



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

Análisis de los alcances jurídicos en relación a la familia homoparental bajo los principios de igualdad y no discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (periodo 1981-2016) y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (periodo 2012- 2020)

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos

AUTOR

Luisana Isell VEGA ZEÑA

ASESOR

Dr. Raúl Roosevelt CHANAMÉ ORBE

Lima, Perú

2022



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Vega, L. (2022). *Análisis de los alcances jurídicos en relación a la familia homoparental bajo los principios de igualdad y no discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (periodo 1981-2016) y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (periodo 2012- 2020)*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Luisana Isell Vega Zeña
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	41999854
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-3820-5146
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Raúl Roosevelt CHANAMÉ ORBE
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	06152866
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-8879-9544
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	José Félix PALOMINO MANCHEGO
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06756703
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Manuel Alexis BERMÚDEZ TAPIA
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	09854795
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	María Candelaria QUISPE PONCE
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	29616691
Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	Oscar José CUBAS BARRUETO
Tipo de documento	DNI

Número de documento de identidad	10200982
Datos de investigación	
Línea de investigación	E.1.2.7 Derechos Humanos
Grupo de investigación	No aplica
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento
Ubicación geográfica de la investigación	<p>Universidad Nacional Mayor de San Marcos Ciudad Universitaria País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Lima Cercado Av. Carlos Germán Amezaga #375 Latitud: -12.056423 Longitud: -77.084333</p>
Año o rango de años en que se realizó la investigación	Marzo 2019 - diciembre 2020
URL de disciplinas OCDE	Derecho https://purl.org/pe-epo/ocde/ford#5.05.01



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

En la ciudad de Lima, a los veintiséis días del mes de mayo del año dos mil veintidós, siendo las dieciséis horas, bajo la Presidencia del Dr. José Félix Palomino Manchego y con la asistencia de los Profesores: Dr. Raúl Roosevelt Chanamé Orbe, Mg. Manuel Alexis Bermúdez Tapia, Dra. María Candelaria Quispe Ponce, Mg. Oscar José Cubas Barrueto, y la postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Bachiller doña **Luisana Isell VEGA ZEÑA**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada: “ANÁLISIS DE LOS ALCANCES JURÍDICOS EN RELACIÓN A LA FAMILIA HOMOPARENTAL BAJO LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (PERIODO 1981-2016) Y EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (PERIODO 2012- 2020)”.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado con la calificación muy bueno con nota de dieciocho (18)

A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos al Bachiller en Derecho doña **Luisana Isell VEGA ZEÑA**.

Se extiende la presente acta en dos originales y siendo las diecisiete horas con treinta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.

Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO
Presidente
Profesor Principal

Dr. Raúl Roosevelt CHANAMÉ ORBE
Asesor
Profesor Principal

Mg. Manuel Alexis BERMÚDEZ TAPIA
Jurado Informante
Profesor Auxiliar

Dra. María Candelaria QUISPE PONCE
Jurado Informante
Profesor Contratada

Mg. Oscar José CUBAS BARRUETO
Miembro
Profesor Contratado

Dedicatoria

Esta tesis está dedicada a todas las personas que perdieron la vida debido a la violencia por prejuicio dejando un vacío en la humanidad, de igual manera, a los invisibles, porque algún día gocen de un mundo mejor y a todo aquél que tenga la esperanza de vivir en una sociedad verdaderamente democrática y segura en la cual el temor a perder la vida por las expresiones de amor haya quedado atrás.

Agradecimientos

Debo empezar por agradecer a las personas que han contribuido de manera determinante a la concreción de la presente tesis, así reitero mi gratitud y admiración a aquellas familias, quienes me hicieron parte de ellas por unos días, confiando lo más preciado que podemos tener, la intimidad familiar; asimismo, mi reconocimiento a los especialistas entrevistados, quienes me brindaron generosamente su tiempo, conocimientos y enseñanzas que motivaron el estudio y el ímpetu por investigar profundamente el tema. A mi maestro, amigo y asesor, el Doctor Raúl Chanamé, por su paciencia y sabiduría en guiar esta tesis, al Doctor Juan Carlos Centurión Portales, por sus enseñanzas memorables en los Derechos Humanos y por cada mensaje de aliento, mi admiración total. Mi gratitud infinita al mayor soporte que el ser humano puede tener, la familia. Mi reverencia a mi madre, Ana Zeña, por estar en los momentos más difíciles y darme aquella fortaleza que a veces pierdo, así como a la complicidad de mi padre, Ricardo Vega y a la de hermana Patricia Vega. Lo son todo. A ti, Luis Enrique Santillán, mi otro yo.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
PRIMERA PARTE	5
ASPECTOS METODOLÓGICO	5
i. Situación problemática: Presentación del tema y del problema	5
ii. Formulación del problema de investigación	7
Problema General.....	8
iii. Justificación de la investigación	8
iv. Objetivos de la Investigación.....	9
iv.a. Objetivo General	9
iv.b. Objetivos Específicos	10
v. Hipótesis e identificación de variables.....	11
vi. Tipo de investigación y metodología aplicada: Investigación cualitativa	11
vi.a. Unidad de Análisis	12
vi.b. Población de estudio.....	12
vi.c. Tamaño de la muestra.....	12
vi.d. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	12
CAPÍTULO I	15
ESTADO DE LA CUESTIÓN	15
1.1. Antecedentes del problema	15
1.1.1 Estudios y conclusiones que señalan la no existencia de indicios perjudiciales en los menores que se crían en familias homoparentales:	21
1.1.2 Estudios y conclusiones que señalan la existencia de indicios perjudiciales en los menores que se crían en familias homoparentales:	24
1.1.3 Estudios sobre la familia homoparental en el Perú.....	25
1.2 Bases jurídicas que desarrollan el enfoque social aplicado	28
1.3 Enfoques socio jurídicos aplicados al caso concreto	31
1.3.1. Teoría estructural - sistémica de la familia.....	35

CAPÍTULO II	42
RECONFIGURACIÓN DE LOS MODELOS FAMILIARES Y EL RECONOCIMIENTO DEL VÍNCULO FAMILIAR CREADO POR LAS PERSONAS LGBTI A PARTIR DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN	42
2. Definición de familia.....	42
2.1 De la familia tradicional a la familia del siglo XXI ¿Crisis del modelo de familia tradicional nuclear-conyugal?.....	49
2.2. Reconfiguraciones estructurales de la familia: Nuevas formas de convivencia familiar.....	52
2.2.1. Definición del acrónimo LGTBI y las demás identidades que las contiene	56
2.2.2 Sobre las diferencias categoriales en el colectivo LGBTI y la teoría del Reconocimiento de Nancy Fraser, Charles Taylor, Mead y Alex Honneth	59
2.2.3. Sistemas de desigualdad y de exclusión aplicados a la comunidad LGBTI .	66
2.3. El principio y derecho a la igualdad.....	69
2.3.1. El principio - derecho a la igualdad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respecto a la comunidad LGBT.....	71
2.3.2 Desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al derecho a la igualdad, orientación sexual, identidad de género como “otra condición social” en el artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos.	72
2.3.3. El derecho a la vida privada, el mandato de no discriminación por orientación sexual y el matrimonio en relación a las personas LGBTI en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).....	78
2.4. El reconocimiento del matrimonio igualitario en los Estados y la protección legal de las familias que conforman a partir del principio de igualdad y no discriminación.	81
2.4.1 Estados que han reconocido la unión civil y matrimonio igualitario	82
2.4.2 Definición y análisis de la homoparentalidad como nuevo tipo de familia reconocida a partir del matrimonio igualitario.	102
2.4.3. El cambio de paradigma doctrinario y jurídico en relación al “interés superior del niño”.	105
2.4.4 El Interés Superior del Niño en el contexto de una familia homoparental	115

CAPÍTULO III	117
JURISPRUDENCIA RESPECTO AL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS DE PERSONAS LGBTI Y DE PAREJAS DEL MISMO SEXO EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	117
3.1. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	117
3.1.1. “ <i>Dudgeon c. Reino Unido. Aplicación 7525/796, sentencia del 22 de octubre de 1981</i> ”	119
3.1.2. “ <i>Morris c. Irlanda (Aplicación no. 10581/83) 26 de octubre de 1988</i> ”	123
3.1.3 “ <i>Modinos c. Chipre. Aplicación no. 15070/89, sentencia del 22 de abril de 1993</i> ”	125
3.1.4 “ <i>Laskey, Jaggard y Brown c. Reino Unido. Aplicación no. 21627/93; 21628/93; 21974/93 19 de febrero de 1997</i> ”	127
3.1.5. “ <i>X, Y y Z c. Reino Unido. Aplicación no. 21830/93, sentencia del 22 de abril de 1997</i> ”	130
3.1.6. “ <i>Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal. Aplicación no. 33290/96, sentencia del 21 de diciembre de 1999</i> ”.....	133
3.1.7. “ <i>Frette c. Francia. Aplicación no. 36515/97. Sentencia del 26 de febrero de 2002</i> ”	136
3.1.8. “ <i>E. B. c. Francia. Aplicación no. 43546/02. Sentencia del 22 de enero de 2018</i> ”	139
3.1.9. “ <i>X y otros c. Austria. Aplicación no. 19010/07. Sentencia del 19 de febrero de 2013</i> ”	143
3.1.10. “ <i>Christine Goodwing c. Reino Unido. Aplicación no. 28957/95. Sentencia del 11 de julio de 2002</i> ”.	148
3.1.11. “ <i>Karner c. Austria. Aplicación no. 40016/98. Sentencia del 24 de octubre de 2003</i> ”	152
3.1.12. “ <i>Kozak c. Polonia. Aplicación no. 13102/02. Sentencia del 2 de junio de 2010</i> ”	155
3.1.13. “ <i>Shalk y Kopf c. Austria. Aplicación no. 30141/04. Sentencia del 22 de noviembre de 2010</i> ”.	159
3.1.14. “ <i>Oliari y otro c. Italia. Aplicaciones nos. 18766/11 and 36030/11). Sentencia de 21 de octubre de 2015</i> ”	163
3.1.15. “ <i>Aldeguer Tomás c. España. Aplicación nº 35214/09, sentencia del 14 de junio de 2016</i> ”	168
3.1.16. “ <i>Charpentier c. Francia. Aplicación no. 40183/07, sentencia del 09 de setiembre de 2016</i> ”.....	173
3.2 Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	175

3.2.1. Caso 12.502: “Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”	178
3.2.2. Caso. 12.841, “Duque Vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”	188
3.2.3 “Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Sentencia de 31 de agosto de 2016 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”	196
3.2.4. Caso “Azul Rojas Marín y otra vs. Perú. Sentencia de 12 de marzo de 2020. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”	204
SEGUNDA PARTE	212
CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS	212
2.1 Problema específico 1	212
2.2 Problema general.....	257
2.4. Análisis e interpretación de los problemas planteados	269
2.5 Presentación de la postura personal	286
2.5.1 Propuesta para la solución del problema	286
2.6 Impacto social de la presentación de la propuesta	295
TERCERA PARTE	293
CONSECUENCIAS	293
3.1 Costos de la implementación de la propuesta	299
3.2 Beneficios que aporta la propuesta	299
CONCLUSIONES	301
RECOMENDACIONES	309
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	311
ANEXO	326

LISTA DE CUADROS

Cuadro No. 1 Temas de investigación, objetivos y planteamiento del problema general y problema específico.....	10
Cuadro No. 2 Hipótesis e identificación de las variables	11
Cuadro No. 3 Evolución de la familia según Lewis Morgan	30
Cuadro No. 4 Características de la familia desde el enfoque sistémico-estructural y el cumplimiento de estas características por parte de las familias homoparentales.	35
Cuadro No. 5 Índice de Democracia por tipo de régimen 2020.....	40
Cuadro No. 6 Países iberoamericanos que cuentan con órganos de primer, segundo y tercer nivel en relación a políticas públicas en familia.	47
Cuadro No. 7 Resoluciones Generales de la OEA en relación a la protección de derechos humanos de las personas LGBTI.	75
Cuadro No. 8 Principales Observaciones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño.....	109
Cuadro No. 9 Elementos y garantías que determinan el Interés Superior del Niño a partir de la Observación General No.14 CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.....	113
Cuadro No. 10 Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos.....	118
Cuadro No. 11 Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos.....	177
Cuadro No. 12 Estudios empíricos relativos a la crianza de niños por parte de familias homoparentales - American Psychological Association.....	273

LISTA DE FIGURAS

Figura No. 1 Enfoques aplicados a la tesis.....	32
Figura No. 2 Composición de hogares, EU año 2016.....	51
Figura No. 3 Evolución de los hogares según tipología años 1990-2010.....	51
Figura No. 4 Distribución de hogares por número de personas (%) en Iberoamérica, 2017.....	52
Figura No. 5 Modelos de injusticia según Nancy Fraser.....	60
Figura No. 6 Planos de la identidad según Charles Taylor.....	62
Figura No. 7 Reconocimiento del Matrimonio Igualitario en algunos países del mundo.....	102
Figura No. 8 Conclusiones generales de las entrevistas a especialistas.....	256
Figura No. 9 Periodos sobre la interpretación garantista a favor de las personas LGBT en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	264
Figura No. 10 Interpretación garantista a favor de las personas LGBT en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	268
Figura No. 11 Propuestas de resolución de la problemática sobre la política del reconocimiento.....	287
Figura No. 12 Enfoques de derechos pertinentes para la propuesta sobre el sistema educativo.....	298

RESUMEN

A través de la presente investigación se ejecuta el análisis de tres ejes estructurales que conforman el estudio de la familia homoparental. El primero de ellos, es el entendimiento de la familia en un contexto complejo de cambio y adaptación constante en el tiempo; el segundo, el reconocimiento del vínculo familiar generado por las personas LGBT a partir del principio de igualdad y no discriminación y finalmente la lucha que se erige a partir de la injusticia que se asume al no encajar en el prototipo legal familiar pre determinado.

La propuesta permite detallar la importante necesidad de adaptar los principios, teorías, instituciones y conceptos propios del derecho de familia, tanto a nivel dogmático como a nivel normativo y jurisprudencial, para así evitar situaciones negativas como las evaluadas en la presente tesis.

Las familias homoparentales entrevistadas se constituyen en los principales actores del sustento del capítulo II durante el proceso de fundamentación de la investigación, en el cual, se contrastan y confirman aquellas teorías que concluyen que no existe perjuicio en el desarrollo de niños criados en el seno de estas familias, así como se cuestionan los prejuicios y mitos en relación a un supuesto menoscabo en la identidad de los niños y en el normal funcionamiento y dinámica de la familia como institución natural y esencial en la vida de toda persona.

La contraposición frente a la arbitrariedad del Estado, dio lugar a luchas legales que se resolvieron ante los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, en este caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia sienta precedente y progresividad en el reconocimiento de derechos a las personas LGBTI y sus familias.

Los pronunciamientos de estas Cortes son aún inacabados, no obstante, han sido trascendentales para el fundamento del ejercicio efectivo de los derechos humanos, además que consagran el principio de dignidad e igualdad. En ese sentido, la propuesta a encarar ante la problemática, pasa por la política del reconocimiento, esto es el valorizar lo diferente en conjunción con la afirmación de una política educativa verdaderamente inclusiva, además de reconocer legalmente a las familias homoparentales, legislando el matrimonio igualitario de acuerdo a los principios de los derechos humanos y la universalidad de la dignidad.

Palabras clave: *Familia homoparental, principio de igualdad y no discriminación, jurisprudencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

ABSTRACT

Through this research, it is intended to analyze three structural axes that make up the study of the homoparental family, the first one is the understanding of the family in a complex context of vertiginous and constant change over time; the second, the recognition of the family bond created by LGBT people based on the principle of equality and non-discrimination and finally the struggle that arises from the symbolic injustice suffered, in some cases has a social component, and in others legal.

The homoparental families interviewed constitute the main actors of the sustenance of chapter II, in which, are contrasted and confirmed those theories that conclude that there is no damage in the development of children raised in these families, as well as the prejudices are questioned and myths in relation to an supposed impairment in the identity of children and in the normal functioning and dynamics of the family as a natural and essential institution in the life of each person.

Now, the opposition to the arbitrariness of the State gave rise to legal struggles that were resolved in the regional systems for the protection of human rights, in this case the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights, whose jurisprudence was transcendental for the recognition of the rights of LGBTI people and their families.

The pronouncements of these Courts are still unfinished; however, they have been important for the basis of the effective enjoyment of human rights by all people, in addition to enshrining the principle of dignity and equality. In this sense, the proposal to face the problematic analyzed, goes through the politics of recognition, that is, to value the different, in conjunction with the affirmation of a truly, inclusive and objective educational policy, in addition to legally recognizing homoparental families, legislating the equal marriage according to the principles of human rights and the universality of dignity.

Keywords: *LGBT parenting, same-sex parents, principle of equality and non-discrimination, jurisprudence, Inter-American Court of Human Rights and European Court of Human Rights*

INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos se caracterizan por su contenido y alcance universal al tener como elemento de referencia al ser humano, en ese sentido, deben constituir la estructura principal del estado democrático y constitucional de derecho. Sin embargo, esta situación teórica puede registrar situaciones negativas y casos emblemáticos en donde personas y colectivos pueden ser víctimas de exclusión social, desprotección, victimización o negación de derechos.

El registro de grupos en situación de vulnerabilidad como el de la colectividad LGBT, permite observar un elemento objetivo que cuestiona el contenido mismo del Estado de Derecho respecto de los derechos de igualdad y no discriminación en función al principio de dignidad. En este sentido, las personas LGBT no gozan de los mismos derechos que la mayoría de la población, cuya característica heterosexual les permite asumir el contenido normativo de la legislación.

Sin embargo, pese al contenido material del principio de igualdad, esta diferenciación permite detallar un registro institucional e histórico, por cuanto estas personas han sufrido la desprotección de sus derechos, configurándose los sistemas de desigualdad cuyo sustento son las diferencias categoriales, dependiendo de la injusticia padecida, se propone como política de solución, la redistribución o el reconocimiento.

En este sentido, la tesis aborda específicamente a la minoría sexual conformada por las personas LGBTI, así como todas aquellas disidencias sexuales que han sufrido discriminación y desigualdad, menoscabando su dignidad como sentido universalista y la autorrealización que cada uno define para sí mismo, por el solo hecho de no adscribirse a lo deseado o esperado por la sociedad. Parte del proyecto de vida de algunas personas pertenecientes a este colectivo es la pretensión de reconocimiento legal de los vínculos familiares que ellos crean.

En virtud a ello, se han investigado y analizado diferentes ejes que permiten una mejor comprensión de lo que se denomina una familia homoparental, o para ampliar el espectro de protección, la tutela del vínculo familiar. Para ello, en el segundo capítulo, se explica la reconfiguración de la familia en el tiempo, desplazándose la conformación de familias tradicionales y erigiéndose composiciones familiares relativamente nuevas, incluyendo la visibilidad de las familias conformadas por personas del mismo sexo, considerándose

estudios científicos que analicen el desarrollo de los menores criados en un contexto homoparental.

En este sentido, resultó importante determinar si las familias homoparentales podrían adscribirse a los sistemas funcionalistas o estructuralistas que explican el desarrollo no solo de las sociedades, sino también de la familia en su esencia. Concluyéndose en efecto, que las familias homoparentales tienen funcionalidad igual a la de una familia con padres heterosexuales, con los mismos objetivos, temores; es decir se concibe a la familia como el todo que contribuye a una realidad más allá de sus miembros. Resumiendo, -en palabras de los entrevistados- una familia tan digna de respeto como cualquier otra, mereciendo por tanto, el reconocimiento de la sociedad y fundamentalmente del Estado.

Asimismo, siendo consustancial a una tesis construida a partir de un enfoque cualitativo, fue fundamental contar con la narrativa discursiva y de experiencia propia de los principales actores de esta tesis, es decir, de las familias homoparentales, así, pudimos entrevistar a cinco familias y conocer su intimidad familiar, así como su desarrollo, sus pretensiones, sus molestias, sus demandas y reivindicaciones. Sin su participación hubiera sido difícil llegar a los resultados esperados en la investigación.

El subsiguiente elemento que no puede escindirse del análisis del reconocimiento del vínculo familiar de las personas LGBT, referido al principio de igualdad y no discriminación, tuvo como principal fundamento la teoría del reconocimiento trabajada por Fraser, Honneth, Taylor y Mead, quienes proponen en líneas generales, que una sexualidad (orientación sexual) es un modo de diferenciación social y legal, pues genera un “nosotros” y un “otros”, en el cual lo heterosexual será valorado por considerarlo superior y su negativa será despreciado por ser diferente y tenido como inferior, hecho que Taylor apreció como la negación de un derecho tan elemental, como es la identidad, la que se vulnera, cuando se fuerza por medio de presión social a las personas para introducirlas en un molde homogéneo que no les pertenece.

