *Informe Final* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) ha documentado tal realidad.

El silenciamiento de la realidad homosexual

5. La realidad homosexual tiende a ser silenciada e invisibilizada, como si no nombrarla pudiera suprimirla. Esta tendencia, que podría parecer pueril, hunde sus raíces sin embargo en un modelo autoritario y opresivo. Y es que, en el terreno institucional, donde se desarrolla el entramado político y jurídico que estructura a la sociedad, la omisión y el silencio de las autoridades equivalen a una ausencia de reconocimiento y de protección. No obstante, lo que requieren los grupos más vulnerables, las minorías secularmente perseguidas y violentadas —entre ellas, desde luego, las minorías sexuales— es, precisamente, que el aparato estatal cumpla a plenitud su rol promotor y tutelar.

6. No basta que el Estado no interfiera con los planes de vida de las personas de orientación sexual diversa (por ejemplo, despenalizando las prácticas sexuales entre adultos del mismo sexo que consienten libremente y que actúan en la esfera íntima). Es necesario que los poderes públicos, yendo más allá de la mera abstención o no

interferencia, impulsen cambios que apunten a la igualdad real de los grupos discriminados. Y para ello es indispensable crear nuevos marcos normativos, aprobar y ejecutar políticas, desarrollar acciones positivas.

En el Perú, la situación dista mucho de ser la ideal. A pesar de ciertos avances, subsiste una fuerte actitud oficial de silenciamiento jurídico, de negación legal tácita de la realidad homosexual. Dadas las condiciones sociales en que tal actitud se verifica, ella equivale en la práctica a desprotección, e incide, por lo tanto, en la mayor vulnerabilidad de los grupos afectados.

La protección jurídica de las uniones homosexuales y los derechos fundamentales

La dignidad de los seres humanos

7. El principio-derecho de dignidad humana, como eje axiológico que da sustento a todo el ordenamiento constitucional, extiende su manto de tutela a las personas homosexuales e impone deberes de respeto y protección a los poderes públicos (y a los sujetos privados), pero también deberes de promoción y de garantía. De ello se derivan tanto obligaciones negativas o pasivas («de no hacer») como obligaciones positivas o activas («de hacer»), a fin de brindar protección legal a gays y lesbianas y de superar circunstancias desfavorables o remover obstáculos que impidan o dificulten a éstos el ejercicio pleno de los derechos fundamentales que son expresión de la dignidad intrínseca de todos los seres humanos, sin exclusión.
8. El Estado peruano no sólo debe respetar los derechos fundamentales de las personas homosexuales sino que también debe protegerlos y garantizarlos, proveyendo los medios jurídicos, inclusive procesales, para

el cumplimiento de estos mandatos constitucionales. Adicionalmente, las autoridades estatales deben llevar a cabo políticas de promoción y realizar acciones positivas para procurar la igualdad de oportunidades y su equiparación material.

La garantía de los derechos fundamentales

9. Para el Estado constitucional y democrático de Derecho, resulta esencial la existencia de un sistema de garantías que incluya la tutela de los derechos fundamentales de las personas homosexuales. También lo es que tal sistema de garantías ha de comprender tanto mecanismos generales de efectividad de tales derechos, como específicas instituciones procesales dirigidas a asegurar su protección.
10. Los tratados internacionales de derechos humanos se erigen en una importante garantía genérica (conforme al planteamiento de Ferrajoli) de efectividad de los derechos fundamentales, lo que alcanza a las personas de inclinación homosexual en la medida en que sus normas forman parte del ordenamiento jurídico peruano y cuentan con jerarquía constitucional, estatuyendo, complementariamente, distintos deberes a cargo del Estado peruano. Estos instrumentos internacionales ayudan, en consecuencia, a fijar el canon de constitucionalidad, a la luz del cual ha de juzgarse el sistema legal vigente en el país.

El derecho fundamental a la libertad

11. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos reconocen a todos los individuos la titularidad del derecho fundamental a la libertad y seguridad personales. Se encuentra aquí el fundamento normativo —que es, por lo tanto, de máximo rango jurídico— de la facultad que toda persona tiene de autodeterminarse, esto es, de elegir sus propios planes de vida y modelos de perfección moral, incluyendo la adopción de decisiones relativas a la esfera de su sexualidad.

12. En la medida en que el ejercicio de la sexualidad pertenece a la esfera íntima y reservada de cada persona, el ordenamiento constitucional, complementado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), proscribire toda interferencia o perturbación. La elección de pareja, del mismo o de distinto sexo, así como la práctica de actos sexuales con ella en privado, están por lo tanto protegidos por las cláusulas relativas al derecho a la intimidad.
13. También el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad concede tutela constitucional a las personas homosexuales y a sus relaciones afectivas estables. Y es que el derecho al «libre desenvolvimiento de la personalidad», como lo reconociera la Constitución de 1979 (artículo 2.1), o al «libre desarrollo y bienestar» de la persona, como lo declara la Carta de 1993 (también en el artículo 2.1), opera, en palabras de Bernal Pulido, como una «cláusula general residual de libertad».
14. El Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado acerca de la relevancia de los derechos fundamentales a la libertad, a la intimidad y vida privada y al libre desenvolvimiento de la personalidad, en relación a la situación de las personas con orientación sexual diversa. Si bien, en una primera decisión acerca de la cuestión jurídica de la homosexualidad, referida específicamente a la legitimidad constitucional de sancionar como delito o falta las prácticas homosexuales de miembros de las Fuerzas Armadas, el Tribunal Constitucional desaprovechó la oportunidad de fundar el fallo en aquellas libertades, posteriormente sí lo ha hecho al examinar una causa relacionada con la imposición de una sanción a un policía por contraer matrimonio con una persona transexual.