En efecto, el constreñir a los no heterosexuales a un esquema identitario heterosexual resulta en una vulneración sistemática a una serie de derechos, dentro de ellos, el derecho a la integridad física, psíquica y a la vida, que parte de la patologización de la homosexualidad, incluso llegando a extremos de incurrir en prácticas de terapias de conversión, declaradas por la Organización Panamericana de la Salud, por la Comisión Interamericana de Derechos

Humanos y por Naciones Unidas, como prácticas humillantes, denigrantes y discriminatorias que interfieren en la integridad y autonomía personal de quienes son sometidos a ellas, siendo consideradas como tortura y condenándose su práctica, además de señalar que no existe certeza que produzca un cambio en la identidad sexual, o que sea una cura para una enfermedad que en realidad no existe.

Un factor determinante para una mejor comprensión del problema, es sin duda la opinión aleccionadora de los tres entrevistados en el desarrollo del referido capítulo, así, la Dra. Violeta Barrientos, el Dr. Oscar Cubas y la señorita Gahela Cari, absolvieron cuestiones referentes a los cuatro acápite abordados, el primero, el derecho a la igualdad y democracia, el segundo, referido al mandato de no discriminación y la afectación transversal en el ejercicio pleno de los derechos de las personas LGBTI, el tercero, sobre a la configuración de las personas LGBTI como grupo en “situación de vulnerabilidad”, y finalmente el Estado peruano y las políticas públicas en relaciona las personas LGBTI, siendo sus comentarios en extremo valiosos para proseguir con los objetivos planteados en la tesis.

El capítulo III fue la esencia del análisis de la tesis, ya que se busca, sistematizar y analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la aplicación fundamentalmente del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos. en consecuencia, del análisis literal de estos dos instrumentos de derechos humanos, no se denota la referencia de protección expresa sobre alguna condición de orientación sexual, o si quiera de la familia no tradicional, sin embargo, tanto la Corte IDH como el TEDH han considerado a sus tratados de derechos humanos como instrumentos vivos y como tales deben de interpretarse en contextos actuales, es decir no son una normativa pétrea e inmutable sino son norma de amplia interpretación siempre salvaguardando el principio pro homine.

Finalmente, uno de los propósitos de la presente tesis es ponerla a disposición de la comunidad académica y de los actores sociales que sostienen una lucha constante por el goce efectivo de sus derechos, y segundo que a través de las propuestas esbozadas se pueda llegar a concretar una política sobre la base del reconocimiento de acuerdo a las conclusiones y recomendaciones aquí trazadas, estas son en resumen, una política educativa inclusiva y con enfoque de género, en ese sentido debe reforzarse los enfoques propuestos en el Currículo Nacional de Educación, la suscripción del Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, que se legisle sobre el matrimonio igualitario y se procure la

formación en materia de derechos humanos en general y de derechos humanos de las personas LGBTI a los jueces, fiscales, funcionarios y servidores públicos del estado, tomando como premisa la idea globalizadora de la dignidad y la tutela de la diferencia.

PRIMERA PARTE

ASPECTOS METODOLÓGICO

i. Situación problemática: Presentación del tema y del problema

En la actualidad, definir el concepto de “familia”, desbordaría cualquier intento de enmarcarla dentro de un solo punto de vista jurídico o desde una disciplina.

La familia, su desarrollo, evolución dinámica y diversificación, tienen también relación con el campo sociológico, cultural o antropológico. Por ello, resulta complejo que el Estado a través de sus instituciones defina, asigne y establezca derechos y deberes a lo que jurídicamente puede concebirse como familia bajo una concepción estructurada rígidamente por parámetros tradicionalistas, heteronormativos, subjetivos o incluso religiosos. Esto sitúa al margen del derecho a grupos que constituyen una familia de hecho, diversa o atípica a quienes el Estado niega el ejercicio pleno de algunos de sus derechos fundamentales, resultando que, estas familias *diversas* (la Comunidad LGTBI), planteó legítimamente reivindicaciones sobre la igualdad de trato en el espacio familiar.

En ese sentido, hacer un recuento sobre la evolución de la institución de la familia a lo largo de la historia, ayudará a entender que en la actualidad, la *familia matrimonial*, impuesta por Napoleón Bonaparte, de sentido estrictamente patriarcal y de proscripción de hijos ilegítimos, figura jurídica relevante del Código Civil de Napoleón, al cual refiere Bermúdez-Tapia citando a Mangione “se establece la primacía del *Interés social* sobre el *individual* que condiciona la autonomía de la voluntad y explica el intervencionismo estatal para establecer el “amparo de la familia y la plena satisfacción de sus fines” (Bermúdez-Tapia, 2021, p. 493); fue el precedente de la concepción de la *familia tradicional-nuclear*, cuyo soporte es el matrimonio heterosexual con hijos nacidos en este seno matrimonial de convivencia conjunta, con roles de género marcadamente establecidos, es decir el padre proveedor y la madre destinada a las labores del hogar y el cuidado de los hijos (Smith, 2003); ha sido desfasada por cambios fundamentalmente sociales, económicos, ideológicos y culturales relacionados al nuevo rol que desempeña la mujer en la sociedad y la ruptura de paradigmas y esquemas de asignación de roles patriarcales dentro de la familia, sumado a ello las crecientes demandas del colectivo LGTBI (muchos de ellos crían hijos biológicos provenientes de anteriores

relaciones anteriores heterosexuales), quienes reivindican su derecho a que se les considere y reconozca también como familia.

En esa línea, Gómez (2004), suscribe que a partir del siglo XXI se abren paso las *familias diversas*¹, así como el nacimiento de una nueva generación de hijos concebidos a través de vías alternativas como la adopción o mediante las técnicas de reproducción asistida (TRA), incluida la *familia lesbigay* (conformada por progenitores que son gais, bisexuales y lesbianas) y cuyos hijos crecen y se desarrollan en su seno, constituyendo cada una de ellas círculos familiares en el cual se desarrolla y desenvuelve cada miembro de la familia.

Al respecto, Barrios brinda una aproximación sobre las *familias homoparentales*, señalando que son aquellas constituidas por hombres o mujeres de orientación homosexual que a través de una relación con otros hombres u otras mujeres forman una pareja. Este tipo de relaciones, al estar compuestas por dos personas del mismo sexo, ofrece oportunidades dentro de la propia relación, como la igualdad en pareja (sus roles se flexibilizan a lo socialmente aceptado como tradicionales en una familia heterosexual), evitando con ello desigualdades en las relaciones de poder que surgen entre hombres y mujeres unidos emocionalmente (Barrios, 2012).

Es por ello que, ante el cambio de la dinámica de los vínculos familiares, la familia homoparental debe ser tutelada dentro del marco jurídico interno irradiado por el derecho internacional de los derechos humanos bajo los principios de igualdad y no discriminación, he ahí la importancia de la presente tesis, además de ser un tema actual, polémico y condenado por los sectores más conservadores de la sociedad.

En relación a la problemática planteada, aporta al tema de investigación las posiciones a favor o en contra de la homoparentalidad, como por ejemplo la organización internacional “Family Watch International” (FWI), fundada en 1999, que señala en su informe denominado *Same-Sex Parenting and Junk Science*” que los estudios sobre homoparentalidad que realizan los

¹ Respecto a los tipos de hogares y las familias construidas, CEPAL, clasificó lo siguiente: “Hogares unipersonales (una sola persona); Hogares sin núcleo (aquellos donde no existe un núcleo conyugal -una relación padre/madre e hijo/hija-, aunque puede haber otros lazos familiares). Entre los tipos de familias se distinguen: Familias nucleares (padre o madre o ambos, con o sin hijos), Familias extendidas (padre o madre o ambos, con o sin hijos y otros parientes), Familias compuestas (padre o madre o ambos, con o sin hijos, con o sin otros parientes y otros no parientes –excluyendo el servicio doméstico puertas adentro y sus familiares). A su vez, las familias pueden ser biparentales (pareja, con o sin hijos) o monoparentales (con sólo un padre -habitualmente la madre- e hijos) en la reunión de expertos sobre “Cambio de las Familias en el marco de las transformaciones globales: Necesidad de políticas públicas eficaces”. CEPAL, Santiago, 2004.
http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6778/S0412955_es.pdf?sequence=1.

investigadores pertenecientes a las minorías sexuales, tienen fallas en la metodología, acotando además que son deficientes porque muchos de los estudiosos en esta área son homosexuales así como activistas por "derechos de los homosexuales", hecho que podría ser una fuente de sesgo subconsciente.

Contrario a ello, la American Psychological Association (APA), señaló en el año 2005, que "Ningún estudio ha encontrado que niños de padres/madres gais o lesbianas se encuentren en desventaja en relación con los niños de padres heterosexuales". Lo cierto es que, en medio de estas discusiones se vislumbra la problemática sobre quién es el más idóneo para ejercer la tuición de los menores de edad en el marco de un proceso de tenencia, cuando alguno de los padres revela su homosexualidad, siendo la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los organismos jurisdiccionales supranacionales que han interpretado los tratados internacionales como elementos vivos con la finalidad de extender los derechos a nuevas situaciones al amparo de los principios de igualdad y no discriminación.

En este sentido, la presente tesis tendrá como objetivo buscar, analizar y sistematizar la jurisprudencia internacional más relevante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en el periodo del 2012-2020) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (periodo 1981-2016). Estos pronunciamientos serán las principales fuentes de investigación de la tesis, pues exponen la casuística y problemática que determinará un pronunciamiento, que, en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos servirá de referencia para los jueces del Estado peruano.

ii. Formulación del problema de investigación

Previamente a la formulación del problema general y los problemas específicos que se desarrollan en cada capítulo de la tesis, debemos destacar algunos parámetros de la investigación que nos brindarán mayores detalles con la finalidad de problematizar el fenómeno estudiado desde una perspectiva socio jurídica:

1. Se puede observar de la realidad nacional e internacional que existen familias compuestas por dos madres o por dos padres que pueden tener o no hijos biológicos, que pueden ser los de la pareja, preexistentes o adoptivos por parte de alguno de los conformantes de estas familias o por ambos.

2. En el ámbito internacional cada vez más países incluyen en sus legislaciones el matrimonio igualitario o protección patrimonial (unión civil).
3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado jurisprudencia desde los años ochenta, declarando responsabilidad internacional de diversos estados por violación a los derechos humanos de ciudadanos gays, siendo la primera sentencia del año 2000 la que de manera expresa se pronunció sobre la parentalidad de menores por parte de padre gay: caso *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*.
4. La Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la primera y única sentencia que ha abordado el tema de parentalidad de niñas por parte una madre lesbiana (parentalidad): caso *Karen Atala Riffo y niñas vs Chile*, en el que La Corte IDH, emite su sentencia de fecha 24 de febrero de 2012, declarando la responsabilidad del Estado por la violación al derecho de igualdad y no discriminación en perjuicio de la señora Karen y las niñas, puesto que no existe elemento objetivo que pueda limitar los derechos de uno de los progenitores con respecto al otro, solo por el hecho de su orientación sexual.

Por lo tanto, el problema central será establecido en los siguientes términos:

Problema General

¿Cuáles son los alcances del desarrollo jurisprudencial e interpretativo que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las legislaciones nacionales respecto del reconocimiento de derechos de parejas del mismo sexo bajo el principio de igualdad y no discriminación?

iii. Justificación de la investigación

Teniendo en cuenta que los hechos políticos, sociales, económicos o científicos están sometidos a la dialéctica, resulta indudable que su evolución dinámica logre un impacto en las relaciones familiares, ante ello, la respuesta de un Estado que garantice los derechos humanos de sus ciudadanos, será de modificar o adecuar los marcos legales en aras de proteger los derechos de todos. Bajo este particular contexto a nivel mundial y ante las nuevas demandas por la garantía plena de derechos, se discuten temas como el matrimonio igualitario (reconocido legalmente en una treintena de países en el mundo, a parte del número de países

que, si bien no reconocen el matrimonio *per se*, reconocen las uniones civiles), adopción homoparental, nuevas formas de familia y parentalidad de hijos por padres o madres homosexuales o lesbianas. Éstos son hechos o situaciones que trastocan el pensamiento tradicional que en muchos países, desafortunadamente es fuente de legislación, doctrina y jurisprudencia.

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha desarrollado jurisprudencia desde el año 1981 con el caso *Dudgeon c. Reino Unido*, respecto al reconocimiento paulatino de los derechos de intimidad y privacidad familiar de los homosexuales condenando, primero, la penalización de relaciones íntimas entre personas del mismo sexo hasta llegar a analizar y pronunciarse sobre casos de parentalidad de menores por personas no heterosexuales y el matrimonio igualitario.

En la región Latinoamericana, la sentencia resuelta ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso *Karen Atala Riffo e hijas vs Chile*, contiene relevancia jurídica extraordinaria, por cuatro cuestiones, *primero*, porque marca dos periodos distintos en la manera en cómo los jueces chilenos venían resolviendo los casos de parentalidad de menores otorgándosela al progenitor heterosexual, fundamentando sus resoluciones en estereotipos, *segundo*, porque es la primera vez que la Corte Interamericana, resuelve un caso de discriminación por orientación sexual en relación a la “tutela del vínculo familiar”, trece años después del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que resolvió sobre el caso *Salgueiro da Silva Mouta vs Portugal*; *tercero*, la Corte IDH, concluye y deja por sentado que la categoría “orientación sexual o identidad de género” se encuentran protegidas en la Convención Americana de Derechos Humanos bajo el art. 1.1 cuando prescribe “cualquier condición social”, señalando que este artículo se interpreta de acuerdo al *Principio de norma más favorable al ser humano o Principio Pro Homine* y *cuarto* el Principio del Interés Superior del niño no puede ser un pretexto o fundamento de los jueces para discriminar o reducir derechos que en principio corresponden a todo ser humano como es el hacerse cargo del cuidado de sus hijos.

iv. Objetivos de la Investigación

iv.a. Objetivo General

El objetivo general de esta investigación es analizar y determinar el desarrollo y evolución de la jurisprudencia internacional a través de los casos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el año 1981 hasta los últimos pronunciamientos que han emitido

sobre la familia homoparental o la orientación sexual y el derecho a la parentalidad de sus hijos; igualmente precisar la única sentencia sobre orientación sexual y parentalidad de hijos resuelta por la Corte Interamericana de Derechos humanos, no obstante se tomaran en cuenta otras tres sentencias que se consideran relevantes para la construcción de la jurisprudencia en materia de derechos humanos de minorías sexuales.

iv.b. Objetivos Específicos

A continuación, los siguientes objetivos específicos, los mismos que responden a la problemática específica que abordará la tesis:

Cuadro No. 1 Temas de investigación, objetivos y planteamiento del problema general y problema específico

Tema I: La familia	
Reconfiguración de los modelos familiares y el reconocimiento del vínculo familiar creado por las personas LGBT a partir del principio de igualdad y no discriminación.	
Objetivo específico	Problema específico de investigación
Describir y analizar la evolución de la familia desde la perspectiva jurídico-social y el reconocimiento jurídico (matrimonio) del vínculo familiar de familias homoparentales en Europa y en algunos países de Latinoamérica a partir del principio de igualdad y no discriminación.	<i>¿La familia tradicional se encuentra en proceso de reconfiguración dando paso a otros modelos de familia como la homoparental a partir del reconocimiento del vínculo familiar?</i>
Tema II: Jurisprudencia respecto al reconocimiento de derechos de parejas del mismo sexo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	
El TEDH y la Corte IDH, han emitido jurisprudencia en relación a la protección de los derechos de las personas LGBT y posteriormente de relaciones homoafectivas a la luz de la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Convención Americana de Derechos Humanos	
Objetivo General	Problema de investigación principal
Analizar y determinar el desarrollo y evolución de la jurisprudencia internacional a través de una data sobre los casos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el año 1981 hasta los últimos pronunciamientos que han emitido sobre reconocimiento de derechos de parejas del mismo sexo o la orientación sexual y el derecho a la parentalidad de sus hijos; igualmente precisar la única sentencia sobre orientación sexual y parentalidad resuelta por la Corte Interamericana de Derechos humanos.	<i>¿Cuáles son los alcances del desarrollo jurisprudencial e interpretativo que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las legislaciones nacionales respecto del reconocimiento de derechos de parejas del mismo sexo bajo los principios de igualdad y no discriminación?</i>

Fuente: Elaboración propia

v. Hipótesis e identificación de variables

Cuadro No. 2 Hipótesis e identificación de las variables

Problema General	Hipótesis General	Variables
<p><i>¿Cuáles son los alcances del desarrollo jurisprudencial e interpretativo que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las legislaciones nacionales respecto del reconocimiento de derechos de parejas del mismo sexo bajo los principios de igualdad y no discriminación?</i></p>	<p>H_G. La interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos que realizan los jueces del TEDH y de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que llevan a cabo los jueces de la Corte IDH, ha demostrado tener mayor alcance de reconocimiento y protección de la familia constituida por personas del mismo sexo, que lo propiamente expresado en los tratados (CEDH y CADH).</p>	<p>Variable Independiente: Criterios de interpretación realizada por los jueces de TEDH y Corte IDH en su jurisprudencia.</p> <p>Variable Dependiente: Nivel de protección expreso de protección a la familia en la Convención Americana de Derechos Humanos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.</p>
Problema Específico 1	Hipótesis Específica	
<p><i>¿La familia tradicional se encuentra en proceso de reconfiguración dando paso a otros modelos de familia como la homoparental a partir del reconocimiento del vínculo familiar?</i></p>	<p>H_E La familia tradicional atraviesa un proceso de reconfiguración a favor de las familias no tradicionales, una de ellas es la familia homoparental que se reconoce jurídicamente a través del matrimonio igualitario.</p>	<p>Variable Independiente: Tipologías de familias</p> <p>Variable Dependiente: Reconfiguración de la familia Vínculo familiar</p>

Fuente. Elaboración propia

vi. Tipo de investigación y metodología aplicada: Investigación cualitativa

La metodología establece la relación entre la selección de los métodos y los resultados esperados (Gómez, Deslauriers y Alzate, 2010). Por otro lado, el diseño de la investigación será no experimental (ex post facto), pues permitirá establecer una relación de causa y efecto. La presente tesis se circunscribe al ámbito de investigación socio jurídica y cualitativa, centrando la indagación en la persona, en sus hechos, sus relaciones, pretendiendo la comprensión de las complejas interrelaciones que se suscitan en la realidad. (Ramírez, 2016, p.396)

Bajo el marco metodológico cualitativo, pretendemos acercarnos a una realidad (LGBTI) que está ganando espacios de visibilidad logrando un impacto e incidencia ante la sociedad y el estado. Además de ello, subyace el tema de la familia y el contexto cambiante al cual se ve

sometido en los últimos años y de ahí la interpretación de los datos obtenidos por parte de esta investigación.

vi.a. Unidad de Análisis

Las unidades de análisis serán las sentencias más relevantes emitidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos humanos circunscritas en el periodo determinado en la presente investigación y en relación directa al tema del reconocimiento de las familias homoparentales y en relación conexas con los temas de derechos del colectivo LGBTI, como parte de un grupo en situación de vulnerabilidad. Se entrevistará además a cinco familias homo y lesbomaternales y se realizará tres entrevistas de especialistas en derechos humanos, género y activistas de los derechos LGBTI.

vi.b. Población de estudio

Para determinar si los tratados en materia de derechos humanos protegen de manera expresa o no el derecho de la familia homoparental, es necesario analizar las sentencias del TEDH y de la Corte IDH, razón por la cual, la población será el total de las sentencias más relevantes emitidas por el TEDH en relación directa al tema a investigar, desde el año de 1981 hasta el año 2016.

Respecto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, existe solo una sentencia del año 2012 la que será la referencia principal, no obstante, se hará mención a otras tres sentencias que tienen relación con violaciones de derechos humanos de minorías sexuales. Además de las cinco familias homoparentales entre nacionales y del exterior (México y España).

vi.c. Tamaño de la muestra

Se analizarán dieciséis sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las cuales resultan relevantes por su relación con tema de investigación (derechos de las minorías sexuales, parentalidad, adopción de menores por personas LGBTI y matrimonio igualitario) y serán analizadas cuatro sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo la más importante la única sentencia de la Corte IDH en el caso Karen Atala y niñas v. Chile referida a una persona que no tiene una orientación sexual heterosexual pero tiene tres hijas, y es sobre este vínculo familiar que se debaten sus derechos en relación a la parentalidad que la judicatura chilena desconocía, no obstante se hará referencia a tres sentencias adicionales

que abordan los derechos de no discriminación por orientación sexual real o percibida, el derecho a la pensión y el derecho a la integridad física, estos son los casos (Duque v. Colombia, Flore Freyre v Ecuador y Azul Rojas Marín v. Perú). El universo está conformado por veinte sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales regionales referidos.

Para contrastar la hipótesis para el capítulo de familia se entrevistaron a cinco familias homoparentales, tres familias peruanas, una de España y otra de México, cada una con una historia diferente que brindaban datos relevantes sobre la reestructuración de la familia, así como la reivindicación de sus derechos.

Respecto a la representatividad de la muestra en la investigación cualitativa, esta no implica la cantidad o extensión poblacional, sino, los criterios discursivos y vivenciales son los relevantes, en este caso, las familias homoparentales, su existencia en la sociedad peruana como nuevo tipo de familia, así como sus demandas reivindicativas de derechos y reconocimiento.

vi.d. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Las técnicas usadas para recoger datos o para realizar el experimento son necesarias para contrastar y verificar las hipótesis planteadas, además lo que se busca en un estudio cualitativo es obtener datos (que se convertirán en información) de personas, seres vivos, comunidades, situaciones o procesos en profundidad; en las propias “formas de expresión” de cada uno a fin de comprenderlos. (Hernández, 2014, p.396), en ese sentido, las técnicas que se utilizarán serán la observación, la descripción, las notas de prensa y las entrevistas (fuentes primarias), así como se consultarán textos especializados, revistas y tesis en relación al tema (fuentes secundarias).

De acuerdo a las características metodológicas propias de esta investigación cualitativa, el método será el estudio de caso que permitirá conocer en forma amplia y detallada los mismos, utilizándose para este fin las entrevistas semiestructuradas que ofrecen mayor flexibilidad que las entrevistas estructuradas, donde una de las partes busca recoger informaciones y la otra es la fuente de esas informaciones.

En las entrevistas se plasman el conjunto de temas que son relevantes para la tesis (guía temática), pudiéndose añadir alguna información que se considere relevante de acuerdo al

objeto de estudio y manteniendo siempre la interacción entre el entrevistado y el entrevistador. Existe un mayor grado de flexibilidad en las preguntas que dependen fundamentalmente de la información que brinda el entrevistado (Monje, 2011 y Behar, 2008).

CAPÍTULO I

ESTADO DE LA CUESTIÓN

1.1. Antecedentes del problema

El problema de investigación no ha sido analizado a profundidad en la doctrina del derecho de familia en el ámbito peruano, no obstante, existen tesis fundamentalmente de pre grado que abordan la temática de la homoparentalidad desde la perspectiva de la adopción del menor, las mismas que serán citadas en el acápite 1.1.3 de la presente tesis.

Por otro lado, los antecedentes y estudios en relación al tema se han realizado especialmente en España, Colombia, Argentina, Estados Unidos y México; es de precisar que los trabajos de investigación han sido abordados desde la psicología o presentan una visión sociológica.

No obstante, ello, es pertinente señalar que el mecanismo idóneo de protección familiar es la figura del matrimonio, y Rememorando el capítulo sobre los tipos de comunidades y sociedad desarrollado por Weber, tenemos respecto del **matrimonio**, lo siguiente:

La institución social, del “matrimonio” nace en todas partes, en primer lugar, en virtud de la contraposición a otras relaciones sexuales que no se consideran como matrimoniales. Pues su existencia significa 1) que no se tolera, y si se puede se venga, el nacimiento de una relación contra la voluntad del clan (*Sippe*) de la mujer o del hombre que la tenía en su poder, por lo tanto de una *asociación* -en los tiempos primitivos el clan de la mujer o del hombre o de ambos-; y, sobre todo, 2) que sólo los descendientes de una cierta comunidad sexual estable son acogidos en el círculo, más amplio, de una asociación política, económica, religiosa o de otra clase, a la cual pertenece uno de los padres o ambos en virtud de su procedencia, y reciben trato igual de miembros por nacimiento (“compañeros” de familia, de la marca, del clan, camaradas de partido, pares de un estamento, cofrades de un culto); no ocurre lo mismo con los descendientes de uno de los padres, procedentes de otras relaciones sexuales. En general, no tiene otro sentido (lo que es digno de considerarse) la distinción entre “legítimo” e “ilegítimo”. (Weber, 2002, p. 290).

Estos son los albores del surgimiento de los grandes modelos de uniones conyugales, el endogámico documentado por Westermarck, como son las uniones entre los propios parientes

o con los miembros de la tribu a la que se pertenecía, como ilustración, el autor menciona a los Tinneh orientales, o Chippewyans, quienes ocasionalmente se casaban con sus madres, hermanas o hijas, aunque tales alianzas no se consideran correctas por opinión general, siendo prácticas muy reprochables en la sociedad²; razón por la cual, surgió la figura de la exogamia que reprime el interés sexual en cualquier relación familiar.

Anotamos además que, si bien la historia del matrimonio es antigua, no obstante, tuvo un desfase de las primeras formaciones sociales, bastante desordenadas y desarticuladas. Al respecto, siempre se ha elucubrado sobre los orígenes de esta figura jurídica, en ese sentido, Westermarck (1891), en su libro denominado “*The history of human marriage*”, hace un breve recuento del nacimiento de la figura del matrimonio, así como la ceremonia de los esponsales entre las principales culturas del mundo, además de definir al matrimonio como una conexión más o menos duradera entre hombre y mujer, que dura hasta después del nacimiento de la descendencia. “Por lo tanto, el matrimonio tiene sus raíces en la familia en lugar de la familia en el matrimonio, teniendo éste como única función la reproducción”. (Pp.19,20 y 22).

Como anota Malinowski (s/f), dentro de cualquier cultura humana, el matrimonio no es de ninguna forma una simple cohabitación estrictamente sexual o que tenga solo fines sexuales, sino que está investida de formalidad, pues es un contrato en el cual lo pactado será conducta obligatoria de los esposos, de ahí la característica que el matrimonio como institución revestida de interés social, ya que coadyuva al funcionamiento de la sociedad. Lo mismo señala Durkheim (2007) al diferenciar las uniones simples entre hombres y mujeres, en los cuales el lazo de solidaridad conyugal eran mínimos y la evolución hacia los tiempos modernos, en el cual la institución del matrimonio ostenta reglas que se van haciendo más complejas, con intervención del derecho, tornándose el matrimonio en una asociación íntima, durable, incluso indisoluble, dejando de ser la mera unión efímera o difusa, empero, aparece la división sexual del trabajo, en el cual, la mujer deja de asumir funciones como la guerra o algunos asuntos públicos de los que era parte (homogeneidad primitiva) para concentrarse en lo que será un núcleo denominado *familia*, surgiendo de este modo, las *diferencias funcionales* pero que decantan en la *solidaridad conyugal* y que gracias a eso se hace posible y sostenible la vida social.

² Westermarck (1891), respecto al incesto, manifiesta que es una característica casi universal de toda la humanidad que deben considerarse como aberraciones anómalas de una regla general. Si bien es cierto señala que en ciertas tribus se permitía el casamiento entre parientes cercanos; las uniones entre padres e hijas o entre madres e hijos, casi siempre fue proscrita.

Por otro lado, Barnés, documenta que, en Babilonia se celebró un matrimonio, constituyendo este el primer precedente de aquella unión:

Documentada por primera vez en la Mesopotamia del año 4.000 a.C. En la tablilla donde se dejaba por escrito el pacto entre hombre y mujer aparecían reflejados los derechos y deberes de la esposa, el dinero que obtendría la mujer en caso de ser rechazada y el castigo en caso de infidelidad (Barnés, 2013. s/p.).

El código del rey babilonio, Hammurabi (siglo XVIII a.c), es importante para la comprensión de las relaciones de mando-obediencia institucionalizadas, así como conocer los dictámenes de convivencia doméstica, por ejemplo, se señala respecto del matrimonio, que este es una figura estrictamente contractual (entre el padre de la novia y el novio) y que, si alguien toma esposa, pero no redacta un contrato sobre ella, esa mujer no es esposa.

Por otro lado, en Roma, según Colanges Fustel (1968), la religión constituyó el principio de la antigua familia romana, tanto que la autoridad paterna (*pater familias*, al que se le debe de adorar y el monarca de la familia) y marital, es el encargado de encender el hogar, desempeñando las más altas funciones religiosas dentro de la familia, por ello, la unión de los miembros de la familia es el núcleo esencial de la religión del hogar y de los antepasados, siendo una asociación más que natural, religiosa.

La figura del matrimonio, fue la institución base de la sociedad patricia (Contraen entre sí justas nupcias³ los ciudadanos romanos. Libro I, Título X. Las Instituciones de Justiniano), además de tener como objetivo fundamental la procreación de hijos legítimos; así en el Digesto se precisa en el capítulo XIII del título I, los esponsales, es decir la promesa de matrimonio, no requería edad, pudiéndose llevar a cabo desde la primera infancia, a cargo del *pater familias*; por otro lado, las nupcias (*nuptus*) se desarrollan en el título II, existiendo un ritual para ello, definida esta institución por Modestino como “*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatiola*”, es decir, la unión de un varón y una mujer en consorcio para toda la vida (*affectio maritalis*), no obstante es preciso remarcar que si bien en los esponsales no se requería el consentimiento de los futuros esposos, esta situación se revertía cuando se trataba de las nupcias, ya que para este acto, sí debía existir un compromiso expreso no solo de los contrayentes sino de aquellos bajo

³ Se precisa que el término “nupcias” es utilizado como cita literal del libro Las Instituciones de Justiniano.

cuya potestad están, este último caso para los *alieni iuris*, además de la edad núbil para la mujer doce (12) años, y para el varón catorce (14) años. (Paulo. *Comentarios al Edicto, Libro XXXV*).

Adicionalmente a la edad y el consentimiento, existía otro elemento fundamental y significativo, el de la capacidad jurídica para celebrar el matrimonio, *Connubium*, así bajo este elemento se tenía prohibido el matrimonio a determinadas personas que quedaban fuera de la esfera social patricia, por lo que el matrimonio se configuró en una institución que llevaba implícito el *honor matrimonii*, es decir la inserción de la mujer en la casa del marido, *deductio in domum*, (hecho que también contaba con su propio ritual), y en consecuencia compartir el mismo rango social y ostentar la calidad de esposa. La convivencia (*coniunctio*), era también elemento esencial y objetivo en la configuración del matrimonio, habida cuenta que éste tenía como fin la vocación de permanencia, de ahí el “consorcio para toda la vida” o *affectio maritalis*, configurándose este último como el elemento subjetivo conformante de la figura matrimonial romana.

Sin perjuicio de ello, existía la figura de la disolución del vínculo matrimonial, constituida básicamente por la cesación del *affectio maritalis* entre los esposos, lo que significa la coherencia de los elementos del matrimonio, ya que, si bien el consentimiento era necesario para la concreción del matrimonio, no existiendo ya tal consentimiento el matrimonio perdía su esencia pudiendo disolverse. En ese sentido, la figura del divorcio formó parte de la legislación romana (Digesto Libro XXIII, capítulo IV).

El matrimonio romano, tenía también sus impedimentos absolutos para contraer nupcias, entre la madre e hijo, o padre e hija, entre la madrastra y el hijastro o viceversa, ni la nuera con el suegro, entre los hijos de segundas nupcias y el primer marido, pero sí podrían casarse la hija de la hermana adoptiva y el hermano (Digesto. *Ulpiano, comentarios a Sabino, libro XXIV*).

Por otro lado, llama la atención dentro de las prácticas sexuales romanas, las que tienen que ver con la homosexualidad entre hombres libres, hecho que se regulaba mediante la “Lex Scantinia de Nefanda Venere”, la cual según Muñoz (2013) tiene un contenido y origen incierto pero, de acuerdo a ciertos juristas e historiadores, como Cicerón, Suetonio, o Prudencio la empiezan a nombrar a partir del año 149 a.C, debiendo su nombre en honor a su autor, Scatinus. La ley reglamentaba el comportamiento sexual de la sociedad romana tipificando y condenando la pederastia como delito al igual que la pasividad en las relaciones sexuales entre hombres libres por considerarla una amenaza a la virilidad, puesto que la

masculinidad se encontraba íntimamente relacionada con el rol activo del hombre en las prácticas sexuales.

La *Lex Scantinia* permitía que los romanos abusen o exploten sexualmente a los esclavos varones y jóvenes de ahí que era un uso cuasi normal el sodomizarlos sin acarrearle ninguna responsabilidad penal, puesto que no eran considerados hombres, una muestra las relaciones homoeróticas entre dos hombres, es la que se encuentra representada en la famosa “Copa Warren”, que se encuentra en el Museo Británico, ahora, si bien las relaciones homosexuales eran toleradas en la sociedad romana, esto no era aplicable a las relaciones lésbicas, las cuales eran consideradas como una aberración. Posteriormente se promulgó legislación que proscribía radicalmente relaciones homosexuales.

El 4 de diciembre del año 342 d. C. los emperadores Constancio y Constante, a través de una Constitución en Milán condenaron no sólo la homosexualidad pasiva, sino además a aquellos homosexuales que pretendían casarse con una mujer. Del tenor de la misma parece deducirse que la pena impuesta era la decapitación, pero, en realidad, se trataba de la muerte en la hoguera. (Muñoz, 2013, p.224).

Finalmente, la homosexualidad fue una práctica proscrita, debido a los preceptos del cristianismo que empezaban a ser impuestos a partir de Constantino, tipificándose las relaciones homosexuales tanto pasivas como activas, descartándose en absoluto la salvedad de la virilidad, encontrando una sanción no solo penal (pena de muerte), sino también una sanción divina, toda vez que estas prácticas se constituyen en actos *contra natura*, puesto que no se condecía con los fines del sacro matrimonio, siendo una cuestión histórica al nacimiento y justificación de la heteronormatividad en la legislación del derecho de familia.

En ese sentido, el derecho clásico de familia parte de la conformación del matrimonio o unión de hecho entre un varón y una mujer, de ese contexto generalizado y hegemónico es que se deriva el catálogo de derechos al que las familias heterosexuales pueden acceder en desmedro de las familias, grupos o personas que no cumplen con el requisito de la norma, hecho que demuestra que solo es aplicable para un grupo específico de personas, las heterosexuales, de ahí que el conjunto de normas que se sustenta solo en el imperativo heterosexual, son denominadas como heteronormativas y son las que predominan en algunas sociedades, así Warner (2012) precisa que, las lesbianas y los hombres homosexuales han descubierto que cuestionar las normas de la cultura heterosexual en público implica perturbar reglas

profundas, no escritas respecto a los tipos de comportamiento y erotismo que son apropiados para el público.

En este sentido, de acuerdo al Bloque Alternativo de Revolución Sexual (s/f), la heteronormatividad no solo implica un prejuicio contra la homosexualidad, sino que trata de identificar el conjunto de normas sociales que ejercen una presión y que sirven para construir una sexualidad idealizada, no obstante, la problemática heteronormativa, pasa hoy un suerte de quiebre, pues si bien es cierto en periodos anteriores ostentaban una estructura rígida y completamente discriminatoria en relación al género, hoy las legislaciones de familia atraviesan por un proceso de flexibilización, es la propensión en varios países y el nuestro no será la excepción.

Ante ello “surge una necesidad de configurar un nuevo *derecho de familia*” (Bermúdez-Tapia 2021, p. 355), que se encuentre a la vanguardia con los nuevos hechos sociales y culturales, y que tenga una visión de apertura hacia el reconocimiento de otras formas de conformación familiar como son las homoafectivas, protegiéndolas por medio de la figura del matrimonio igualitario, salvaguardando “el vínculo familiar”, como señala Bermúdez-Tapia, “por cuanto los derechos y obligaciones son desarrollados con base en las ‘condiciones’ individuales que surgen y superan el contexto tradicional a la familia natural” (Bermúdez-Tapia, 2019, p. 30).

Continuar con un criterio tradicional generará más daño no solo a nivel individual sino también a nivel colectivo, y con lo cual la “familia” como núcleo de formación de la comunidad política se debilita y por eso surge la deslegitimidad del Estado frente a las familias, porque sus órganos jurisdiccionales no son eficaces en el trámite de un proceso en el cual se evalúan derechos y obligaciones de naturaleza familiar. (Bermúdez-Tapia, 2021, p. 366)

En ese sentido, la concepción tradicional de lo que se entiende por familia no se condice con los cambios estructurales en la familia en cuanto a su conformación, y esto impacta en la judicatura, que resuelve sobre parámetros tradicionales o convencionales sobre lo que se debe entender por familia, máxime si se trata de controversias en las cuales uno de los progenitores no es heterosexual, ponderándose entre el Interés Superior del Niño y la capacidad de cuidado que pueda brindarle su progenitor no heterosexual, al respecto existen estudios que han determinado la no existencia de perjuicio sobre el desarrollo de los hijos que se crían con sus padres o madres no heterosexuales o en el contexto de un familia homoparental, no obstante,

también se citan en la presente tesis, trabajos académicos que concluyen algún tipo de perjuicio en el desarrollo de los niños criados en familias homoparentales.

Uno de los primeros estudios, de carácter longitudinal, fue el realizado en el año 1992 por Charlotte Patterson, quien escribía un artículo denominado “*Children of Lesbian and Gay Parents*”, en el cual se plantea si la orientación sexual de los progenitores afecta el normal desenvolvimiento de los niños, y si esto es así, ¿de qué manera?, la conclusión, es que no existen estudios o investigaciones que hayan demostrado fehacientemente que la orientación sexual de los progenitores afecte de manera negativa el desarrollo de sus hijos. Las cualidades de una relación padre/madre-hijos son más importantes que la orientación sexual de aquellos.

Luego de ello, se desarrollaron una serie de estudios que toman posición sobre las posibles ventajas y desventajas para los niños que crecerán en una familia con padres de orientación sexual homosexual. A continuación, se resumirá los fundamentos más relevantes de las dos posiciones en base a la investigación documental realizada en relación a la problemática.

1.1.1 Estudios y conclusiones que señalan la no existencia de indicios perjudiciales en los menores que se crían en familias homoparentales:

Según la National Center for Lesbian Rights (NCLR, 2014), la orientación sexual no es significativa para reprochar la aptitud de una persona para ejercer su papel de padre o madre, puesto que la investigación en ciencias sociales ha confirmado lo que la experiencia y el sentido común sugiere, a saber, que el amor, la estabilidad, paciencia y pasar tiempo con un niño son factores mucho más importantes para ser un buen padre que el género u orientación sexual de los padres.

Esto se puede ampliar con lo detallado por Hoeffler (citada por la NCLR, 2014), quien señala que los estudios sociológicos de evaluación de las relaciones familiares y de patrones socio culturales, han encontrado una notable ausencia de distinción entre las características de los estilos de vida y prácticas de educación de los hijos provenientes de familias homoparentales y los criados por progenitores heterosexuales.

En la misma línea, la American Academy of Pediatrics, (AAP, 2002), dedicada a la investigación sobre la salud de los niños, sostiene que el creciente cuerpo de trabajos y explicaciones científicas demuestran que los niños que fueron criados por una persona LGBTIQ+, les fue tan bien en lo emocional, ambiente aprehensivo y desarrollo sexual, al

igual que los niños cuyos progenitores son heterosexuales. De hecho, la evidencia hasta la fecha sugiere que los ambientes del hogar proporcionados por los padres gays y lesbianas son más propensos en apoyar y permitir el crecimiento psicosocial de los niños que la proporcionada por padres heterosexuales, puntualiza además, que no existe evidencia que sugiera que los padres tienen una influencia definitiva en la orientación sexual de sus hijos. En relación a ello, la Dra. Ellen Perrin, señala lo siguiente:

La evidencia científica demuestra que los niños tienen similar desarrollo y necesidades emocionales, recibiendo una crianza similar, ya sea por padres del mismo género o de diferente género. Numerosos documentos de investigación señalan que no existe relación causal entre el género de los padres o su orientación sexual y el desarrollo emocional, social y conductual de los niños. (Perrin, 2013, p.1)

Uno de los estudios longitudinales más exhaustivos que se realizaron en los Estados Unidos, fue el realizado por Golombok. Se compararon 39 familias de madres lesbianas, 74 familias heterosexuales y 60 familias encabezadas por madres heterosexuales solteras. Los hallazgos concluyen que no existe una diferencia significativa en el desarrollo infantil y los estilos de crianza entre las familias lesbianas y madres heterosexuales” (Golombok et al., 2003).