En efecto, en el caso Álvarez Rojas, el Tribunal Constitucional estableció que «la Constitución peruana no distingue a las personas por su opción y preferencias sexuales», como «tampoco en función del sexo que pudieran tener», añadiendo que «el carácter digno de la persona, en su sentido ontológico, no se pierde por el hecho de [...] ser homosexual o transexual

o, en términos generales, porque se haya decidido por un modo de ser que no sea de aceptación de la mayoría».

Asimismo, el supremo intérprete de la Carta Fundamental estipuló que «cuando el Estado, a través de uno de sus órganos, sanciona a un servidor o funcionario por tener determinado tipo de relaciones con homosexuales o, como en el presente caso, con un transexual, con independencia de la presencia de determinados factores que puedan resultar lesivos a la moral o al orden público, se está asumiendo que la opción y preferencia sexual de esa persona resulta ilegítima por antijurídica». Para el Tribunal Constitucional, con ello «se está condenando una opción o una preferencia cuya elección solo corresponde adoptar al individuo como ser libre y racional» y «simultáneamente el Estado, de modo subrepticio, está imponiendo como jurídicamente obligatorio lo que él, autoritariamente, o una mayoría, juzga como moralmente bueno».

15. La interpretación canónica de la Constitución en lo relativo a los derechos a la libertad y seguridad personales, a la intimidad y vida privada y al libre desenvolvimiento de la personalidad, que el Tribunal Constitucional viene construyendo en su jurisprudencia, consiste en que estos derechos fundamentales, reconocidos por la Norma Suprema y por los tratados internacionales de derechos humanos, configuran un ámbito de autonomía de cada sujeto que queda sustraído a interferencias y perturbaciones de los poderes públicos y de los particulares, ámbito que comprende las decisiones sobre sexualidad, en particular, aquellas relativas a la opción sexual o a la elección de pareja de uno u otro sexo.

Los derechos sexuales

16. Si bien la Constitución peruana y los tratados internacionales de derechos humanos no reconocen de modo expreso a los derechos sexuales, éstos tienen naturaleza de derechos fundamentales y por lo tanto rango máximo en el ordenamiento jurídico peruano, ya que encuentran fundamento no sólo en el imperfecto artículo 6 de la Constitución, sino en las cláusulas constitucionales que consagran derechos específicos vinculados al ejercicio de la sexualidad y también en el artículo 3, que contiene la cláusula de derechos constitucionales implícitos. Por lo demás, este entendimiento de los derechos sexuales como derechos humanos viene respaldado claramente por el propio DIDH, como es de ver del Informe del Relator Especial de la ONU sobre derecho a la salud correspondiente al año 2004.
17. Por lo que se refiere al contenido y alcance de los derechos sexuales, como anota Villanueva Flores, ellos «garantizan que las personas tengan control sobre su sexualidad», por lo que «los componentes de la sexualidad que deben considerarse protegidos son, cuando menos, la identidad sexual, la orientación sexual, la elección de pareja y la ausencia de actividad sexual coercitiva», de suerte que «se protegen la actividad sexual no procreativa o no heterosexual y se proscriben la violencia sexual, la mutilación genital, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, la discriminación por opción sexual, entre otros».

El derecho fundamental a la igualdad y no discriminación

18. Las personas de orientación sexual diversa cuentan con la protección que concede la cláusula general que proclama el derecho de todas las personas a la igualdad y no discriminación, incluida en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. Este punto es de gran importancia ya que, como advierte Rey Martínez, la problemática jurídica que plantea la homosexualidad «no siempre puede considerarse

como una actividad “íntima”, de suerte que su reconocimiento jurídico «no puede condicionarse a su confinamiento en el estricto ámbito de lo privado», ya que «esto sería una nueva forma, pero más sutil, del tradicional tratamiento jurídico de la homosexualidad entre nosotros: se toleraría mientras permaneciera invisible».

Y es que, sin perjuicio de que determinadas acciones u omisiones de los poderes públicos o de sujetos particulares lesionen otros derechos fundamentales —como los derechos de libertad—, el derecho a la igualdad y no discriminación trasciende el ámbito de lo privado (sin excluirlo) y alcanza el campo de la vida pública, por lo que su protección es de más amplio espectro y en tal sentido más eficaz.

19. El derecho-principio de igualdad, con sus dos mandatos derivados principales, de «trato paritario pese a las diferencias» (o «prohibición de discriminación») y «trato diferente pese a las similitudes» (o «deber de promoción y protección de los desfavorecidos»), se halla consagrado en el ordenamiento constitucional peruano —el cual incorpora los contenidos desarrollados por el DIDH— y ha sido reconocido por la doctrina nacional y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, además de por la Defensoría del Pueblo.