Por lo tanto, frente a la principal interrogante y temor sobre si “*¿Tiene la orientación sexual de los padres impacto importante en el niño o en el desarrollo de los adolescentes?*”, los resultados sugieren que la orientación sexual de los padres es menos importante que las cualidades de relaciones familiares. Más importante para los jóvenes que la orientación sexual de la pareja de sus padres es la calidad de la interacción cotidiana y la fuerza de las relaciones con los padres de familia. (Patterson, 2006).

Consecuentemente, es importante mencionar que existe una variedad de factores ajenos a la homoparentalidad que si constituyen un riesgo para el desarrollo de los niños, tales como la pobreza, la depresión de los progenitores, el abuso de sustancias por parte de los padres, el divorcio y la violencia doméstica entre otros, sin embargo, el cariño, la fortaleza en los lazos familiares son variables mucho más importantes que las preferencias sexuales de los padres. (The American Academy of Pediatric, 2002).

En 1973 la Asociación Americana de Psiquiatría (APA) decidió eliminar la homosexualidad del 'Manual de Diagnóstico de los trastornos mentales' (DSM). La acción fue resultado de la revisión científica y objetiva sobre el tema (Lantigua, 2005), dos años después, en 1975, la

Asociación Americana de Psicología instó a todas las instituciones de salud mental a colaborar con disipar el estigma de la enfermedad mental que siempre se había asociado con la orientación homosexual (American Psychological Association, 1975). Finalmente, la homosexualidad salió definitivamente de la lista de trastornos y/o desviaciones mentales un 17 de mayo del año de 1990, día en que la Organización Mundial de la Salud (OMS) decidió excluirla de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades mentales.

Luego de retirada la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales, aún la sociedad cuestiona la capacidad mental y emocional de los homosexuales para hacerse cargo de sus propios hijos, adoptar, o si quiera contraer matrimonio entre ellos, aduciendo argumentos, de variables religiosas, dogmáticas, prejuiciosas, más que científicas.

Por otro lado, uno de los problemas centrales en relación a los niños y sus familias, ha tenido lugar en el marco de los procesos de divorcio o separación de sus padres (cuando uno de ellos reconoce *a posteriori* su homosexualidad), una de las principales preocupaciones en los procesos de tenencia de hijos con padres homosexuales, son fundamentalmente tres, el *primero* de ellos; el “desarrollo de la identidad sexual” del menor y el miedo a que éstos tengan algún tipo de disturbio en su identidad de género o convirtiéndose en homosexual; el *segundo*, es el desarrollo personal del menor y su relación con su identidad sexual, por ejemplo, los tribunales son reticentes a que los niños sean criados por sus progenitores gays o lesbianas, pues se asume que serán vulnerables al colapso mental, afronten problemas conductuales, y que sufran presión psicológica en relación a niños de padres heterosexuales, además del temor a que los niños tengan dificultades en su desarrollo social y al establecer relaciones sociales, por ejemplo, los jueces han expresado reiteradamente su preocupación que los niños que viven con madres lesbianas o padres gay pueden ser estigmatizados, objeto de burlas por los compañeros (Patterson, 1992).

Bien, respecto al primer temor: las investigaciones sugieren que los niños de madres lesbianas desarrollan modelos de rol de género y comportamiento que son muy parecidos a los de otros niños; respecto al segundo recelo: los estudios sobre desenvolvimiento personal, no se ha revelado diferencias importantes entre los hijos de lesbianas frente a progenitores heterosexuales. (American Psychological Association, 2005)

Así, en procesos de parentalidad de hijos que involucran a un padre gay o una madre lesbiana, los juzgados usualmente han considerado el hecho de que el niño puede ser objeto de burla y ello atenta contra el interés del niño. Uno de los argumentos más recurrentes es el estigma asociado a tener un padre gay o una mamá lesbiana, pues se asume que esto tendría un impacto dañino en la autoestima del niño, ello ha sido refutado en numerosos estudios e investigaciones que han encontrado que, aunque los niños de progenitores gays y/o lesbianas reportan haber experimentado burlas por la condición de sus padres, sus niveles de autoestima no resultaron inferiores a las de los hijos de padres heterosexuales (Huggins, 1989).

En este punto en especial, la autoestima del niño, existen números estudios citados por Patterson (1992), entre ellos el de Huggins (1989), quien señala que la autoestima de los hijos de madres lesbianas que conviven con su pareja es más alta que la autoestima de hijos de madres lesbianas que viven solas o no tienen ninguna relación sentimental.

1.1.2 Estudios y conclusiones que señalan la existencia de indicios perjudiciales en los menores que se crían en familias homoparentales:

En Estados Unidos, el estudio realizado por Paul y Kirk Cameron, denominado “*Homosexual parents: A comparative forensic study of character and harms to children.*” (1998), revisó procesos de tenencia de menores en dos supuestos: madres lesbianas que habían apelado en el proceso de custodia concedida primigeniamente a los padres heterosexuales y en casos en los cuales los ex esposos apelaban la tenencia de sus menores hijos concedida a las madres lesbianas. Este estudio concluyó que, en divorcios y procesos de custodia que implicaba a algún padre homosexual, el 42 % de hijos sufría algún tipo de daño; en tanto que en divorcios y procesos de custodia entre parejas heterosexuales el daño a los hijos era de un 12%. Para esta investigación se utilizaron indicadores como, hiper sexualización (*hyper sexualización/erotización*), inestabilidad generada por el entorno homosexual de los padres (*instability of the homosexual’s environment*), presiones al niño para aceptar la homosexualidad y/o considerar la homosexualidad como opción personal (*evangelization*), determinar si la orientación sexual de los progenitores influía en la orientación sexual de sus hijos (*sexual confusion*), se estudió si los hijos de padres homosexuales habían sufrido algún tipo de agresión sexual por parte de sus padres (*Sexual Abuse*) y se buscó evidencias de cargos falsos contra el padre por abuso sexual (*false*).

Por otro lado, el artículo “*Does the sexual orientation of parents matter?*”, señala que los hijos de padres homosexuales son más propensos a sufrir confusión sobre su género y su

identidad sexual y son más propensos a convertirse en homosexuales. Los homosexuales son promiscuos, por ello pueden abusar de sus hijos. Los niños corren un mayor riesgo de perder a sus progenitores a causa del SIDA, abuso de sustancias, o el suicidio por depresión y otros problemas emocionales. Las parejas homosexuales son más inestables y propensas a separarse; y el estigma social y la vergüenza por tener un padre homosexual aísla injustamente a los niños y dificulta sus relaciones con sus compañeros.

La investigación realizada por Rekers, denominada “*Review of Research on Homosexual Parenting, Adoption, And Foster Parenting*” (2004), señaló que los niños criados por padres homosexuales son más vulnerables a los daños y estrés que los niños criados por padres heterosexuales, además de existir altos ratios de desorden psicológico en homosexuales, abuso de sustancias que expone al estrés a los niños.

Respecto al entorno familiar, el estudio de Cretella y Trumbull (2019) han concluido en su trabajo “*Homosexual Parenting: A Scientific Analysis*”, que la tradición y la ciencia están de acuerdo en que los lazos biológicos de dos géneros distintos son de protección para los niños. La familia en la que el niño se cría, es determinante en su formación de identidad sexual, emociones positivas y el buen rendimiento académico, por ello el niño necesita de un padre y una madre. Décadas de investigación de las ciencias sociales demuestran que los niños se desarrollan de manera óptima cuando son criados por sus dos padres biológicos heterosexuales, en un matrimonio con poca conflictividad.

1.1.3 Estudios sobre la familia homoparental en el Perú

Respecto al estudio sobre el complejo tema de la familia homoparental en nuestro país, ha sido un tema poco abordado en la doctrina de nuestro país, siendo las principales disciplinas que problematizan sobre las relaciones no heterosexuales, la Psicología y la sociología, aunque también se encontraron tesis que abordan el tema desde el derecho, centrándose principalmente en el matrimonio igualitario, pero sin citar jurisprudencia comparada o hacer un análisis pormenorizado de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ejemplo de ello, tenemos la tesis de posgrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Lic. Ríos (2017), denominada “Y, ¿Cómo lo hacen? familias homoparentales con niños en lima: constitución y estrategias de crianza y socialización. estudio de caso de familias de clase media y media alta en distritos de lima metropolitana y el callao”, en la cual se analiza

a partir de una investigación cualitativa de entrevistas a profundidad con 9 miembros adultos de 7 familias homoparentales. El abordaje, desde la disciplina sociológica, consta en investigar la interacción cotidiana entre niños y sus progenitores dentro de una familia homoparental, inclusive con padres separados, así la autora afirma que:

Uno de los principales resultados es que parejas homosexuales incorporan en su horizonte de realización personal a la familia a la vez que la recrean, objetando que el único fundamento del parentesco sea el biológico y proponen a la voluntad como un nuevo sustrato de la filiación, sin negar espacio a lo biológico. Ante la supresión de la división sexual del trabajo en casa, la división de las tareas del hogar y crianza se basan en preferencias personales y el diálogo como mecanismo de coordinación. (Ríos, 2017, p.2).

Por otro lado, se encuentra la tesis de pregrado en la Universidad de Piura, denominada “Matrimonio homosexual y adopción homoparental”, en la cual la autora, Arrieta (2016), señala su posición de negativa a un matrimonio entre personas del mismo sexo, considerando que este es “la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común” (Art. 234 del Código Civil). En esta tesis, no se hace mención a los principios de igualdad, ni a los tratados internacionales, ni a la Constitución o jurisprudencia comparada relevante, es más, existe un lenguaje que linda con el perjuicio que denota parcialidad en un trabajo que debería de guiarse por cuestiones objetivas, así la autora señala lo siguiente:

En ese sentido considero que debe prevalecer el sentido común y el sentido propio que otorga la naturaleza, no sólo a los seres humanos, sino a toda criatura que puebla el planeta; por lo que se debe, cesar en defender intereses particulares y contra natura, para atender al fortalecimiento de las instituciones y de la moralidad. (Arrieta, 2016, p.54).

Asimismo, la tesis presentada por el Mgr., García (2017) intitulada “El matrimonio civil de los/as homosexuales y la vulneración del respeto pleno de los Derechos humanos en el Perú, año 2016”, presentada en la Universidad Privada de Tacna, parte de la metodología cuantitativa y cualitativa en base a encuestas a los abogados en Tacna, concluyendo la autora que existe vulneración al derecho a la igualdad, la proscripción del matrimonio entre personas del mismo sexo, así como el no cumplimiento, por parte del estado peruano de la normativa convencional.

Cualquier proyecto de ley con el objetivo de legalizar el matrimonio igualitario o de personas del mismo sexo que se presente al Congreso de la Republica Peruana para

su aprobación, debe incluir el concepto de evolución y cambio en la realidad social, cultural, económica, demográfica de la sociedad peruana. Esta constatación de cambios en la realidad nacional en todos sus aspectos y sectores, debe hacer posible la adaptación de las leyes nacionales a esta realidad cambiante y en constante evolución. (García, 2017, págs. 104 y 105).

Asimismo, la tesis de la abogada Castro (2017) denominada “El matrimonio igualitario. Marcando un hito en la lucha contra la discriminación. El derecho de igualdad y no discriminación por orientación sexual aplicado al acceso al matrimonio en el Perú”, presentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú, hace un recuento de los proyectos de ley que se dieron en el Legislativo a fin de regular las uniones no heterosexuales a través de las figuras como “patrimonio compartido”, que regula un régimen de copropiedad; la “atención mutua”, orientada a la salvaguarda de los derechos patrimoniales o derechos de atención muy especiales, relacionados con las decisiones médicas para la pareja y la “union solidaria”, con el objetivo de apoyo mutuo y patrimonial, pero no se reconoce a la familia homoparental.

En ese sentido, resulta relevante citar la tesis de pregrado de la abogada Lescano (2021), presenta en la Universidad Señor de Sipán, denominada “Reconocimiento de las familias homoparentales en la legislación peruana para viabilizar las técnicas de reproducción asistida”, aporta un proyecto de ley “Ley que regula el reconocimiento de las familias homoparentales en el Código Civil” a efectos que puedan acceder a técnicas de reproducción asistida que contemplan solo a parejas heterosexuales;

Artículo 4.- Reconocimiento de la familia homoparental celebrada en el extranjero.

Toda formación de una familia heteroparental y homoparental regulado por normas extranjeras, tienen la misma eficacia legal en el Perú, de conformidad al principio *pro homine* y las normas del Derecho Internacional Privado. No podrá discriminarse por su razón de su orientación sexual los integrantes de la familia homoparental. (Lescano, 2021, p. 73).

La tesis del abogado Ríos (2020), “Las familias homoparentales, el matrimonio igualitario y su falta de regulación en el ordenamiento peruano” presentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú, explica a partir de la teoría de la “conexión de derechos fundamentales para personas LGTB+”, precisa lo siguiente:

(..) Explico que si se debate cualquier propuesta legal en beneficio (o afecto) a las personas LGTB+, o derechos aparentemente conectados para enfrentar alguna vulneración a bien, jamás se va a tratar de forma diferenciada, sino que la lucha es conjunta con una finalidad en común: Exista normatividad inclusiva y garantista de los derechos fundamentales. (Ríos, 2020., p. 70)

Finalmente cabe destacar el artículo científico del Dr., Bermúdez-Tapia, en relación al matrimonio igualitario, intitulado “El conflicto normativo entre los artículos 1 y 4 de la Constitución en el ámbito judicial en la especialidad del derecho de familia”, en el cual se hace un análisis sobre la regulación de una familia:

“Surge así el ‘matrimonio igualitario’, sustituyéndose las categorías de ‘hombre’ o ‘mujer’ por las de ‘contrayentes’, desacralizando finalmente una institución de orígenes religiosos en una institución laica, finalmente.” (Bermúdez-Tapia, 2016., p. 179)

En ese sentido, la presente tesis permitirá el debate sobre el tema, desde una perspectiva legal, basada en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, el respeto y la protección a la familia conformada por padres o madres del mismo sexo, desarrollando el principio de igualdad y el mandato de no discriminación, además de la protección legal de la que gozarían estas familias si es que el vínculo afectivo de sus padres fuera reconocido plenamente como válido jurídicamente en el Perú.

1.2 Bases jurídicas que desarrollan el enfoque social aplicado

El tema de la tesis aborda necesariamente la institución de la familia y la sociedad, el matrimonio y del estado, así como la política de protección y garantía de los derechos a todos los ciudadanos sin discriminación alguna, de ahí que se debe tener presente, que el tema o problemática priorizada en la presente tesis, es la evaluación de la jurisprudencia que analiza la legislación sobre una institución jurídica, como lo es el matrimonio, que se debe de adaptar a las nuevas realidades o circunstancias que permitan que todos accedan a este figura, sin discriminación alguna, ya que este es el presupuesto sine qua non, para la protección de las familias que formen.

Por ello señalamos que, toda institución se somete a evolución, siendo la sociedad, la familia y el matrimonio categorías sociales que se han mantenido en constante cambio a lo largo de los años. En cuanto a la sociedad, Spencer (2003) en su libro “*Los primeros principios*”, quien

precisaba que la sociedad era una suerte de organismo biológico, por tanto, los organismos sociales evolucionan de ser sociedades salvajes (hordas, clanes y tribus) a comunidades, feudos, provincias, reinos e imperios, es decir, al crecer estas sociedades y organizaciones aumentan su complejidad de estructuras y funciones haciéndose cada vez más complejas, surgiendo la civilización, figura a la que Bronislaw Malinoski atribuía solo para las culturas más avanzadas.

En la misma línea, Lewis Morgan (1970) señalaba que la gens, la fratria, la tribu y la confederación de tribus constituirían en adelante un pueblo o nación (*populus*), luego, en un periodo posterior; la unión de tribus en un mismo territorio, ya como nación, reemplazaría a la confederación de tribus que ocupaban áreas independientes.

No obstante, Parsons (1979) disentía de la evolución de los sistemas sociales como evolución biológica, así precisaba, que los sistemas sociales no pueden ser comparables con el ciclo vital biológico. De igual manera Radcliffe-Brown (1986), observa dos cuestiones de suma relevancia que producen un *quiebre* entre la comparación entre un organismo vivo y la sociedad, estos serían: que la estructura orgánica de un organismo animal, es hasta cierto punto, independiente de su funcionamiento; por el contrario, en una sociedad humana, la estructura social como un todo solo puede ser observada en su funcionamiento integral.

Adentrándonos más al campo sociológico que orgánico, Weber (2002) propone la categoría de la relación social como componente de la sociedad, entendida como una conducta plural, orientada a una reciprocidad.

El núcleo de toda sociedad y por ende del estado fue la familia, pese a la formación de grupos muy inconsistentes, el parentesco fue determinante en la formación y consolidación de la sociedad y ello es mencionado por Giddens (2006), al referir que, en las sociedades divididas en clases se conservan con mucha prominencia prácticas tradicionales y relaciones de parentesco. (p, 212). En ese sentido, la unión de personas por vínculos primarios de sangre se constituyó como base para la consolidación de la sociedad. La pregunta que subyace es sobre el origen de la familia, es ¿cuándo podemos determinar que existió aquella institución denominada familia? y al respecto Engels (sobre la base de Lewis Morgan) señala:

La palabra *familia* no significa el ideal, mezcla de sentimentalismos y de disensiones domésticas del filisteo de nuestra época; al principio, entre los romanos, ni siquiera se aplica a la pareja conyugal y a sus hijos, sino tan solo a los esclavos. *Famulus* quiere decir esclavo doméstico y *familia* es el conjunto de esclavos pertenecientes a un mismo hombre. (Engels, 1891, p. 514),

Engels, citando a Bachofen (1861), señala cuatro tesis respecto a la historia de la familia, que serían las siguientes:

Primitivamente los seres humanos vivieron en promiscuidad sexual (1), a la que Bachofen da impropriamente el nombre de *heterismo* 2) tales relaciones excluyen toda posibilidad de establecer con certeza la paternidad, por lo que la filiación sólo podía contarse por línea femenina, según el derecho materno; esto se dio entre todos los pueblos antiguos; 3) a consecuencia de este hecho, las mujeres como madres, como únicos progenitores conocidos de la joven generación, gozaban de un gran aprecio y respeto, que llegaba -según Bachofen- al dominio femenino absoluto (ginecocracia); 4) el paso a la monogamia, en el que la mujer pertenece a un solo hombre, encerraba la transgresión de una antiquísima ley religiosa (es decir, el derecho inmemorial que los demás hombres tenían sobre aquella mujer), transgresión que debía ser castigada. (Engels, 1891, p.474).

Retomando a Morgan (1971), éste señala la evolución no solo de las sociedades en estructuras más complejas sino además la misma regla de la evolución será aplicable a la familia, habiendo pasado ésta por una serie de estadios, hasta llegar a la familia monógama, correspondiendo ésta a la forma moderna y siendo parte de lo que se denomina civilización; que seguiría progresando hasta una igualdad de derechos entre esposos:

Cuadro No. 3 Evolución de la familia según Lewis Morgan

SERIE	TIPO DE FAMILIA	PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS
1 ^{ra} Etapa	Familia consanguínea	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Promiscuidad ▪ Matrimonio en grupos entre hermanos y hermanas
2 ^{da} Etapa	Familia Punalúa	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Tiende a reprimir el matrimonio entre hermanos y hermanas. ▪ Organización en gentes que excluye a los hermanos y hermanas de la relación conyugal.
3 ^{ra} Etapa	Familia Sindíásmica	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Su origen se debe a la <i>gens</i>. ▪ matrimonio entre parejas solas, pero sin cohabitación exclusiva. ▪ El matrimonio duraba a voluntad de las partes.

4 ^{ta} Etapa	Familia Patriarcal	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Actividad de vida pastoral en las llanuras. ▪ Es una forma excepcional de la familia. ▪ Matrimonio de un hombre con varias mujeres. Reclusión de las esposas.
5 ^{ta} Etapa	Familia Monógama	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Nacimiento de la propiedad y disposición de la herencia directa de los bienes que engendra. ▪ matrimonio entre parejas solas, con cohabitación exclusiva.

Fuente: Elaboración propia sobre la base del libro de Morgan, H. (1971). *Ancient Society, or Researches in the Lines of Human Progress from Savagery through Barbarism to Civilization*. Madrid. Ed. Ayuso.

Por otro lado, la familia siempre ha tenido una estructura que la soporta, en ese sentido resulta pertinente lo señalado por Rousseau en su “*contrato social*”, para quien “la más antigua de todas las sociedades y la única natural, es la familia”.