La protección de la norma suprema se extiende tanto a la igualdad ante la ley como a la igualdad en la ley, y supone que el Estado no sólo debe dictar leyes y otras medidas que respeten y garanticen estos mandatos, sino también debe poner en vigor la legislación y adoptar las medidas necesarias para trascender la mera igualdad formal y conseguir la igualdad material, equiparando en la realidad a aquellos grupos que se hallan en situaciones de desventaja, vulnerabilidad o que sufren discriminación por razones estructurales, de índole histórica o cultural.

De otro lado, están proscritas por el ordenamiento constitucional tanto la discriminación directa como la indirecta, lo que obliga al Estado a asegurar que leyes y medidas de apariencia neutral en su formulación o enunciado no comporten en la práctica un impacto adverso sobre ciertos grupos o colectivos sociales, entre ellos, las minorías sexuales.

20. Parece inobjetable que la cláusula genérica de igualdad y no discriminación, con su enumeración abierta de motivos prohibidos —que la Constitución peruana vigente recoge en su artículo 2.2—, debe ser interpretada en el sentido de incluir a la «orientación sexual» como uno de tales motivos prohibidos. Los recientes desarrollos de Derecho Constitucional comparado y de DIDH, tanto a nivel normativo como jurisprudencial, apuntan en esa dirección, lo que se ve apoyado igualmente por la doctrina.

Una precisión debe hacerse, empero: la mejor ubicación conceptual de la discriminación por orientación sexual no es como parte integrante del criterio «sexo», mencionado expresamente por los tratados internacionales de derechos humanos y por la Constitución peruana de 1993, sino como un motivo prohibido no enumerado.

No obstante, debe considerarse que tanto la distinción fundada en el criterio del sexo como aquella basada en la orientación sexual, al ser ambas «sospechosas», exigen un escrutinio estricto, es decir, una justificación de especial intensidad a cargo del Estado.

21. El Código Procesal Constitucional, que entró en vigor el 30 de noviembre de 2004, ha interpretado y desarrollado la normativa constitucional disponiendo, de manera expresa, que el proceso constitucional de amparo procede en defensa del derecho de igualdad y de no ser discriminado por «orientación sexual» (artículo 37.2). De este modo, comienza a romperse, a nivel legislativo, el cerco de silenciamiento y desprotección que existía respecto de los derechos de las minorías

sexuales en el Perú, en particular, respecto de su derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación.

22. El Tribunal Constitucional no ha relacionado los procesos relativos a los derechos de personas transexuales que le ha tocado resolver, con una eventual violación del derecho-principio de igualdad y no discriminación.

No obstante, en fecha reciente, el alto tribunal peruano se ha referido de manera explícita y precisa a la cuestión de la discriminación por orientación sexual, en relación a una causa de hábeas corpus en que se discutía si la reclamante tenía derecho a la visita íntima en su condición de condenada por delito de terrorismo, que se halla reclusa en un centro penitenciario. El Tribunal consideró violados los derechos de la beneficiaria al libre desarrollo de la personalidad y a la integridad personal, y, en consideraciones laterales (*obiter dicta*), que parecen anunciar un futuro desarrollo principal y específico sobre la materia apenas haya ocasión para ello, dejó anotado que «la permisión de la visita íntima no debe sujetarse a ningún tipo de discriminación, ni siquiera aquellas que se fundamenten en la orientación sexual de las personas privadas de su libertad», y que «en estos casos la autoridad penitenciaria, al momento de evaluar la solicitud de otorgamiento, deberá exigir los mismos requisitos que prevé el Código de Ejecución Penal y su Reglamento para las parejas heterosexuales».

Modalidades de protección constitucional a uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo

23. Queda establecido en el presente informe que la Constitución otorga protección a las personas homosexuales e impone al legislador democrático el deber de aprobar leyes orientadas a desarrollar y asegurar tal protección, pues, de otro modo, se lesionaría derechos y principios fundamentales del ordenamiento constitucional, tales como los de

dignidad de las personas, garantía de los derechos humanos, libertad y seguridad personales, intimidad y privacidad, libre desenvolvimiento de la personalidad, derechos sexuales e igualdad y no discriminación.

La alternativa del matrimonio homosexual: las limitaciones constitucionales

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

Ello no significa, empero, que las uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo carezcan de protección jurídica a la luz de la Constitución; significa tan sólo que tal protección habrá de viabilizarse a través de medios distintos de la extensión del instituto matrimonial, aunque existirán semejanzas en aspectos cruciales, ya que así lo impone «la naturaleza de las cosas» (Const, artículo 103).

25. Si bien la Constitución no indica que el matrimonio debe celebrarse entre personas de sexo distinto, sí exige la heterosexualidad para la formación del concubinato que ella protege (en sus aspectos patrimoniales), de suerte que parece obligada la conclusión acerca de la necesidad de que los contrayentes matrimoniales sean asimismo heterosexuales. Es necesario insistir en que el concubinato o unión *more uxorio* —esto es, unión a la manera del matrimonio— es una institución jurídica constitucionalmente definida teniendo como modelo a la unión matrimonial. Así, pues, si la institución derivada o secundaria, el concubinato, tiene como exigencia esencial el rasgo de la heterosexualidad, ¿es razonable pensar que la institución originaria o principal, el matrimonio, no la tenga?

Asunto diverso es si se está de acuerdo o no con esta definición constitucional del concubinato y del matrimonio, en lo relativo a los sujetos contrayentes. En la actualidad, hay en esta materia, qué duda cabe, un amplio campo para la discrepancia por razones ideológicas y valorativas. Lo que ocurre es que los objetores de la regulación constitucional, si desean ser respetuosos de los mecanismos propios del Estado constitucional y democrático de Derecho, deberán transitar las vías del procedimiento de reforma constitucional que la misma Carta prevé (artículo 206, Const.), a fin de extender el alcance subjetivo —limitado sólo a las parejas heterosexuales— que forma parte esencial de la institución matrimonial conforme a la Constitución.

26. La idea de que los tratados internacionales de derechos humanos, en su articulación con el Derecho Constitucional peruano, ofrecen base suficiente a la legitimidad jurídica de los matrimonios entre personas del mismo sexo debe igualmente ser desestimada. Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) aluden al «hombre» y la «mujer» como los titulares del derecho «a contraer matrimonio y a fundar una familia», y no puede aceptarse la interpretación meramente literal según la cual los textos de estos tratados internacionales no establecen que el hombre y la mujer han de casarse entre ellos. Todo parece indicar, por el contrario, que para los instrumentos internacionales de derechos humanos la heterosexualidad es también un rasgo esencial del instituto matrimonial. Así lo confirma la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —casos Rees (1986), Cossey (1990), I. y Goodwin (2002)— y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (caso Joslin *et al.*, de 2002).
27. El contenido esencial del derecho a contraer matrimonio y el de la misma institución matrimonial está formado por los siguientes elementos: diversidad sexual de los contrayentes, consentimiento libre y pleno, igualdad de derechos y responsabilidades de los cónyuges, finalidad de

hacer vida común y estabilidad o permanencia del vínculo. Se excluye, así, la finalidad procreadora. Puede concluirse, en consecuencia, siguiendo a Norbert Lösing, que existe un núcleo de lo que es el matrimonio, que queda sustraído a la disponibilidad del legislador ordinario y de la interpretación judicial, el cual se compone de elementos que se han ido formando históricamente, incluso antes de la aprobación de la Constitución vigente, elementos que «son especialmente la idea de la unión voluntaria, en un principio indisoluble, de un hombre y una mujer contraída para convivir y compartir en todo y dar la seguridad y el respaldo necesario para crear una familia».

28. En distintos ordenamientos jurídicos se ha admitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, asumiendo que la Constitución permite introducir la correspondiente legislación homologadora. Y es que, como señala el Consejo General del Poder Judicial español, existen tres modelos constitucionales posibles sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo: (i) modelo del matrimonio homosexual como «exigencia constitucional»; (ii) modelo del matrimonio homosexual como «cuestión dejada a la libre disposición del legislador»; y (iii) modelo del matrimonio homosexual como constitucionalmente prohibido.
29. Según se ha expuesto en el presente informe, el modelo recogido en la Constitución peruana de 1993 es el prohibitivo, de manera que no es disponible para el legislador la introducción o no de la unión conyugal entre personas homosexuales en el Perú. Desde luego, tal entendimiento no impide que, de darse las condiciones para ello, pueda procederse a una reforma constitucional que acoja la nueva figura, siempre que sean cumplidas las exigencias del artículo 206 de la Carta. En todo caso, si contra la interpretación defendida en el presente informe, se admitiera que el modelo constitucionalizado en el Perú es el de libre disposición del legislador, tendríamos un sistema matrimonial heterosexual por mandato de la ley (artículo 234, Código Civil), bastando para su cambio una simple reforma legislativa ordinaria.

Las otras alternativas constitucionales: el concubinato,
la unión civil y el Registro

30. Pese a la exclusión constitucional del matrimonio y el concubinato entre personas del mismo sexo, parece también fuera de duda que el régimen jurídico de protección de las uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo ha de tener una serie de rasgos compartidos con aquellas dos instituciones. Tal régimen jurídico —que, siguiendo a la normativa vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pudiera recibir el nombre de «unión civil»— tendrá semejanzas innegables con el matrimonio y la unión *more uxorio*, ya que, del mismo modo que estos institutos, se funda en el libre deseo de los contrayentes de hacer vida en común, con carácter permanente, compartiendo techo y pan. Es decir, las parejas conyugales, concubinarias y homosexuales estables, todas ellas, se forman para que sus integrantes realicen en conjunto un proyecto de vida sustentado en la elección afectiva.
31. La opinión que se defiende en este informe es que el régimen legal de protección de las uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo debe ser lo más amplio posible, ya que estamos ante una cuestión que involucra diversos derechos fundamentales de la persona, los cuales cuentan con la protección acordada por el Derecho constitucional peruano y el DIDH. Si bien la Constitución reserva la institución matrimonial a cónyuges heterosexuales, ello no significa que no pueda establecerse mediante ley un régimen tuitivo semejante —en todo aquello que venga impuesto por «la naturaleza de las cosas» (artículo 103, Const.)— para las parejas homosexuales. Y es que donde no haya causas objetivas y razonables para introducir regímenes diferenciados, éstos deben ser evitados, a fin de no incurrir en discriminación y violación de derechos fundamentales, y por tanto en inconstitucionalidad. También razones de técnica legislativa sustentan esta opción.