Si bien la génesis de la familia estuvo a lo largo de la historia íntimamente ligada con lo que significaban los lazos consanguíneos y por ende de parentesco, otra figura de carácter, primero religioso, luego jurídico y a veces político (ya que consagraba alianzas de poder) entró a tallar en la estructura de la sociedad; la institución del matrimonio, asumida como la formalización legal de la relación convivencial de una pareja; no obstante, bajo la premisa de la evolución de las instituciones, el matrimonio ha sido una figura jurídica de apertura -pese a la oposición de sectores conservadores- que permite, ahora, legalizar uniones entre personas del mismo sexo, legitimando la noción de familia homoparental.

1.3 Enfoques socio jurídicos aplicados al caso concreto

En el presente caso, la institución fundamental a investigar es el matrimonio como una representación jurídica que permitirá evaluar el contexto de la discriminación a personas que no tiene una relación heterosexual, así como, la familia como núcleo estructural, medular y evolutivo de una sociedad. La figura del matrimonio, la unión de hecho o la unión civil deben ser analizadas, no como figuras convencionales, históricas y discriminatorias sino como instituciones de acceso libre a cualquier persona que cumpla ciertos requisitos para ser partícipe de estas figuras, sin importar la orientación sexual de los contrayentes.

En ese sentido, debemos de reconocer que el derecho siempre se ha adscrito a la corriente positivista, en el cual no existe paradigma válido más allá que la norma jurídica, por lo tanto, los hechos deben de calzar exactamente en el supuesto que dicta la norma, cuando no es así, resulta un vacío legal, resultando un limbo las nuevas realidades y relaciones entre los individuos parte de un sistema social.

Sin embargo, es la realidad y la complejidad de las relaciones de socialización entre los seres humanos, lo que hace que la sociedad se dinamice en interacciones más complejas que desbordan cualquier marco jurídico preestablecido quedando al margen de la ley, no obstante debemos reconocer que el imperativo tras cualquier condición, son los derechos humanos de la persona, es así que dicta el primer artículo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, lo que debe significar el paradigma de toda acción no solo humana, sino social y estatal.

El marco de toda investigación socio jurídica es sin duda la sociedad, lugar de interrelaciones entre los individuos, así como estos con el estado u otras sociedades, todo ello conlleva a una sociedad compleja. Este funcionalismo y estructuralismo, teorías aplicadas al desarrollo y estudio de la composición y dinámica de la sociedad, son a su vez, teorías que se pueden aplicar al desarrollo y constitución de la familia. Es por ello, que los enfoques sociológicos aplicados en la presente tesis, serán el funcionalista, estructuralista y el enfoque jurídico transversal de derechos fundamentales y derechos humanos sustentado en la teoría del reconocimiento, así como el pleno desarrollo del estado constitucional y de derecho que garantice los derechos de las minorías bajo un precepto principista de dignidad e igualdad de todos los hombres y mujeres en la sociedad.

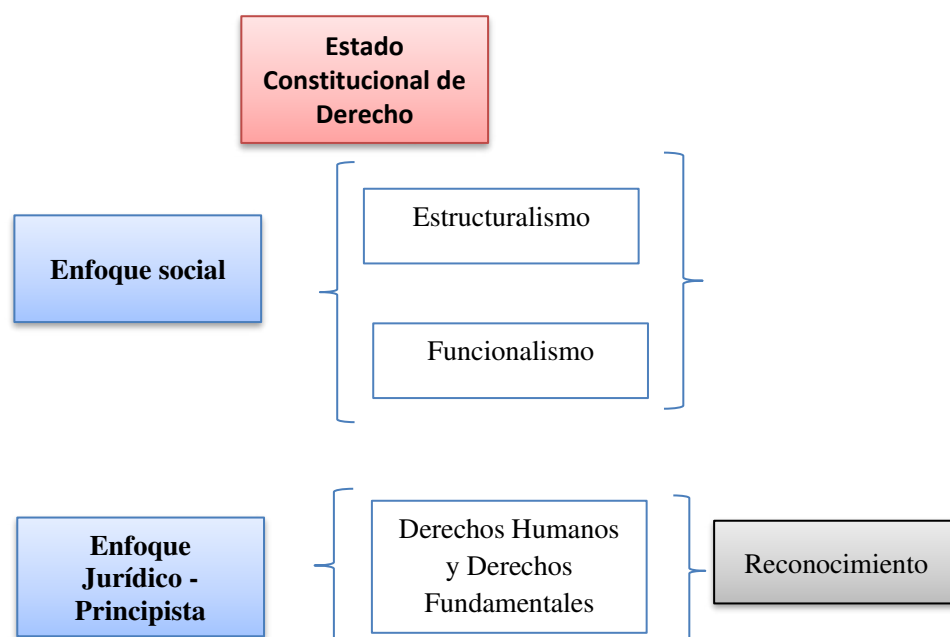


Figura No. 1 Enfoques aplicados a la tesis.

Empezaremos con precisar el carácter sistémico de la sociedad, conceptualizando primero, el sistema y las funciones internas que permiten su desarrollo; para luego definir la estructura de una sociedad y cómo estas teorías se replican en la explicación de la conformación y dinámica de la familia. En consecuencia, se define como sistema, según la Real Academia de la Lengua Española, al conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto, por otro lado, un sistema implica también un conjunto de elementos ligados entre sí, que forman determinada *totalidad* (Rosental, s/f).

Caracterizan el sistema no solamente la presencia de vínculos y relaciones entre los elementos que lo conforman (determinado carácter de organización) sino la indisoluble unidad con el medio en correlación con el cual expresa el sistema su totalidad. Cualquier sistema puede ser considerado como elemento de un sistema de orden superior, y al mismo tiempo sus elementos pueden presentarse como de orden inferior. Los aspectos invariantes de un sistema determinan su estructura. (Rosental, s/g, p. 550).

El funcionalismo según Uriarte (2019), es una corriente teórica surgida en Inglaterra en la década de 1930, fundamentalmente en las ramas de la sociología y la antropología social, que, aplicando la observación atenta de cada unidad de un hecho o fenómeno materia de estudio, de ahí que considere a la sociedad como un sistema formado y articulado por partes interdependientes, en cambio, el carácter estructural de la sociedad, nos remite a la definición de estructura, como armazón de una organización, que permite su ordenamiento, organización y funcionamiento.

Por otro lado, el estudio de la familia parte de un análisis social antes que jurídico, en ese sentido, Radcliffe-Brown (1986), sostiene como premisa de estudio de los fenómenos sociales, conocer que se trata de relaciones de asociación entre organismos individuales que tejerán una compleja red, a la que denomina la “estructura social”, que resulta siendo tan real como los propios organismos individuales que lo componen.

Además, Durkheim (2007) concibe a la sociedad como un simple sistema, al atribuirle conciencia colectiva o común (creencia y sentimientos comunes),⁴ y precisando que la

⁴ Durkheim aboga por una sociedad unida ya que la organización social segmentada o atomizada no tendría viabilidad y sería un gran obstáculo para la división del trabajo, además que nunca forjaría una ciudad.

sociedad no comprende más fuerzas que las de los individuos, en la cual esta comunidad creará una fuerte de autoconciencia y unidad.

Para Parsons (1976), un punto base en la dinámica del sistema social son las interacciones o participaciones de actores, analizándolos desde dos aristas, primero, el *posicional*, es decir la posición del actor dentro del sistema social en interacción con otros actores (*status*), es decir el lugar en el sistema de relaciones considerado como estructura.

La estructura sistémica social elaborada por Parsons (1976) contiene dos prerequisites funcionales, esto son: 1. En sistema social debe estructurarse de manera compatible con las condiciones de funcionamiento de sus actores individuales; y 2. Se debe evitar cuestiones culturales que fallan al definir un mínimo de orden o plantean a la sociedad demandas poco probables de concretar, generando con ello conflicto, o lo que Parsons, llama “desviación”, ello necesariamente hará incompatible la sociedad con las condiciones mínimas que se requieren para su sostenibilidad y desarrollo adecuado, activándose los controles de represión social, solo así se garantiza el desarrollo de la sociedad. Respecto a las denominadas conductas desviadas, éstas son parte inherente del sistema de la acción social, así como las conductas conformes a las pautas o patrones culturales esbozados por el sistema de interacción social, por consiguiente, siempre se tiene expectativa del cumplimiento de las conductas esperadas o por lo menos las que no lleguen a transgredir la norma, es decir, las denominadas “conductas aceptadas”.

En efecto, y como precisaremos en los siguientes capítulos, la homosexualidad es concebida por la sociedad como una desviación o cuestión personal no aceptable y además reprochable que atenta contra la esencia misma de la sociedad, por ello, muchos de los fundamentos para proscribir la homosexualidad es que con ellos aminoraría la población, puesto que parejas de dos hombres o dos mujeres no pueden tener hijos, contraviniendo “el orden natural”, se les ha atribuido, incluso una serie de perversiones; en razón a todo ello, es que ser homosexual implica vivir con un estigma social y padecer discriminación.

Por tanto para la presente tesis, resulta fundamental las teorías sociológicas y antropológicas que expliquen el comportamiento de los individuos parte de la sociedad, así como, es vital el entendimiento de la evolución de las formas de agrupaciones humanas hasta manejar un concepto amplio de familia, que no solo se limita a los lazos sanguíneos, como primigeniamente fue visto. A continuación, tenemos un resumen sobre la aplicación de los enfoques antes revisados a la familia en general y a la familia homoparental en particular:

Cuadro No. 4 Características de la familia desde el enfoque sistémico-estructural y el cumplimiento de estas características por parte de las familias homoparentales.

Características	Definición	Cumple
CONJUNTO	“La familia como un todo, que aporta una realidad más allá de la suma de los miembros. Las familias homoparentales, usualmente forman un grupo unido, son parte de un mismo hogar y cuentan con un sistema de valores y creencias autónomas y compartidas”.	Si
ESTRUCTURA	“La familia lleva consigo una organización de la vida cotidiana que incluye reglas de interacción y jerarquización de las relaciones entre ellos”.	Si
PROPOSITIVO	“Orientado a la consecución de metas (protección y educación de los hijos y su integración en la comunidad como miembros activos)”. Cada miembro de una familia homoparental tiene propósitos independientes relativos a cada una de ellos y propósitos en conjunto. La meta de familia es ser reconocida por la sociedad y el estado, además que este último no tenga injerencia arbitraria en su vida familiar.	Si
AUTOORGANIZADO	La familia plantea sus metas y los medios para lograrlas. “La familia es agente de su propio desarrollo. Cumplir con las metas propuestas por cada integrante del hogar, implica un grado de autoorganización dentro del grupo”.	Si
INTERACCIÓN	“Los miembros de la familia permanecen en contacto entre si a partir de una serie de intercambios que suponen mutua influencia”. Las familias homoparentales ejercen funciones como una familia tradicional, puesto que tienen reglas e interacción interna dentro del grupo (microsistema) y externa con la sociedad, el colegio, el trabajo y las amistades (suprasistema).	Si

Fuente: Elaboración propia sobre la base del trabajo de Espinal, I. , Gimeno, A. y González, F. (2006). El enfoque sistémico en los estudios sobre la familia.

1.3.1. Teoría estructural - sistémica de la familia

El estudio de la estructura o dinámica familiar a través de la teoría de los sistemas generales, brinda mejores herramientas para determinar qué constituye una familia; así tenemos, que la familia es el sistema que define y configura en mayor medida el desarrollo de la persona desde siempre, siendo un conjunto organizado, pero a la vez interdependiente de personas en constante interacción, que se rige por reglas y funciones moldeables en el tiempo.

A partir de este enfoque, los estudios de familia se fundamentan más que en los rasgos de la personalidad de sus miembros, en la construcción de una identidad única, y que además es la plataforma del extenso entramado de relaciones intersubjetivas. Esta definición de familia supone un gran avance para el estudio de la organización familiar, y de ella extraemos las características del sistema -conjunto, estructura, personas, interacción- y otras atribuibles a

los sistemas sociales -abierto, propositivo, complejo-, además de las características específicas del sistema familiar -intergeneracional, larga duración, facilitador del desarrollo personal y social de sus miembros- (Espinal, Gimeno, y González, 2006).

En consecuencia, la familia al conceptualizarse como una unidad, se le hace parte del sistema social inherentemente vinculado al estado, formando su propio esquema estructural o microsistema, produciéndose en su interior una serie de interacciones que le dotan de dinamismo y que a través del tiempo produce cambios y/o adaptaciones en su estructura reconfigurando nuevos esquemas o modelos de familia.

Al considerar a la familia como una estructura, con funcionalidad de microsistema es presumible que se configuren relaciones de poder, autoridad y hasta dominación por parte de algunos y la sujeción u obediencia por parte de otros.

A partir de la constitución de la familia moderna se configuraron *dos grandes líneas de poder familiar*: una generacional, que va principalmente de padres a hijos, y otra de género, que se ejerce de hombres a mujeres. [...] Esto les permite, sobre todo a los padres o a quienes desempeñan el papel de "mayores", imponer un vínculo de obediencia mediante el cual se aseguran, entre otras cosas, la apropiación de las personas y los tiempos de los hijos y "menores", mientras se mantengan en dependencia de la familia. Por otra parte, la relación *entre los miembros de la pareja* implica el reconocimiento de la autoridad masculina como poder último y, en consecuencia, la aceptación de las normas que de ella emanan. Esto permite la apropiación del cuerpo y la sexualidad de la mujer, así como de parte de su tiempo, trabajo y libertad de movimiento por parte del núcleo familiar. La autoridad de género en muchos casos se prolonga a algunas otras relaciones dentro de la familia. (Calveiro, 2005, p. 31).

Por lo tanto, se puede observar a la familia como estructura en la cual existen relaciones de poder, las cuales eran totalmente asimétricas en el pasado, aún hoy, sin embargo, el contexto ha cambiado, no obstante, como refiere Minuchin (1984), las nuevas familias sienten el fantasma de viejas estructuras, pero aun con todo no escapan del cambio de paradigma de familia nuclear y tradicional concebida como la mejor. Sus acciones se encuentran regidas por las características del sistema (Minuchin, 2004), es decir por la ideología de la familia de la que somos parte, en este sentido, cada integrante de la familia puede ser considerado como un subsistema que aporta a su propio sistema y estructura familiar.

De la misma manera, el enfoque estructural observa a la familia como un sistema vivo, conformado por los miembros de esta, dinamizado por las relaciones interpersonales de sus miembros, procurando el equilibrio ante cualquier adversidad, además de la capacidad de autorregulación, como hacen las estructuras complejas, y así estar inmerso en el suprasistema que es la sociedad (Soria, 2010).

En consecuencia, sobre la base de las características de la familia desde una óptica funcional-estructuralista, Iturrieta citando a Broderick (2001), la define como un sistema social destinado a la apertura, dinámico, dirigido a metas y autorregulado. Iturrieta (2001) citando a Suzanna Smith, señala las características de la familia desde la perspectiva sistémica; (Págs. 39-44):

1. **Sistema:** En una familia, el factor determinante son los individuos que interactúan entre ellos y con el sistema que los contiene (medio ambiente), en un contexto de interdependencia, toda vez que los comportamientos de los miembros que conforman la familia se influirán y retroalimentarán mutuamente. En ese sentido, las familias conforman una totalidad integral y compleja.
2. **Jerarquía:** El marco son los subsistemas intrafamiliares, partiendo de las relaciones mando - obediencia que se generan como característica de toda estructura social, incluida la familia, estas pueden ser:
 - a. *Conyugal*, es decir las interrelaciones entre la pareja.
 - b. *Filial*, que corresponde a la relación de padres e hijos.
 - c. *Fraterno*, que representa la relación entre hermanos.
3. **Límites:** La premisa es la situación conflictiva intrafamiliar; y de estos y su medio ambiente, por ello, los subsistemas intrafamiliares estipulan límites que pueden ser rígidos, flexibles, difusos y claros que la conformación familiar debe respetar.
4. **Feedback y control:** Este concepto implica un circuito en el cual las acciones de los miembros de las familias tienen como resultado otras conductas al interior de las mismas, hecho que impacta en la marcha de todo el sistema familiar. A este circuito cerrado se le agrega un patrón de conductas determinado por uno de dos posibles tipos de *feedback*, que puede ser;

- a. **Negativo:** Funcionabilidad por la cual una familia puede mantener su equilibrio y estabilidad dentro de su sistema (homeostasis). Para ello, se debe corregir cualquier desviación de las conductas controladas por este mecanismo.
- b. **Positivo:** Corresponde a un mecanismo que impacta en la estabilidad o equilibrio de los sistemas familiares, lo que permite modificaciones de patrones o conductas familiares.

Finalmente, la teoría de los derechos humanos y fundamentales constituye la línea y los principios transversales de la tesis, pues a partir de su comprensión por los detentadores de poder y luego por la sociedad es que se podrán garantizar plenamente, más aún si es que hacemos referencia a minorías o grupos históricamente vulnerables, sometidos a la violencia que se normaliza en la sociedad, así como a la violencia institucionalizada proveniente del estado. En esto último, tiene sentido lo dicho por Bobbio,

Acerca que el problema grave de nuestro tiempo respecto a los derechos humanos no era el de fundamentarlos sino el de protegerlos [...]. No se trata de saber cuántos y cuáles son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cual es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados. (Bobbio, 1964, p.7).

En ese sentido, no resulta sobreabundante recordar las características fundamentales que llenan de contenido a los derechos humanos, así que siguiendo a Nikken, tendremos que estos son, *inherentes* a la persona por el solo hecho de serlo, o como señala Beuchot (2002), son inherentes solo a los *homo sapiens*, por tanto, no son concesiones ni de la sociedad, ni dependen de la voluntad política, constituyéndose como el límite al ejercicio del poder estatal. Si bien existe un estado que goza del monopolio legítimo del uso de la fuerza, este ejercicio debe sujetarse a ciertos parámetros que no interfieran en los derechos humanos y que al contrario los garantice; *universalidad*, por el simple hecho de ser inherentes a la condición humana, todas las personas son titulares de los derechos humanos.

Tenemos también que los derechos humanos son *transnacionales*, es decir, no depende de la nacionalidad o del territorio donde se encuentren los seres humanos, en consecuencia, no

podría invocarse la soberanía (elemento vital para un estado) para desvincularse del cumplimiento y garantía de estos derechos. “Los derechos humanos están por encima del estado y su soberanía y no puede considerarse que se violenta el principio de no intervención cuando se ponen en movimiento los mecanismos organizados por la comunidad internacional para su promoción y protección”. (Nikken, 1993, p. 13).

Complementariamente, en la Carta de la ONU de fecha 26 de junio de 1945 y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 10 de diciembre de 1948, transforman la concepción del entendimiento de los derechos humanos, al decir de Ferrajoli (1999), a partir de ello la soberanía externa del estado -en principio- deja de ser libertad absoluta y salvaje y queda subordinada, jurídicamente, a dos normas fundamentales: el imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos (p.144), es en ese momento en queda desfasado el paradigma del estado soberano, en teoría se podría afirmar que partir de lo que podría denominarse el “pacto social internacional de características inter estatales, la soberanía como el núcleo duro de un estado ya no se considera como un elemento impenetrable y que justifique violaciones de derechos humanos, sino que por encima del estado y de todo poder se encuentran posicionados los derechos de la persona”, erigiéndose un proceso llamado por Carrillo (2001, p.14), como del de *humanización del orden internacional*, puesto que el afirmar y reconocer mundialmente que los seres humanos tienen derechos que pueden ser oponibles al poder político de los estados, significó una revolucionaria innovación en el derecho internacional, ya que la persona nunca más iba a ser considerada como objeto del orden internacional.

Finalmente, los derechos humanos son *irreversibles*, esto en relación directa con la dignidad humana, son consustanciales a la persona y que son la base de su dignidad, no se podría aceptar jamás su regresión como política o decisión del gobierno.

Una vez superado los trágicos hechos de la segunda Guerra Mundial, no solo se dirigió una nueva reconfiguración del orden público y político internacional, sino, lo más importante fue la suscripción de la Carta ONU y de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por ello Burneo (2011) acota que “este sistema universal limita el poder y la soberanía de los estados respecto de los hasta entonces sus “sujetos”, encontrando fundamento la injerencia de la comunidad internacional en los asuntos internos de los Estados a través de los sistemas de protección de los derechos humanos, y excepcionalmente del Consejo de Seguridad en los casos que afecten la paz y la seguridad internacionales”. (Pg. 59).

Es meritorio reconocer que luego de casi 75 años de estos pactos internacionales, la situación, si bien no es perfecta, resulta por lo menos algo mejor, toda vez que los derechos humanos han permeado en la mayoría de los estados, aunque si bien, hasta ahora no existe una fuerza disuasiva universal que obligue a los estados a respetar y garantizar los derechos humanos, si se puede decir que estos se han globalizado, y que su principal fundamento lo constituye la naturaleza humana y su dignidad (ontología esencialista), legado del iusnaturalismo clásico, aunque Beuchot (2002) entienda que los teóricos del nuevo iusnaturalismo llamen a los derechos humanos "derechos morales", como señalando que están todavía más del lado del orden ético que del jurídico. (p. 18), no obstante, aún existe recelo y escepticismo en relación al respeto y garantía irrestricta de los derechos humanos por parte de los estados.

Finalmente, debemos resaltar que la realización de los derechos humanos encuentra un espacio perfecto en sistemas políticos democráticos, y para entender este último supuesto recurriré a lo precisado por *The Economist Intelligence Unit's Democracy Index (2020)*, que precisa que una democracia plena se caracteriza por el respeto no solo las libertades políticas y civiles, sino además, existe un respaldo de una cultura política propicia para el florecimiento de democracia, el funcionamiento del gobierno es satisfactorio, los medios son independientes y diversos además de la existencia de sistema efectivo de controles y equilibrios.

Cuadro No. 5 Índice de Democracia por tipo de régimen 2020

	No. of countries	% of countries	% of world population
Full democracies	22	13.2	5.7
Flawed democracies	54	32.3	42.7
Hybrid regimes	37	22.2	16.0
Authoritarian regimes	54	32.3	35.6

Note. "World" population refers to the total population of the 167 countries covered by the Index. Since this excludes only micro states, this is nearly equal to the entire estimated world population.

Fuente: The Economist. Democracy Index 2019. A year of democratic setbacks and popular protest.

A modo de conclusión, tenemos que el enfoque sistémico, funcional y estructural que explican la dinámica de las relaciones sociales entre los individuos que componen una sociedad, son igual de valederas para explicar la complejidad y dinamismo de la familia, toda vez que ha quedado demostrado de la literatura revisada que las familias responden a las mismas variables que las de una sociedad, de ahí su complejidad y su estudio a partir de las teorías sociológicas funcionales y estructurales, considerando a la familia como un sistema, con sus propias particularidades. Estas categorías o variables se aplican también a la familia homoparental, que está sujeta a las mismas reglas que cualquier otra familia, puesto que

tienen una funcionabilidad en la sociedad, desarrollan un microsistema y gozan de jerarquías internas, de ahí la pertinencia de estudiar o analizar a las familias homoparentales a partir de su función como engranaje en la sociedad y por considerarles también como esenciales por el desarrollo que aporta a la comunidad a partir de la formación de los niños que puedan criar.

CAPITULO II

RECONFIGURACIÓN DE LOS MODELOS FAMILIARES Y EL RECONOCIMIENTO DEL VÍNCULO FAMILIAR CREADO POR LAS PERSONAS LGBTI A PARTIR DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

2. Definición de familia

Como se ha expuesto en el desarrollo del capítulo precedente, la familia es una categoría social, económica e histórica que se adapta a la dinámica del tiempo y/o al contexto en el cual deberá desenvolverse, pero además la familia contiene un sentido sociológico que denota un factor de desarrollo social, pues se le asocia como la célula o unidad estructural de la sociedad, Naciones Unidas la denomina, “*el pilar de la sociedad*”, ya que la familia será el primer plano de adscripción, referencia y pertenencia del ser humano.

De la misma forma, el carácter sociológico de la familia denota relaciones internas o los microsistemas familiares, toda vez que al interior de la familia se desarrollan fuerzas afectivas muy poderosas que trascienden al grupo y matizan las relaciones que sus miembros mantienen con la sociedad en donde están insertos (Pérez,1990).

En el mismo sentido, Ferrer (1982) incide en que la familia es una agrupación natural formada por el padre, madre, hijos no emancipados por matrimonio que viven con ellos, o que están bajo su potestad aunque no convivan en un lugar común, el autor también ratifica a la familia como “núcleo primario de la sociedad”, y que a este significado aluden las Constituciones y Declaraciones Internacionales que imponen al Estado la protección y defensa de la familia; asimismo, Laing, (1982) define a la familia como un grupo de personas que viven juntas durante determinados períodos de tiempo y se hallan vinculadas entre sí por el matrimonio o el parentesco de sangre. La familia es un *nosotros común* que se contrapone a ellos, es decir, a los ajenos a la familia, mientras que para Weiss-Altaner, (1977) la familia es un conjunto de personas de número reducido.

Por otro lado, el 11 de diciembre de 1969, la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2542 (XXIV) proclamó la “Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social”, en la cual se define a la familia como eje del desarrollo y “como unidad básica de la

sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes, debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad. Los padres tienen el derecho exclusivo a determinar libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos” (Artículo 4°).

Por consiguiente, las familias, cualquiera sea su tipo, es decir, desde las familias de conformación simple, familias ensambladas y por supuesto las familias homoparentales, crearán vínculos sociales, culturales, religiosos y jurídicos entre sus miembros en virtud a la consanguineidad o a la ley, en este último aspecto, la familia desde el punto de vista legal, es “un grupo formado por la pareja, sus ascendientes y sus descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre, matrimonio o civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes u obligaciones”. (Pérez, 2015)

La familia tiene otra característica esencial, en relación a su dinámica, en ese sentido, Leñero (1983) sitúa a la familia en un contexto de cambio y fluidez, además de dotarle de una identidad histórica a la vida de la familia contemporánea, puesto que señala que el fenómeno familiar parece connatural a la vida de la humanidad y forma parte de la experiencia de vida de cada persona, no obstante, es una realidad cambiante y plural.

Sin embargo, la doctrina más conservadora parte de una conceptualización que solo incluye y define el deber ser de la familia en su versión tradicional, que implica el matrimonio como primer supuesto e hijos nacidos dentro de él, limitando a la familia a un tema estrictamente jurídico; sin embargo, si la familia ha evolucionado o cambiado con el paso del tiempo es porque responde a un contexto y a condiciones particulares, es así que acertadamente la profesora Fernández (2013), señala que la “*familia* tiene un fuerte contenido político y una gran dependencia de los sistemas económicos, articulado todo ello con lo religioso”, así, el análisis de las relaciones familiares queda vinculado con los fenómenos sociales y políticos en los que se inserta, y para su comprensión es necesario superar la visión dicotómica entre lo micro (la interacción directa entre sujetos específicos que constituyen un núcleo familiar determinado) y lo macrosocial (entendiéndose esto como las construcciones sociales de lo masculino y lo femenino como opuestos y complementarios, de las condiciones materna, paterna y filial desde posiciones de poder jerárquicas, de los roles que se asignan a cada uno dentro y fuera de la dinámica familiar, así como la funcionalidad social de tales construcciones) (Calveiro, 2005, p. 29). En vista de ello, a continuación se analizarán los contenidos político, legal, social y económico:

a) El contenido político y legal de la familia, encuentra relación directa con el Estado y las diversas instituciones públicas que elaboran o diseñan las políticas necesarias que garanticen y brinden protección a la familia, habida cuenta el derecho a formar y tener una familia así como su protección, es un derecho constitucionalizado y también garantizado por diversos instrumentos internacionales, por otro lado, la relación Estado – familia irradia también al derecho que regulará a través de disposiciones legales, a las familias y todo lo concerniente a su dinámica y formación, lo que se denominará derecho de familia.

Esta explicación encuentra sustento en la teoría estructural de la sociedad - estado, inclusive en lo dicho por Rousseau al referirse a la familia como primer modelo de las sociedades políticas. Pérez (1986), señala que en este esquema el Estado atribuye a la organización familiar algunas cargas, asigna derechos, obligaciones y prohibiciones, precisa las consecuencias procedentes y señala los límites y facilidades de protección y desarrollo; es decir, establece una ideología más o menos precisa de la organización familiar que desea (p.245), es decir, el estado a través del ordenamiento jurídico regirá la vida la sociedad, normativa que se aplica e impacta también a la familia y he ahí la construcción de relación estado - familia, puesto que las regulaciones de todos los países contienen ordenamientos sobre el derecho de familia, normando desde la institución matrimonial, las uniones de hecho, la filiación, la crianza de los niños y ahora se está ampliando el marco de protección a la conformación de familias homoparentales y a sus hijos, luego de siglos de heteronormatividad; sin embargo esta protección se da de manera progresiva.

Sin perjuicio de lo regulado por el estado (normas jurídicas) y por la sociedad (normas morales), la familia tiene sus propias tradiciones y reglas que pertenecen solo a ellas y que corresponde a su vida íntima familiar, esto es la que Pérez denomina la ideología familiar, que resulta ser muy importante puesto de ello dependerá la formación que tengan las nuevas generaciones sobre la concepción del mundo y de la familia misma, así afirma el autor, que en la familia los adultos ya formados, proyectan en los hijos, principalmente, y también en los otros adultos, lo que alguna forma fue proyectado por sus padres u otros adultos (Pérez, 1986, p. 247), es decir se tiene una cadena de transmisión de reglas, valores, pensamientos e ideología que se gesta desde el microsistema familiar e irradia en la sociedad.

La relación binaria familia-estado no solo debe limitarse a la legislación, al *deber ser*, de establecer políticas públicas que protejan a las familias o a sus integrantes, en ese sentido, es

pertinente lo señalado en el estudio de Arriagada (2001), quien manifiesta que la familia es la piedra de toque de la gran mayoría de los discursos políticos en campaña, discursos del gobierno, de las instituciones civiles y religiosas, sin embargo, existe distancia de políticas sociales que protejan a la familia, o que en todo caso, estas políticas se ven desvaloradas en desmedro de otras.

Es pertinente recalcar que si bien la familia era uno de los más importantes ejes de la política central de los gobiernos europeos por su contenido constitucional, no necesariamente esto iba acompañado con el brazo ejecutivo de un ministerio de asuntos familiares, por ello muy pocos países contaban con estos ministerios (Alemania, Francia y Luxemburgo), los demás estados, si bien reconocían a la familia como institución de suma relevancia en la sociedad, eran reacios a tener injerencia o influencia en la vida familiar. (Hantrais y Letablier, 2014), sin embargo, esta realidad ha cambiado con el devenir de los años, siendo el objetivo reforzar la institución familiar, de tal modo, tenemos que el estado a través de sus órganos ejecutores ha implementado algunas políticas relacionadas a la familia, a través de sus Ministerios de Familia. Así tenemos que en países de Europa, como Alemania, existe el Ministerio Federal de Familia, Ciudadanos Mayores, Mujeres y Juventud (*Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*), el cual busca una conciliación entre la familia y el trabajo, así como promover el bienestar infantil.

Austria, tiene un Ministerio para Mujeres, Familia y Juventud con el enfoque tuitivo de la maternidad y subsidio de cuidado infantil.⁵ En Bélgica si bien el Ministerio de política social y asuntos familiares fue absorbido por el Ministerio de Asuntos Sociales y Salud Pública, Asilo y Migración, aún perdura la política de soporte y ayuda financiera para la familia⁶. En Reino Unido, la Secretaría del Departamento de Educación, cuenta con el Ministerio para Niños y familias (Minister of State for Children, Young People and Families), cuyas principales responsabilidades son: la protección infantil, el cuidado social de los niños y el derecho de familia.⁷

⁵ Federal Chancellery Republic of Austria. El portal señala que “Austria tiene uno de los sistemas más desarrollados de beneficios familiares. Las familias son la base de la sociedad. Los respetamos y apoyamos en todas sus diferentes formas”. Fuente: <https://www.women-families-youth.bka.gv.at/>.

⁶ Para mayor información, la página web institucional sobre los Asuntos del Gobierno de Bélgica. <https://www.belgium.be/nl>. (última visualización el 12 de enero de 2020).

⁷ Para mayor información, la página web institucional: <https://www.gov.uk/>. Y <https://www.gov.uk/government/organisations/department-for-education>. Para conocer al detalle las políticas en relación a los niños (adopción y subrogación), maternidad (pago, licencias, paternidad, permiso parental compartido, subsidio por maternidad, registro de nacimientos), escuelas y educación entre otros temas relacionados a la familia, visitar: <https://www.gov.uk/browse/childcare-parenting>. (última visualización 12 de enero de 2020).

En el Gran Ducado de Luxemburgo, existe el Ministerio de Asuntos de la Familia, Integración y Gran Región⁸, responsable de los asuntos familiares y sociales, especialmente en las siguientes áreas: política familiar, protección social, cuidado de ancianos (promoción del diálogo intergeneracional), políticas focalizadas para personas LGTBI.⁹

En América Latina la realidad es diametralmente opuesta, de tal forma que solo existen dos países que cuentan con órganos de primer nivel, como es el Ministerio de Familia, adolescencia y niñez en Nicaragua, encargado de las demandas de pensión alimenticia a través de un trámite administrativo, los trámites de adopciones, habilitación de centros de desarrollo infantil y además de ser responsable de la política contra la explotación sexual, cuyos beneficiarios son niños, niñas y adolescentes nacionales en el extranjero y extranjeros radicados en Nicaragua en Situaciones de vulnerabilidad.¹⁰

Brasil cuenta con el Ministerio de la mujer, la familia y derechos humanos, así como con la Secretaría Nacional de la Familia (SNF) que se creó en 2019 con el propósito de promover la proyección social y económica de la familia. Por otro lado, este Ministerio también posee una política LGTBI que se encarga de establecer lineamientos transversales para combatir los prejuicios y la discriminación contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, travestis y transgénero.

Por otro lado, Argentina cuenta con un órgano de segundo nivel, denominado Secretaria Nacional de niñez, adolescencia y familia (SEnaf)¹¹, adscrita al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que desarrolla políticas públicas dirigidas a revalorar a los niños y adolescentes.

⁸ Para mayor información, la página web institucional: Le Gouvernement Du Grand-Duché De Luxembourg. [Recuperado de <https://gouvernement.lu/fr.html>. Y <https://mfamigr.gouvernement.lu/fr/le-ministere.html>. (última visualización 12 de enero de 2020)

⁹ El 13 de julio de 2018, el gobierno de Luxemburgo adoptó el primer Plan de Acción Nacional para promover los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales. “*Plan d’action national pour la promotion des droits des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, transgenres et intersexes*”, en el cual se proponen algunas líneas básicas para el gobierno como, promover una educación inclusiva y equitativa para todos, , proteger la diversidad de todas las familias, luchas contra la discriminación y los crímenes así como los discursos de odio, asegurar los derechos de las personas transgénero y Garantizar la igualdad de derechos para las personas intersexuales. Puede ser visualizado en <https://mfamigr.gouvernement.lu/fr/le-ministere/attributions/solidarite/lgbti.html>. (última visualización el 13 de enero de 2020).









¹⁰ Para mayor información, la página web institucional: Ministerio de la familia, adolescencia y niñez. <https://www.mifamilia.gob.ni/>. (última visualización el 13 de enero de 2020).

¹¹ Para mayor información, la página web institucional de Secretaria Nacional de niñez, adolescencia y familia (SEnaf): <https://senaf.cba.gov.ar/>. (última visualización el 13 de enero de 2020).

Asimismo, en Panamá, la Secretaria Nacional de niñez, adolescencia y familia (Senniaf), busca fortalecer las capacidades institucionales para la ejecución de políticas dirigidas a la niñez, la adolescencia y la familia.

Para mayor precisión, el estudio realizado en conjunto por el Instituto de Política Familiar de España, la organización civil Familia Desarrollo Población de Guatemala, resume en el siguiente cuadro los países iberoamericanos que cuentan con Ministerios de Familia, Secretarías de Estado u otros organismos de tercer nivel con alguna relación o incidencia en políticas familiares, que son básicamente asistencialistas.

Cuadro No. 6 Países iberoamericanos que cuentan con órganos de primer, segundo y tercer nivel en relación a políticas públicas en familia.

		ORGANISMO PRIMER NIVEL	ORGANISMO SEGUNDO NIVEL	ORGANISMO TERCER NIVEL
	Argentina	Ministerio de Desarrollo Social	Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia	
	Bolivia	Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social	ViceMinisterio de Trabajo y Previsión Social	Dir. Gral. Previsión Social
	Brasil	Ministerio de la Mujer, la Familia y los Derechos Humanos	Secretaría Nacional Da Familia	
	Chile	Ministerio de Desarrollo Social	Subsecretaría de Servicios Sociales	
	Colombia	Ministerio de Salud y de la Protección Social	Viceministerio de Protección social	
	Costa Rica	Ministerio de Trabajo y Seguridad Social	Vice ministerio del Área Social	Dirección de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares
	Ecuador	Ministerio de Inclusión económica y social	Viceministerio de inclusión económica	Subsecretaría de Familia
	El Salvador	Ministerio de Trabajo y Previsión Social	Dirección Gral. Previsión Social	
	Guatemala	Secretaría de Bienestar Social	Subsecretaría de Preservación Familiar, Fortalecimiento y Apoyo Comunitario	
	Hafti	Ministerio de Asuntos sociales y Trabajo		
	Honduras	Secretario de Estado Desarrollo e Inclusión Social	Sub - Secretaría de Gestión del Programa Vida Mejor	Dirección de Mejores Familias
	México	Secretaría del Trabajo y Previsión Social	Subsecretaría de Previsión Social	Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia
	Nicaragua	Ministerio de la Familia, Adolescencia y Niñez.		
	Panamá	Ministerio de Desarrollo Social	Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia	
	Paraguay	Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social		
	Perú	Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social	Viceministro de Prestaciones sociales	
	Rep. Dominicana	Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social		
	Uruguay	Ministerio de Desarrollo Social	Subsecretaría de Desarrollo Social	Dirección Nacional de Políticas Sociales
	Venezuela	Ministerio de Poder Popular para la juventud y el Deporte y Juventud		

Fuente: Instituto de Política Familiar Informe: Evolución de la familia en Iberoamérica. 2019

En el caso de nuestro país, el Ministerio de la Mujer y poblaciones vulnerables, tiene como misión “diseñar, establecer, promover, ejecutar y supervisar políticas públicas a favor de las mujeres, niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y

migrantes internos, para garantizar el ejercicio de sus derechos y una vida libre de violencia, desprotección y discriminación en el marco de una cultura de paz.”¹²

Como hemos avizorado, en países de Europa el tema de la familia constituye un eje central de la política pública (*Family affairs*), y en los países en los cuales se regula en matrimonio igualitario o la unión civil, la política pública sobre protección y promoción de la familia los incluye; hecho contrario a lo que acontece en Latinoamérica, en el cual sólo dos países cuentan con órganos de primer nivel responsables de ejecutar los planes y programas ejecutivos.

b) El contenido económico de la familia, despuntó a partir de la incursión de la mujer en el mercado laboral, la flexibilización en los roles de género y el cuestionamiento permanente al patriarcado excesivamente marcado por el poder del hombre en la familia.

Desde los múltiples enfoques que estudian a la familia, resulta interesante el propuesto por Weiss–Altaner (1977) quien a partir de la economía clásica, analiza los temas género, familia y actividad femenina, precisando que la pareja conyugal en contraste con la vida individual representa ventajas porque hay una posibilidad de cooperación conjunta y mayor productividad dentro del sistema micro político de la familia, además de la división sexual del trabajo que se encarga de asignar tareas de acuerdo al sexo, apoyadas en analogías biológicas mal trazadas que resultan enajenantes y mistificadoras, prosperando solamente en un suelo pre y anticientífico, puesto que la división sexual del trabajo propia de la reproducción fisiológica se extendió a otras tareas, pero no por razones biológicas, sino económicas y políticas. (p.22), así se abrió paso a la definición histórica de roles entre lo femenino y masculino, equiparándose el monopolio de la gestación de la mujer con su rol estrictamente doméstico y de cuidado de los niños; no obstante ello, Weiss–Altaner propone a la familia como una unidad económica. Es decir, la familia reducida a la producción de trabajo.

La producción de trabajo, estuvo claramente delimitada para la mujer y para el hombre, bajo la premisa de la competitividad ocupacional (UNESCO, 1988), así tenemos que, a lo largo de los años los hombres han sido los únicos competitivos en el ámbito laboral, el padre y marido eran responsables del *status* y por ende del sustento de la familia, ningún otro miembro de la familia compartía su *status* en la organización. En realidad, puede decirse -

¹² Página web del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables <https://www.gob.pe/734-ministerio-de-la-mujer-y-poblaciones-vulnerables-que-hacemos>.

con ciertas matices- que el *status* familiar dependía, y en algunos casos, depende esencialmente del *status* ocupacional del marido; de ahí que el sexo ha sido la base fundamental de la diferenciación de funciones entre los cónyuges. (Parsons, 1986, p. 115), ello se considera como una diferenciación estructural que impacta negativamente en las mujeres, priorizando la desigualdad en las condiciones.