32. El legislador peruano, en desarrollo del mandato constitucional, debe aprobar una «ley de unión civil» que introduzca un régimen legal completo y coherente para brindar tutela a las uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo. Tal régimen legal ha de ser similar en todo al existente para el matrimonio, excepto en cuanto atañe a la adopción; y esto no tanto por razones de principio moral como por razones de prudencia del legislador, debido al estado actual del debate científico, en el que no se observa el necesario consenso acerca de las consecuencias que sobre los niños tiene la formación que pudieran recibir en un hogar conformado por personas del mismo sexo.

Es de notar que las restricciones existentes en el ordenamiento nacional para el concubinato (o su menor nivel de protección legal), por comparación con el matrimonio, no tienen justificación en el caso de las parejas de personas del mismo sexo, habida cuenta la prohibición de enlace matrimonial que pesa sobre éstas, lo que no ocurre respecto de los concubinos (propios), quienes están habilitados para casarse entre sí en cualquier momento.

De este modo, como sostiene Asua González, el debate respecto del régimen legal a reconocer para las uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo termina por ser, en sus rasgos esenciales, una disputa sobre el nombre de la institución (el *nomen iuris*), ya que el contenido de la regulación ha de tener muy pocas diferencias relevantes entre matrimonio y unión civil.

33. Los miembros de la unión civil (la pareja homosexual estable) deberán tener los mismos derechos en cuanto a la unión civil, durante ella y en caso de su disolución. Asimismo, la celebración del pacto que constituye legalmente el vínculo habrá de basarse en la libre voluntad de las partes. En fin, la unión civil debe conceder a sus miembros derechos y obligaciones tanto de orden patrimonial como de índole espiritual o moral. Ello incluye, en cuanto al primer aspecto, la posibilidad de sujetarse al régimen de la

sociedad de gananciales o a un régimen de división de bienes, y plenos derechos hereditarios; y, en cuanto al segundo aspecto, los deberes de auxilio y asistencia, incluyendo los deberes alimentarios, de cuidados de la salud del compañero, etcétera. Un conjunto de otros derechos, de orden penal, tributario, laboral y previsional, etcétera, también deberán ser expresamente estipulados.

34. Las regulaciones específicas sobre la unión civil deberán ser fijadas mediante la necesaria deliberación pública, pudiendo haber al respecto distintas alternativas razonables. Quedan comprendidas aquí cuestiones tales como los requisitos para formar una unión civil, la probanza del cumplimiento de tales requisitos, los impedimentos a los contrayentes, la responsabilidad de la pareja, las causales de disolución del vínculo, entre otros aspectos. Por cierto, las normativas aprobadas en otros países habrán de ser tenidas en cuenta, como experiencias de las cuales obtener lecciones y conocer las mejores prácticas.
35. Pese a las críticas formuladas por algunos autores, la institución del «Registro de uniones civiles» parece adecuada a la finalidad de otorgar mayor certeza y seguridad jurídica, tanto a los contrayentes como a los terceros. Así, la constitución de un Registro especial donde inscribir la unión y diversos actos realizados durante a su existencia, incluyendo pactos patrimoniales y la eventual disolución de la unión civil misma, resulta conveniente y no se opone sino que, por contrario, complementa a la nueva institución esbozada.

Bibliografía

Abad Yupanqui, Samuel, «Prólogo», en AA.VV., *El derecho como campo de lucha: orientación sexual e identidad de género*, Lima, DEMUS, 2008, pp. 7-10.

_____, *El proceso constitucional de amparo*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004.

Anicama Campos, Cecilia, *Derechos sexuales y reproductivos: avances y retrocesos*, Lima, CAJ, 2003.

Asua González, Clara, «Matrimonio y derecho a contraer matrimonio. Reflexiones al hilo de la Ley 13/2005», en *Orientaciones – Revista de homosexualidades*, Madrid, Fundación Triángulo, segundo semestre de 2005, pp. 27-50.

AA.VV., *El derecho como campo de lucha: orientación sexual e identidad de género*, Lima, DEMUS, 2008.

Belaunde, Alberto de, «Matrimonios entre homosexuales en el Perú», en *Ideele* núm. 181, Lima, Instituto de Defensa Legal, 2007, pp. 55-56.

Benda, Ernesto, «Dignidad humana y derechos de la personalidad», en Benda, Ernesto *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, segunda edición, 2001, pp. 117-144.

Bernal Pulido, Carlos, «El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional», en Id., *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 255-283.

_____, «El derecho al libre desarrollo de la personalidad», en Id., *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 245-254.