Las familias desde siempre han tenido un aporte económico sustantivo en el desarrollo de un Estado, en virtud a lo cual, Carbonell (2012), resalta el papel económico de la familia a partir de la sociedad postindustrial o del conocimiento, puesto que existen nuevos desafíos parte del propio proceso de evolución de la sociedad a los cuales harán frente. Esto tiene relación con el enfoque funcional, encargado de determinar el rol fundamental de la familia en el contexto social que estudia a la familia como unidad económica productiva, limitando los riesgos sociales en favor de coadyuvar a la sostenibilidad de la sociedad.

2.1 De la familia tradicional a la familia del siglo XXI ¿Crisis del modelo de familia tradicional nuclear-conyugal?

La institución de la familia se sujeta a las leyes del cambio en el tiempo y definitivamente la familia tradicional o nuclear, es decir la determinada por el vínculo del matrimonio y con hijos, se encuentra en un profundo proceso de cambio y hasta de regresión, enfrentando nuevas realidades como lo son las nuevas composiciones y estructuras familiares, de hecho, el concepto tradicional de familia ya dejó de responder a los nuevos contextos;

La historia avanza. Me parece que en lugar de obsesionarnos por mantener la “normalidad” de la familia nuclear intacta, deberíamos reconocer el cambio como inevitable, aún normal, y emprender la tarea de ayudar a las familias durante el periodo de transición. (Minuchin, 1994, p.53).

El cambio en la estructura de las familias tuvo como punto de quiebre, la progresiva independización -fundamentalmente económica- de la mujer en la sociedad, es decir un cambio evolutivo desde una función de pasividad doméstica y de actuar en el rol mistificado de esposa y madre a ocupar un papel más activo y dinámico, especialmente en el campo laboral y en lo que resulta fundamental y por años negado a las mujeres, la educación, pues al tener mayores posibilidades de ingresar a una escuela o universidad los lazos de dependencia del marido proveedor empezaron a disiparse o desaparecer; a este largo proceso de cambio se aúna las diferentes legislaciones que empiezan a reconocer igualdad formal y

material entre hombres y mujeres, mejorando el horizonte de desarrollo de las mujeres. En este sentido, el modelo de familia que se proyecta para una sociedad más desarrollada es aquella donde la mujer tenga una posición igualitaria, un menor número de hijos y una mejor distribución de las tareas domésticas y económicamente productivas de la pareja. (Jusid, 1988, p.34)

Citando algunos datos, en países de la Unión Europea se produjeron unos 2,2 millones de matrimonios y casi 1 millón de divorcios en 2016. Desde 1965, la tasa bruta de matrimonio en la UE-28 ha disminuido cerca de un 50% en términos relativos (de 7,8 por 1000 personas en 1965 a 4,4 en 2016). Al mismo tiempo, la tasa bruta de divorcio se ha más que duplicado, pasando de 0,8 por 1000 personas en 1965 a 1,9 en 2016.

Por otro lado, la proliferación de las uniones de hecho como mejor acuerdo en vez del matrimonio puso en jaque la legislación de los estados que emplean el sistema jurídico romano desde una perspectiva histórica y jurídica en materia civil y especialmente en el ámbito de la regulación de instituciones del derecho familia, pues se empiezan a gestar derechos y garantías para este tipo de uniones que no eligieron la figura del matrimonio como modelo su de familia, no obstante, la figura de la familia tradicional, aún es la mejor valorada en la sociedad.

Los estados de la EU según (Eurostat, 2017) se enfrentan a un nuevo contexto de conformación familiar, que requiere asumir un concepto y realidad cambiante, así tenemos que existen parejas con hijos, parejas sin hijos, padres y madres solteros, adultos sin hijos, así como otros tipos de hogares con o sin hijos; como consecuencia de ello, se erigen alternativas legales al matrimonio, como las asociaciones registradas o uniones civiles, que han permeado en la legislación interna, la misma que se ha modificado para conferir más derechos a las parejas de hecho o no casadas.

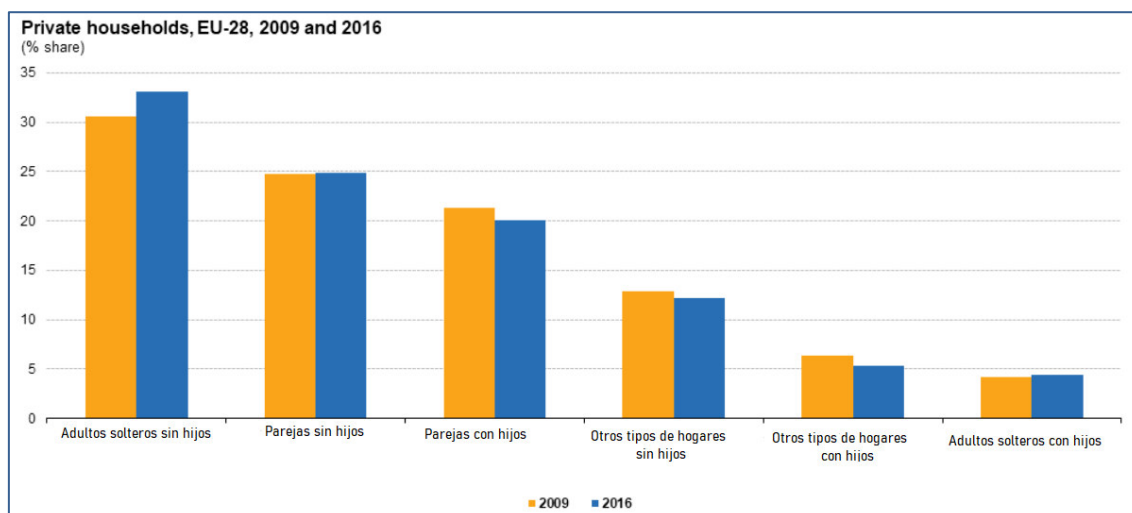


Figura No. 2 Composición de hogares, EU año 2016.

Fuente: Eurostat (*lfst_hhnhtych.*).

En la figura dos, se ejemplifica el incremento en la tendencia de solteros/as sin hijos, hacia familias que deciden no tener hijos o posponer esos planes, seguida por parejas con hijos, y como datos residuales, los adultos solteros con hijos u otros tipos de conformación familiar con niños, como son los hogares intergeneracionales, con abuelos, padres e hijos en un solo hogar.

En adelante, analizaremos la situación en América Latina en relación a la composición de la familia, resultando que ésta se ha visto impactada en primer lugar por la economía, que a la vez generó grupos o estructuras familiares marginadas.

A continuación, un gráfico que demuestra la evolución de los modelos familiares en América Latina a lo largo de las últimas décadas.

**AMÉRICA LATINA (18 PAÍSES): EVOLUCIÓN DE LOS HOGARES
SEGÚN TIPOLOGÍA AGREGADA, 1990-2010**
(Promedio ponderado)

Tipología	1990	2000	2010
Nuclear	68,0	66,4	63,6
Extensa	19,3	19,6	19,0
Compuesta	1,4	1,2	1,4
No familiar	11,3	12,8	16,0

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de tabulaciones de las encuestas de hogares de la región.

Figura No. 3 Evolución de los hogares según tipología años 1990-2010.

Como puede verse, la familia nuclear hasta el 2010 sigue siendo la mayoritaria en América Latina, asimismo, los grupos no familiares que responden a hogares unipersonales o los conformados por un conjunto de personas sin relaciones de parentesco directo y sin la existencia de vínculo matrimonial son grupos familiares en aumento. Se vislumbra el incremento en el tiempo de los hogares monoparentales con jefatura femenina.

2.2. Reconfiguraciones estructurales de la familia: Nuevas formas de convivencia familiar

Se observa que el nuevo contexto social, educativo y fundamentalmente económico ha deconstruido el paradigma de la familia tradicional, con roles de género históricamente definidos; en consecuencia, ahora la mujer participa más en el campo laboral, de investigación, universitario, contexto que ha causado un impacto en la sociedad acostumbrada a los valores propios del patriarcado, como por ejemplo, mayores tasas de divorcio, mayor edad para contraer matrimonio y menor tasa de fecundidad y por ende de natalidad, así tenemos que el Fondo de la Población de Naciones Unidas (2018) señaló que la tasa de fertilidad total en el mundo por mujer en el 2017 era 2.5 hijos.

Por lo tanto, la estructura familiar se ha modificado a raíz de los diferentes cambios socioeconómicos en la sociedad, ante ello, Espinoza (2016) señala que, debido al individualismo humano, las estructuras familiares no se invisten de formalidad prefiriendo la elección de estructuras más laxas que ofrezcan a la vez algo de estabilidad emocional, pero sobre todo que permitan la libertad de abandonar o deshacer dicho compromiso cuando ya no resulte ser el soporte esperado.

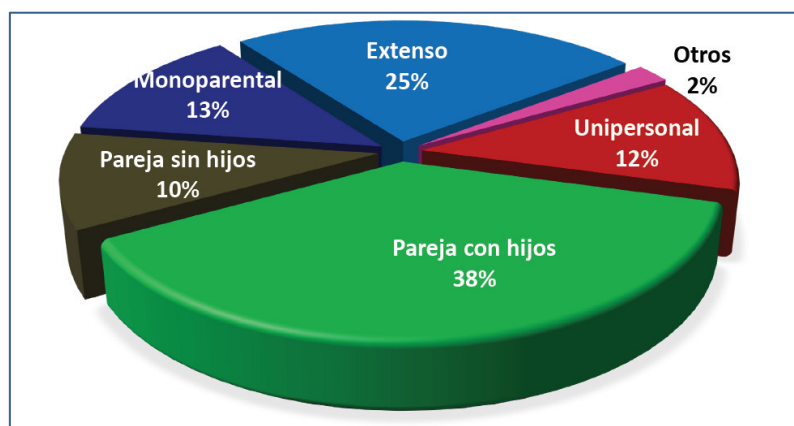


Figura No. 4 Distribución de hogares por número de personas (%) en Iberoamérica, 2017.

Fuente: Instituto de Política Familiar (IPF) en base a los datos de CEPAL.

La figura 4 es ilustrativa del caso de Iberoamérica en la que -si bien es mayoritario el porcentaje de parejas con hijos-, la familia monoparental, unipersonal y las parejas sin hijos suman 34% frente al 38% de las parejas con hijos; todo ello sin tomar en cuenta que cada vez más mujeres deciden no tener hijos en aras del desarrollo profesional y personal.

Resulta interesante que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD, 2016)¹³, haya esbozado una tipología de familia a través de la distribución de personas en hogares, siendo estos, personas que viven con una pareja en matrimonio o con una pareja mediante una unión civil legalmente registrada, personas que viven con una pareja en convivencia y personas que no viven con una pareja, asimismo, se advierte que las parejas del mismo sexo (*same-sex couples*) se pueden adscribir a cualquier tipología de familia.

Naciones Unidas, aporta una clasificación más específica de familia de acuerdo a los modelos de integración esbozada por Pérez (2015, págs. 5 y 6) así tenemos:

- **Nuclear;** Este tipo de familia hace referencia al grupo de parientes integrado por los progenitores, padre, madre y sus hijos.
- **Extensa o ampliada;** Está conformada por los abuelos, los padres, los hijos, los tíos y los primos. Los miembros de la familia extensa están en contacto permanente, pueden vivir generaciones en la misma casa o predio. Se relaciona o interactúa como red social. De apoyo sobre la base de la ayuda mutua.
- **Familia monoparental;** Es aquella que se integra por uno solo de los progenitores, la madre o el padre, y los hijos. En ésta, los hijos pierden contacto con uno de los padres, ya sea prolongada o definitivamente.
- **Ensamblada;** Aquella familia ensamblada integrada por familias reconstituidas, es decir, por miembros de núcleos familiares previos, que al separarse o al vivir en un núcleo monoparental se unen nuevamente, de hecho o de derecho, con nuevas personas o grupos familiares formando el ensamble o una nueva estructura familiar, sin que ello obste para que subsistan, salvo por disposición en el contrario de la autoridad judicial, las obligaciones derivadas de los vínculos jurídicos, originarios respectivamente, en su caso.

¹³ OECD Family Database <http://www.oecd.org/els/family/database.htm>. OECD - Social Policy Division - Directorate of Employment, Labour and Social Affairs (Updated: 27-11-16). SF3.3. Cohabitation rate and prevalence of other forms of partnership.

- ***Sociedad de convivencia y/o familiarización de amigos***; Se define como un acto jurídico bilateral que se verifica, y tiene consecuencias jurídicas, cuando dos personas de desigual o mismo sexo, con capacidad jurídica, deciden formar una unión común, estable para convivir voluntaria y públicamente sobre los principios de solidaridad y ayuda mutua, y que surten efectos frente a terceros cuando es registrada.

Asimismo, se considera como otra forma de familia a la ***Familia homoparental***; conformada por una pareja de hombres o de mujeres que pueden ser padres por adopción o por medio de la maternidad subrogada o de otras formas de reproducción asistida.

2.3. El reconocimiento del vínculo familiar de las personas LGBT a partir del principio de igualdad y no discriminación.

Como se podrá advertir en los siguientes acápites, las minorías sexuales no tienen plenamente garantizados sus derechos fundamentales, constituyendo un grupo en condición de vulnerabilidad, máxime, si estos pretenden algún reconocimiento formal de sus uniones afectivas por parte del Estado, agravándose la situación, ante el hecho de tener progenie y estar de por medio la evaluación del Interés Superior del Niño; toda vez que los Estados aplican la heteronormatividad, que se constituye como parámetro jurídico de amparo de las relaciones familiares.

Ello, aunado a los fundamentos que son esencialmente religiosos, y de concepción restrictiva sobre lo que significa y abarca una familia, generan que las familias homoparentales y sus miembros se encuentren al margen de la protección legal, no sean reconocidas y sean notoriamente discriminadas por los demás miembros de la sociedad y por el estado que impone un patrón heterosexista en desmedro de lo diversa que pueden resultar familias.

[...] Dos consecuencias que se desprenden del heterosexismo; la homofobia y la discriminación; prácticas que sintetizan ideas y emociones asociadas al rechazo de la homosexualidad y de sus expresiones. Esto conduce a que la homoparentalidad se encuentre inserta en una serie de prejuicios, estereotipos y prácticas que, incluso bajo una supuesta tolerancia, influyen [significativamente] en la discriminación que muchas veces los propios homosexuales interiorizan. (Zapata, 2013, p. 47).

Por otro lado, la preservación y promoción de la familia se ha convertido en importante eje de los discursos políticos de toda índole, desde los más liberales, moderados y los ultra conservadores, quienes presentan un proyecto de familia sea desde el punto de vista de la inclusión o de la exclusión de ciertas uniones familiares, privilegiando a las familias de la triada heterosexual, matrimonial y nuclear, y condenando a cualquier tipo de familia ajena a lo esperado, más aún si dentro de esa diversidad familiar se encuentran niños criados por padres del mismo sexo, algo que resulta inconcebible según los cánones morales, religiosos y patriarcales de las agrupaciones conservadoras radicalistas que muchas veces llega a ser el discurso oficial del estado respecto a la realidad de las familias homoparentales en particular, al no reconocérseles siquiera la unión civil, en ese sentido, Robaldo (2011) refiere que es prioritario dar espacio y legitimidad a las familias homosexuales toda vez que al interior de éstas conviven personas con idénticos derechos al resto y que, sin embargo, aún son tratados como ciudadanos de segunda categoría.

No obstante aquella realidad, existen Estados que han determinado que la orientación sexual distinta a la heterosexual, no es un parámetro válido para menospreciar o inhabilitar a dichas personas de su labor de padres o madres o miembros conformantes de una familia, y en consecuencia, han reconocido formalmente sus vínculos afectivos y por ende amparan a sus familias, bajo el principio de igualdad y no discriminación.

Hasta la fecha de la presentación de la tesis, se registran 30 países en el mundo que han reconocido el matrimonio igualitario. Un reconocimiento que puede ser denominativo en el “matrimonio igualitario”, “unión civil”, o “matrimonio entre personas del mismo sexo”.

De hecho, este nuevo esquema de matrimonio en palabras de Castellar (2010) es “simbólicamente subversivo. Es decir, que desafía los esquemas tradicionales en los que se mueve el género y la identidad” (p. 52), y ello es posible, porque es un enfrentamiento directo a las bases de lo heteronormativo y heterosexista, o como señala Butler, al “imperativo heterosexual”, categorías que han direccionado el derecho de familia y todas las relaciones sociales familiares discriminando y negando todo aquello que se oponga a lo que se considera natural y socialmente aceptable sugiriendo “que la heterosexualidad y la homosexualidad son fenómenos mutuamente excluyentes, que sólo se pueden hacer coincidir permitiendo que sean uno culturalmente viable y el otro un asunto pasajero e imaginario”. (Butler, 2002.p, 168).

2.2.1. Definición del acrónimo LGTBI y las demás identidades que las contiene

Previo al análisis de fondo sobre la configuración de la familia homoparental, deben precisarse algunos conceptos claves que coadyuvarán a su entendimiento y conocimiento objetivo, como por ejemplo la diferencia entre lo que implica o significa la orientación sexual y la identidad de género y a partir de ello tener en claro el acrónimo LGTBI (lesbianas, gay, trans, bisexuales e intersex), así tenemos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017), precisa lo siguiente:

- **Orientación sexual** de una persona es independiente del sexo biológico que le asignaron al nacer, e independiente de su identidad de género. La CIDH ha indicado que “la orientación sexual constituye un componente fundamental de la vida privada de las personas y que existe una clara conexión entre esta, el desarrollo de la identidad y el proyecto de vida de cada uno, incluyendo su personalidad, y las relaciones con otros seres humanos”¹⁴. En conexión con ello, la Corte Interamericana ha establecido que “la orientación sexual de una persona se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de toda persona de auto-determinarse y escoger libremente las circunstancias que le dan sentido a su existencia conforme a sus propias opciones y convicciones”.¹⁵ (p.,31).

Por otro lado, la Fundación “Iguales” de Chile, afirma que la orientación sexual tiene correspondencia con la elección de pareja sexual sentimental. Estudios han demostrado que la orientación sexual puede ser la elección exclusiva de personas del sexo opuesto o del mismo sexo y por lo general son de tres tipos: Heterosexual, homosexual y bisexual.

Finalmente, para los Principios de Yogyakarta (2007), la orientación sexual “es la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”.

¹⁴ CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Karen Atala e hijas (Caso 12.502) contra el Estado de Chile, 17 de septiembre de 2010, párrs. 111, 116.

¹⁵ Corte IDH. Caso de Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 136.

- **Identidad de género:** De acuerdo a los Principios de Yogyakarta (2007), “la identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, esta puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (Preámbulo, p.8)
- **Expresión de género:** según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017), se refiere a la manifestación externa del género de una persona. La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) ha indicado con relación a la expresión de género que “la noción de aquello que constituyen las normas masculinas o femeninas correctas ha sido fuente de abusos contra los derechos humanos de las personas que no encajan o no se ajustan a estos modelos estereotípicos de lo masculino o lo femenino. Las posturas, la forma de vestir, los gestos, las pautas de lenguaje, el comportamiento y las interacciones sociales y la ausencia de una pareja del sexo opuesto, son todos rasgos que pueden alterar las expectativas de género”. (2009, p. 21).

LGBTI

Lesbianas: “Son mujeres que sienten atracción emocional, afectiva y sexual por otras mujeres. Tienen capacidad de amar, comprometerse establemente en el tiempo y relacionarse con sus parejas al igual que cualquier otra persona”. (Fundación Iguales, s/f, p.1)

Gays: “Son hombres quienes sienten atracción emocional, afectiva y sexual por otros hombres. Al igual que las lesbianas y los heterosexuales tienen capacidad de amar, comprometerse, establecer relaciones a largo plazo y relacionarse amorosamente con sus parejas”. (Fundación Iguales, s/f, p.1)

Bisexuales: “Son personas, hombres o mujeres, que no muestran una preferencia marcada por uno u otro sexo al momento de elegir parejas sexuales y sentimentales”. (Fundación Iguales, s/f, p.1)

Transexuales: “Son personas, hombres o mujeres, cuya identidad de género es distinta con su sexo biológico. Es decir, tenemos **mujeres trans**, personas que se sienten y viven como mujeres, habiendo nacido con un sexo masculino anatómicamente; y tenemos **hombres trans**, personas que se sienten y viven como hombres, habiendo nacido con un sexo anatómicamente femenino. En los transexuales se da un fuerte rechazo por los genitales discordantes con su identidad de género, por lo que aspiran a realizarse cirugías que readequen sus genitales a su identidad de género”. (Fundación Iguales, s/f, p.2)

Intersexuales: “Personas cuyos cuerpos tienen anatómicamente órganos masculinos y femeninos, simultáneamente, en distintos grados. Son los comúnmente llamados hermafroditas. Tienen una identidad de género que puede ser masculina o femenina, que concordará parcialmente con su anatomía corporal. Legalmente, sin embargo, tendrán un sexo asignado en su inscripción de nacimiento, que probablemente corresponderá a lo más evidente anatómicamente, que puede o no coincidir con la identidad de género”. (Fundación Iguales, s/f, p.2)

Documento desarrollado por la Comisión de Ciencias de la Fundación Iguales. Chile. (iguales.cl/wp-content/uploads/2012/08/Glosario-Diversidad-Sexual.pdf).