Bernales Ballesteros, Enrique, *La Constitución de 1993: análisis comparado*, Lima, Editora RAO, quinta edición, 1999.

Bobbio, Norberto, «La igualdad y la dignidad de los hombres», en Id., *El tercero ausente*, Madrid, Cátedra, 1997, pp. 97-115.

Calvo, Kerman, «Matrimonio homosexual en España. En busca de explicaciones para una política», en *Orientaciones – Revista de homosexualidades*, Madrid, Fundación Triángulo, segundo semestre de 2005, pp. 9-26.

Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, *Informe 2005-2006: derechos humanos de las mujeres*, Lima, CMP Flora Tristán, 2006.

Chirinos Soto, Enrique y Chirinos Soto, Francisco, *Constitución de 1993, lectura y comentario*, Lima, NERMSA, 1994.

Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, Lima, CVR, noviembre de 2003, T. IV.

Comité de Derechos Humanos de la ONU, «Observaciones relativas a la Comunicación núm. 488/1992» (caso Toonen vs. Australia), documento CCPR/C/50/D/488/1992, del 4 de abril de 1994 (español).

Congreso de la República – Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, *Proyecto de ley de reforma constitucional*, Lima, Congreso de la República, julio de 2002.

_____, *Anteproyecto de ley de reforma constitucional*, Lima, Congreso de la República, abril de 2002.

Consejo de Estado de España, «Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio», Madrid, 16 de diciembre de 2004.

Consejo General del Poder Judicial de España, «Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo», Madrid, 6 de octubre de 2004.

Consejo Nacional de Derechos Humanos, *Plan Nacional de Derechos Humanos 2006-2010*, Lima, diciembre de 2005, publicado en *El Peruano* (separata especial del suplemento *Normas Legales*), 11 de diciembre de 2005.

Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, *Informe anual 2007: la hora de la justicia*, Lima, CNDDHH, junio de 2008.

Defensoría del Pueblo, *La discriminación en el Perú: problemática, normatividad y tareas pendientes*, Lima, Defensoría del Pueblo, septiembre de 2007.

DEMUS y MHOL, «Discriminación por orientación sexual en Perú: situación de las lesbianas, trans, gays y bisexuales en Perú» (documento entregado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), en AA.VV., *Audiencia temática sobre la situación de discriminación por orientación sexual en el Perú ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH*, Lima, DEMUS, mayo de 2006.

Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, «Las nuevas fronteras y la crisis del concepto de familia: notas para un debate posible», en Kemelmajer de Carlucci, Aída, *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, T. I, pp. 17-27.

Eguiguren Praeli, Francisco, «Libre opción sexual, sanción y discriminación», en *Informando Justicia*, boletín electrónico del Consorcio Justicia Viva, Lima, 10 de febrero de 2005 (en www.justiciaviva.org.pe).

_____, «Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia constitucional peruana», en Eguiguren Praeli, Francisco y Espinoza-Saldaña Barrera, Eloy, *Dos ensayos sobre nueva jurisprudencia constitucional: los tratados de derechos humanos y el hábeas corpus contra resoluciones judiciales*, Lima, Justicia Viva, 2003, pp. 7-40.

_____, «El derecho a la libertad personal: contenido, restricciones y protección frente a detenciones arbitrarias», en Id., *Estudios constitucionales*, Lima, Ara Editores, 2002, pp. 25-92.

_____, «Principio de igualdad y derecho a la no discriminación», en Id., *Estudios constitucionales*, Lima, Ara Editores, 2002, pp. 93-118.

Fernández Revoredo, Marisol, «Avances hacia el reconocimiento de derechos para las personas LGBT: sobre cómo el Tribunal Constitucional peruano ha contribuido a ello», en AA.VV., *El derecho como campo de lucha: orientación sexual e identidad de género*, Lima, DEMUS, 2008, pp. 11-20.

_____, Intervención en AA.VV., «Acerca de la problemática de las uniones homosexuales: matrimonio y adopción (mesa redonda)», en *Themis - Revista de Derecho* núm. 53, Lima, PUCP, 2007, pp. 303-312.

_____, «La familia vista a la luz de la Constitución y los derechos fundamentales: aproximación a un análisis crítico de las instituciones familiares», en *Foro Jurídico*, Año I, núm. 2, Lima, PUCP, julio de 2003, pp. 118-122.

Ferrajoli, Luigi, «El Derecho como sistema de garantías», en Id., *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, segunda edición, 2001, pp. 15-35.

García Belaunde, Domingo, «La nueva Constitución del Perú: Poder Judicial y garantías constitucionales», en Landa, César y Faúndez, Julio (eds.), *Desafíos constitucionales contemporáneos*, Lima, PUCP, 1996, pp. 35-65.

Guastini, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, D.F., Editorial PORRUA - UNAM, segunda edición, 2000.

Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, Lima, UNAM – PUCP, 2003.

Hevia, Martín y Spector, Ezequiel, «La constitucionalidad de la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo en Argentina», en *Jura Gentium - Revista de filosofía del derecho internacional y de la política global*, IV, Italia, 2008, 1 (en www.juragentium.unifi.it).

Landa Arroyo, César, «Dignidad de la persona humana», en Id., *Constitución y fuentes del Derecho*, Lima, Palestra, 2006, pp. 15-39.

_____, «Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el ordenamiento constitucional peruano», en Id., *Constitución y fuentes del Derecho*, Lima, Palestra, 2006, pp. 117-132.

_____, *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, Lima, Palestra, segunda edición, 2003.

_____, «Jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución del Perú de 1993», en *Revista Jurídica del Perú*, año XLVIII, núm. 16, Lima, julio – septiembre de 1998, pp. 3-12.

León, Magdalena y Hurtado, Lourdes, *Acción afirmativa hacia democracias inclusivas: Perú*, Santiago de Chile, Fundación Equitas, 2005.

Lerner Febres, Salomón, «A cinco años de la presentación del Informe Final de la CVR del Perú», incluido como «Prefacio» en Comisión de Entrega de la CVR, *Hatun Willakuy – Versión abreviada del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, Lima, CVR, IDEHPUCP, Defensoría del Pueblo, MISEREOR, primera reimpresión, 2008, pp. I-X.

Lima Lopes, José Reinaldo de, «El derecho al reconocimiento para gays y lesbianas», en *Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos*, Año 2, núm. 2, 2005, São Paulo, Brasil, pp. 67-97.

Loayza Tamayo, Carolina, «Los tratados de derechos humanos en el marco del derecho internacional y su interacción con el derecho interno peruano», en AA.VV., *Justicia y reparación para mujeres víctimas de violencia sexual en contextos de conflicto armado interno*, Lima, Consejería en Proyectos, 2007, pp. 107-154.

Loli, Silvia, «Síntesis y comentarios», en AA.VV., *Mujer y reforma constitucional*, Lima, Internacional IDEA, 2002, pp. 87-95.

Lösing, Norbert, «¿Discriminación o diferenciación? Los derechos humanos en las parejas del mismo sexo», en Kemelmajer de Carlucci, Aída, *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, T. I, pp. 115-131.

Llaja, Jeannette, *Discriminación por orientación sexual: no hay igualdad sin visibilidad*, Lima, DEMUS, segunda edición, octubre de 2005.

Medina, Graciela, *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2001.

Mesía Ramírez, Carlos, *Derechos de la persona: dogmática constitucional*, Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2004.

Movimiento Homosexual de Lima (MHOL) (Bracamonte, Jorge y Álvarez, Roland, eds.), *Informe anual 2005: situación de los derechos humanos de lesbianas, trans, gays y bisexuales en el Perú*, Lima, MHOL, junio de 2006.

Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, segunda edición, 1989.

Olivera Fuentes, Crissthian, «Crímenes de odio por orientación sexual o identidad de género en el Perú», en AA. VV., *El derecho como campo de lucha: orientación sexual e identidad de género*, Lima, DEMUS, 2008, pp. 47-71.

Palacios Zuloaga, Patricia, *La no discriminación: estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2006.

Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, Informe presentado a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, documento E/CN.4/2004/49, del 16 de febrero de 2004 (español).

Rey Martínez, Fernando, «Homosexualidad y Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 73, enero-abril de 2005, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 111-156.

Rubio Correa, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Lima, PUCP, 1999, Tomos I y II.

_____, «La ubicación jerárquica de los tratados de derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993», en *Pensamiento constitucional*, año V, núm. 5, 1998, Lima, PUCP, pp. 99-113.

_____, «El sistema legislativo en la Constitución de 1993», en AA.VV., *La Constitución de 1993: análisis y comentarios*, Lima, CAJ, 1994, pp. 165-176.

Sager, Lawrence, *Juez y democracia: una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

Sánchez Martínez, Olga, «Constitución y parejas de hecho: el matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, núm. 58, enero-abril de 2000, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 45-69.

Sulmont Haak, David, *Encuesta nacional sobre exclusión y discriminación social: informe final de análisis de resultados*, Lima, DEMUS, febrero de 2005.

Vega Mere, Yuri, «La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales», en Id., *Las nuevas fronteras del Derecho de Familia*, Lima, Editora Normas Legales, 2003, pp. 45-114.

_____, «Consideraciones jurídicas sobre la unión de hecho», en Id., *Las nuevas fronteras del Derecho de Familia*, Lima, Editora Normas Legales, 2003, pp. 115-222.

Villanueva Flores, Rocío, *Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.

_____, «Análisis del Derecho y perspectiva de género», en AA.VV., *Sobre género, Derecho y discriminación*, Lima, Defensoría del Pueblo, 1999, pp. 11-48.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia

Sentencia C-029-2009, caso de la inconstitucionalidad de diversas disposiciones legales, de 28 de enero de 2009.

Sentencia C-075/07, caso del régimen patrimonial de las uniones homosexuales, del 7 de febrero de 2007.

Sentencia T-268/00, caso del desfile gay en Neiva, de 7 de marzo de 2000.

Sentencia C-481/98, caso de la homosexualidad como falta disciplinaria de los docentes, de 9 de septiembre de 1998.

Sentencia T-097/94, caso de la sanción de la homosexualidad en las fuerzas militares, de 7 de marzo de 1994.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sentencia del caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, del 21 de noviembre del 2007.

Opinión Consultiva 18/03, «Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados», del 17 de septiembre de 2003.

Opinión Consultiva 8/87, «El hábeas corpus bajo suspensión de garantías», del 30 de enero de 1987.

Corte Suprema de los Estados Unidos

Sentencia del caso Lawrence vs. Texas, del 26 de junio de 2003, Opinión de la Corte (voto en mayoría).

Tribunal Constitucional de España

Auto 222/1994, del 11 de julio de 1994.

Tribunal Constitucional del Perú

STC 1317-2008-PHC/TC, caso Tudela y Barreda (sitio web del Tribunal Constitucional, 17 de junio de 2008).

STC 01575-2007-PHC/TC, caso Venturo Ríos (sitio web del Tribunal Constitucional, 17 de abril de 2009).

STC 06572-2006-PA, caso Rosas Domínguez (sitio web del Tribunal Constitucional, 14 de marzo de 2008).

STC 06540-2006-PA, caso Orrillo Arce (sitio web del Tribunal Constitucional, 21 de febrero de 2008).

STC 2730-2006-PA/TC, caso Castillo Chirinos (*El Peruano*, 5 de agosto de 2006).

STC 00027-2006-PI/TC, caso del régimen laboral de los trabajadores agrarios (*El Peruano*, 2 de febrero de 2008).

STC 00007-2006-PI/TC, caso de la Calle de las pizzas (*El Peruano*, 9 de diciembre de 2007).

STC 5854-2005-PA/TC, caso Lizana Puelles (sitio web del Tribunal Constitucional, 8 de noviembre de 2005).

STC 03605-2005-AA/TC, caso Anaya Cruz (sitio web del Tribunal Constitucional, 4 de junio de 2005).

STC 02273-2005-PHC/TC, caso Quiroz Cabanillas (*El Peruano*, 24 de octubre de 2005).

STC 1417-2005-AA/TC, caso Anicama Hernández (*El Peruano*, 12 de julio de 2005).

STC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, caso PROFA 3 (*El Peruano*, 19 de agosto de 2006).

STC 0019-2005-PI/TC, caso de la equiparación del arresto domiciliario (*El Peruano*, 21 de julio del 2005).

STC 4587-2004-AA/TC, caso Martín Rivas 1 (sitio web del Tribunal Constitucional, 15 de febrero de 2006).

STC 2868-2004-AA/TC, caso Álvarez Rojas (sitio web del Tribunal Constitucional, 7 de febrero de 2005).

STC 2798-04-HC/TC, caso Vera Navarrete (sitio web del Tribunal Constitucional, 27 de febrero de 2005).

STC 2016-2004-AA/TC, caso Correa Condori (sitio web del Tribunal Constitucional, 8 de abril de 2005).

STC 0606-2004-AA/TC, caso Otoya Petit (sitio web del Tribunal Constitucional, 16 de agosto de 2005).

STC 0048-2004-AI/TC, caso de las regalías mineras (*El Peruano*, 7 de abril de 2005).

STC 0045-2004-AI/TC, caso PROFA 1 (sitio web del Tribunal Constitucional, 31 de marzo de 2006).

STC 2945-2003-AA/TC, caso Meza García (sitio web del Tribunal Constitucional, 12 de julio de 2004).

STC 0023-2003-AI/TC, caso del Código de Justicia Militar (sitio web del Tribunal Constitucional, 28 de octubre de 2004).

STC 0001/0003-2003-AI/TC, caso del formulario registral (sitio web del Tribunal Constitucional, 27 de agosto de 2003).

STC 2488-2002-HC/TC, caso Villegas Namuche (sitio web del Tribunal Constitucional, 23 de marzo de 2004).

STC 0217-2002-HC/TC, caso Crespo Bragayrac (sitio web del Tribunal Constitucional, 20 de septiembre de 2002).

STC 010-2002-AI/TC, caso Tineo Silva (*El Peruano*, 4 de enero de 2003).

STC 0895-2001-AA/TC, caso Rosado Adanaque (sitio web del Tribunal Constitucional, 16 de marzo de 2003).

STC 1277-99-AC/TC, caso de los inocentes en prisión (*El Peruano*, 30 de octubre de 2000).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencia del caso Karner vs. Austria, del 24 de julio de 2003.

Sentencia del caso Fretté vs. Francia, del 26 de mayo de 2002.

Sentencia del caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal, del 21 de marzo de 2000.

Sentencia del caso Modinos vs. Chipre, del 22 de abril de 1993.

Sentencia del caso Norris vs. Irlanda, del 26 de octubre de 1988.

Sentencia del caso Dudgeon vs. Reino Unido, del 22 de octubre de 1981.

PROMSEX

Centro de Promoción y Defensa de los
Derechos Sexuales y Reproductivos

www.promsex.org

people
unlimited
HIVOS



ISBN: 978-612-45154-7-7



PROM⁵**SEX**
AÑOS

Centro de Promoción y Defensa de los
Derechos Sexuales y Reproductivos

www.promsex.org