Sin embargo, el acrónimo LGBTI, a veces denominado LGBTIQ+¹⁶, es un conjunto de siglas que acoge más categorías que las ya conocidas (lesbianas, gay, bisexuales y trans), ahora lleva agregado una “I”, que quiere decir intersex, término paraguas que describe a una persona cuyo sexo físico, características o cromosomas no se ajustan a las definiciones médicas tradicionales de lo masculino o femenino, denominación que caracteriza a los hermafroditas o andróginos.

Se adiciona una “Q”, que significa *queer* (Questioning), término utilizado en un principio para hacer una descripción peyorativa a los homosexuales. Queer es una persona, a menudo un adolescente que cuestiona su orientación sexual o identidad de género y lo hace no necesariamente para identificarse como definitivamente gay, por ejemplo el “+”, implica nuevos sentires y autoidentificaciones que no necesariamente se enmarcan en lo restrictivo de LGBTIQ, como por ejemplo los pansexuales (atraídos por todo tipo de personas, independientemente de su género u orientación sexual), los que se definen como no binarios (no se identifican como hombres o mujeres), los asexuales (quienes no sienten atracción sexual por ningún género o sexo) o los bigénero (son personas que fluctúan entre identidades y comportamientos tradicionalmente basados en el género "femenino" y "masculino", identificándose con ambos géneros y algunas veces con un tercer género).

Se debe precisar que “dentro de la categoría transgénero también se han ubicado otras terminologías tales como: *cross-dressers* (quienes ocasionalmente usan atuendos propios del sexo opuesto); *drag Queens* (hombres que se visten como mujeres exagerando rasgos femeninos generalmente en contextos festivos); *drag kings* (mujeres que se visten como hombres exagerando rasgos masculinos, generalmente en contextos festivos); y transformistas (hombres o mujeres que representan personajes del sexo opuesto para espectáculos)” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p.12).

Al margen de lo que puede significar el acrónimo LGBTI, resulta relevante precisar que existen grupos denominados *two spirit native*, antes llamados peyorativamente *berdache*, término tomado de los canadienses franceses durante los años 1700 y 1800 que fue utilizado para señalar o denominar a los nativos norteamericanos considerados como un *tercer género*,

¹⁶ Acrónimo que en algunas investigaciones se presenta como **LGBTQQIAAPPO2S**: Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans, Queer, Questioning, Intersex, Asexual, Ally, Pansexual, Poliamoroso, Omnisexual, y Two-Spirit.

sin embargo, en 1994 la Asociación Americana de Antropología exigió reemplazar el término *berdache* por el término de *two spirit native*, acuñado por los nativos americanos a principios de la década de 1990, toda vez *berdache* resultaba insultante para los nativos. En la actualidad se hace referencia a los dos nombres, *berdache*, cuando se hace referencia al contexto antiguo, y *two spirit* si se habla en el contexto contemporáneo. (Hemmilä, 2005).

Los *two spirit*, son parte de la población aborígen de Alaska y Canadá y son considerados, de acuerdo a la cosmovisión nativa como seres especiales, puesto que tienen un "pie espiritual en dos mundos", ya que pueden relacionarse afectivamente con hombres y con mujeres a la vez, así que fueron los primeros curanderos, chamanes, maestros, portadores de cultura y consejeros.

Caso similar se aprecia en parte de la población indígena de la región de Juchitán, zapoteca del Istmo de Oaxaca, México, denominados “*muxe*”, a quienes se le reconoce ante la sociedad como personas del tercer género, pues no son ni hombres ni mujeres y similar a lo *two spirit*, han sido tradicionalmente reconocidos y cuentan con roles especiales dentro de su comunidad. Urbiola (2017) refiere que un “*muxe*” se auto denomina como tal en tanto tiene una práctica sexo-genérica identificada como diferente de mujer y diferente de hombre” (p., 506).

De lo analizado, se puede concluir que el acrónimo LGTBI resulta incluso un parámetro restringido para las diversas autoidentificaciones que busca involucrar, y que con el tiempo ya no responde a los sentires de los grupos aún más minoritarios que buscan un término paraguas que los acoja; por otro lado, la existencia ancestral de los *two spirit* o *muxe* y su asimilación total a la sociedad en la que se desenvuelven demuestra el quiebre entre la concepción sobre lo que occidente considera “anormal” y la cosmovisión indígena que deja espacio a las personas consideradas del tercer sexo.

2.2.2 Sobre las diferencias categoriales en el colectivo LGBTI y la teoría del Reconocimiento de Nancy Fraser, Charles Taylor, Mead y Alex Honneth

“Las injusticias que se derivan de la falta de reconocimiento son, según mi perspectiva, tan materiales como puedan serlo las injusticias debidas a una distribución desigual”.

Nancy Fraser.

Para Fraser existe una bidimensionalidad de la justicia que engloba tanto reivindicaciones distributivas como de reconocimiento sin reducir uno al otro, sin embargo, precisa que la mala distribución está entrelazada al mal reconocimiento, pero no puede reducirse a este. En ese sentido empieza señalando que en el mundo está emergiendo una segunda reivindicación a parte de la redistributiva, y es la del reconocimiento, es decir, en un mundo que acepte la diferencia “en el cual la integración en la mayoría o la asimilación de las normas culturales dominantes no sea ya el precio de un respeto igual” (Fraser y Honneth, 2006, p.14), como ejemplo se exponen las reivindicaciones de las minorías raciales y sexuales. Lo que puede equivaler a la reinención de un nuevo paradigma de justicia que sitúe al reconocimiento en su centro, generando una justicia social dividida entre reivindicaciones de distribución, por un lado y de reconocimiento por el otro.

Lo cierto es que la justicia social precisa de los dos componentes de redistribución (política de clase) y de reconocimiento (política de identidad), este último busca las reivindicaciones de la particularidad del grupo, no obstante, y al margen de esta clasificación, Fraser prefiere señalar que son “expresiones de una perspectiva característica acerca de la justicia social”.

En consecuencia, la redistribución no puede verse reducida a una política de clase, sino va más allá de eso, por ejemplo, la reforma socioeconómica para solucionar la injusticia de género. De la misma manera, la reivindicación por el reconocimiento no se puede reducir al activismo de movimientos que pretenden reevaluar identidades injustamente devaluadas en el tiempo, sino se procura la deconstrucción, como una política homosexual que es más amplia y profunda que la política convencional de la identidad. (Fraser, 2006).

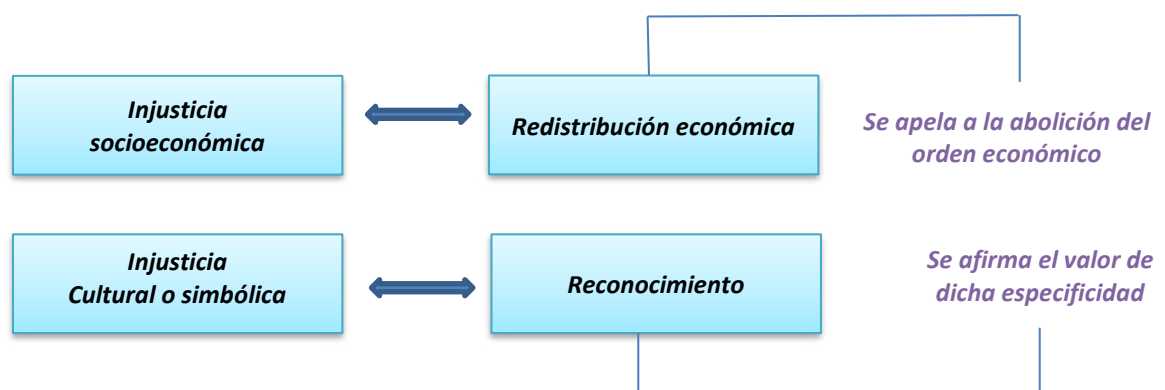


Figura No. 5 Modelos de injusticia según Nancy Fraser.

Fuente: Elaboración propia sobre la base de los postulados de Nancy Fraser en el libro ¿Reconocimiento o redistribución? Un debate entre Marxismo y feminismo.

Ante este modelo aportado por Fraser, subyace la interrogante sobre las personas LGBTI y la determinación de la injusticia que padecen, al respecto Fraser señala:

La sexualidad es un modo de diferenciación social cuyo origen no está en la economía política, dado que los homosexuales se distribuyen por toda la estructura de clase de la sociedad capitalista [...]. Por el contrario, su forma de sexualidad consiste en que constituyen una sexualidad despreciada, arraigada en la estructura de valoración cultural de la sociedad. Desde ese punto de vista, la injusticia que sufren es una cuestión estrictamente de reconocimiento. Los gays y lesbianas son víctimas del heterosexismo: la construcción legitimada de normas que privilegian la heterosexualidad. Junto a ella va la homofobia; la desvalorización de la homosexualidad. Como consecuencia, su sexualidad es denigrada, los homosexuales son objeto de humillaciones, acosos y discriminaciones y violencia. [...]. Bien es verdad que los gays y lesbianas también sufren injusticias económicas graves [...]. Estas injusticias económicas no se hallan en lo absoluto directamente originadas por la estructura económica, provienen, por el contrario, de una injusta estructura de valoración cultural, por consiguiente, las soluciones a este tipo de injusticia pasan por el reconocimiento y no por la distribución. (Fraser, 2000, p. 38)

No obstante, se tiene que no necesariamente los gays y lesbianas son un grupo que requiere estrictamente justicia del reconocimiento, relegando la justicia de la distribución, pues existen grupos LGBTI que padecen los dos tipos de injusticia a la vez, es decir, desprecio e injusticia económica por su orientación sexual, requiriendo, por tanto, de redistribución, Fraser los denomina “*grupos bivalentes*”.

En el presente caso, se aplica a la subcategoría de los trans, la minoría dentro de otra minoría que son víctimas de las dos injusticias y que requieren acciones afirmativas por parte de Estado con el fin de corregir su deficiencia en la protección de derechos, pero exige que a la vez se esbocen medidas transformadoras que propugnen la deconstrucción de la dicotomía homo-hetero para reconocer la valía de esos grupos, es decir pasan por una política de reconocimiento también. “La homofobia y el heterosexismo requieren cambiar el orden de estatus sexual, desintitucionalizar los patrones heteronormativos de valor y reemplazarlos por unos patrones que expresen la igualdad de respeto hacia los gays y lesbianas”. (Fraser y Honneth, 2006, p.28)

Por otro lado, Taylor emplea el término dignidad en su sentido universalista y como componente implícito del ser humano, además de dotarlo de contenido político al señalar que es parte de toda sociedad democrática por ser el sistema que decanta en una política igualitaria, además describe a la identidad como ideal de autenticidad, como primer contacto con uno mismo, con la propia naturaleza de nuestro ser, la que se pone en riesgo y puede perder su estabilidad cuando recibimos presiones a favor de una conformidad externa que nos puede hacer perder la voz interna y truncar nuestra autorrealización. La identidad depende fundamentalmente de las relaciones dialógicas con los demás, de ahí que Taylor (1994) señale que se “niega la identidad cuando constriñe a las personas para introducirlas en un molde homogéneo que no les pertenece de suyo.” (p.67).

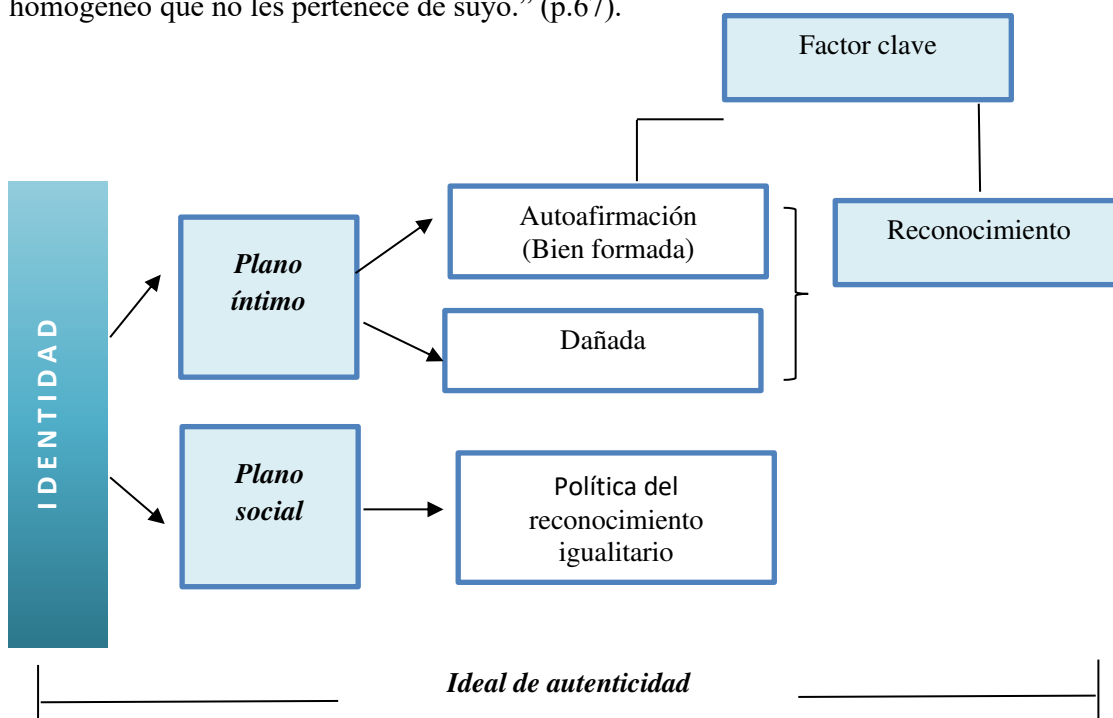


Figura No. 6 Planos de la identidad según Charles Taylor.

Fuente: Elaboración propia sobre la base del artículo “El multiculturalismo y la política del reconocimiento” de Charles Taylor.

En su teoría sobre el reconocimiento, el componente que agrega Taylor, es la “sociedad democrática sana” y en ese marco, la política de la diferencia se concibe como el reconocimiento de la identidad única de un sujeto o de un grupo, proscribiendo las ciudadanía de primera y segunda clase, y exaltando el principio de igualdad y dignidad universal, no obstante, se aplicarán tratamientos y políticas diferenciadas, lo que Taylor denomina “discriminación a la inversa”, que son las medidas afirmativas que nivelan las condiciones para un desarrollo más equitativo.

Otro teórico del reconocimiento es Mead, quien es referente de la teoría del reconocimiento de Honneth. Mead parte de la psicología social, afirmando que el proceso por el cual surge la

persona es estrictamente social, pues requiere del involucramiento y las interacciones entre el individuo y su grupo social, lo que denota la preexistencia del grupo. Similar a Spencer, Mead precisa que ciertas actividades de cooperación en la que participan los integrantes del grupo hacen que la sociedad se convierta o evolucione en una organización más compleja que aquella de la que ha surgido la persona, asimismo, rememora la teoría orgánica de la sociedad y del estado, manifestando que las personas son los órganos más esenciales de esa organización, existiendo un proceso social dentro del cual tiene lugar la diferenciación, evolución y organización ulteriores civilizatorias.

Mead (1990) parte del postulado del disfrute de toda persona de su individualidad particular al margen que se configure como una persona social, esta es la puerta de entrada a la teoría del reconocimiento, ya que el factor determinante es el deseo de ser reconocido por los otros del grupo y ello marca la diferencia entre la sociedad humana primitiva y la sociedad humana civilizada, esta última otorga mayor ámbito para el desarrollo y sentir de la individualidad a partir del autorreconocimiento en contraste con la sociedad primitiva en la cual la individualidad se ve generalizada dejando poco espacio para la autorrealización.

Asimismo, la teoría del reconocimiento de Axel Honneth¹⁷ inspirada en Hegel y Mead, pasa por el cumplimiento pleno de la autorrealización humana, así, para él existe una relación directa entre la injusticia y la falta o la negación de reconocimiento, por lo tanto, parte de una explicación del “orden moral de la sociedad, como frágil estructura de relaciones graduadas de reconocimiento”, concibiendo el reconocimiento como categoría moral fundamental suprema y como aspecto fundamental de la subjetividad humana, considerando la distribución como derivada.

Así reinterpreta el ideal “socialista de la redistribución” como lucha por el reconocimiento, mientras que Fraser (2006) propone un análisis de “perspectiva dualista que considera a las dos categorías como dimensiones cofundamentales y mutuamente irreducibles con la justicia”. En razón a ello, Honneth (1997) precisa que la autodescripción de quienes se ven tratados con falsedad por los otros, desempeña hasta hoy un papel predominante como categorías morales de “ofensa” y “humillación” que se refieren a formas de menosprecio o de denegación de reconocimiento, decantando todo en el menosprecio que se constituye en una lesión a la identidad de cada quien.

¹⁷ Honneth plantea las tres esferas del reconocimiento que tienen incidencia directa en la autorrealización del ser humano en sociedad, estas son, “el amor (la idea central de las relaciones íntimas), el principio de igualdad (la norma de las relaciones jurídicas) y el principio del éxito (la norma de la jerarquía social)”.

Honneth (2006) señala que las experiencias de la injusticia social constituyen “la negación de lo que se considera como un reconocimiento legítimo, indicando que los conflictos de distribución como un tipo específico de lucha por el reconocimiento en la que se discute la evaluación adecuada de las contribuciones sociales de los individuos al grupo”. (p.135), es por eso que los individuos ostentan expectativas orientadas a que los sujetos que conforman la sociedad reconozcan sus capacidades.

Ello puede ir en dos direcciones, la primera se refiere a la socialización moral del sujeto; la segunda, a la integración moral de la sociedad. Los seres humanos dependen, fundamentalmente, de convenciones en la interacción social gobernado por cánones normativos de reconocimiento recíproco.

Fraser se aparta de lo propuesto por Chales Taylor y Axel Honneth en la concepción del reconocimiento como autorrealización subjetiva, la misma que puede ser dañada en el plano personal y ético por una experiencia de desvalorización. Para ella el tema del reconocimiento es de justicia (cuestión de estatus social) porque considera injusto que a ciertas personas y a algunos grupos “se les niegue el estatus de interlocutores plenos en la interacción social como consecuencia solo de los patrones institucionalizados de valor cultural en cuya elaboración no han participado en pie de igualdad y que menosprecian sus características distintivas o las características distintivas que se les adjudican” (Fraser y Honneth, 2006, p.36), es decir, el no reconocimiento más que una cuestión inhibitoria de autorrealización ética fundada en la pérdida de la autoestima personal y de la oportunidad de poder entenderse como un ente estimado en sus capacidades y cualidades características como señala Honneth, es una violación de la justicia.

Estas instituciones sociales impactarán en la estructura normativa social, emergiendo el heterocentrismo, o como lo denomina Fraser, el “androcentrismo”, como categoría de la injusticia de género y que prefiere y privilegia lo que se acerca más a lo masculino, devaluando lo femenino. Por lo tanto, el reconocimiento no repara los daños físicos de la persona, sino, busca romper la subordinación y poner en una situación igualitaria a todos los que participan de las relaciones sociales, según Fraser, “la paridad participativa”.

Para Fraser, Honneth parte de una perspectiva “monista” cuyo concepto del reconocimiento sirve para acopiar los déficits en la normativa de la sociedad actual a través del prisma de su psicología interpersonal, no teniendo necesidad del eje categorial de distribución. Fraser

refiere que el reconocimiento es una cuestión crucial, pero en lo social no lo es todo, sino es un engranaje de un sistema mucho más amplio que incluye mecanismos del mercado. La bidimensionalidad de Fraser nos introduce a un precipicio infranqueable entre lo “material y lo simbólico”, sobre el presupuesto del orden capitalista del que se desprenden dos órdenes de subordinación, por un lado, el de estratificación social, basado en las clases sociales y como resultado del esquema económico (mala distribución), y por otro lado, el sistema de estatus que surge de los patrones institucionalizados de valor cultural (reconocimiento erróneo), la solución es eliminar los obstáculos que prohíban o menoscaben la paridad participativa que no es otra cosa que la igualdad de autonomía.

En esa línea, Tilly (2000) hace referencia a los sistemas de desigualdad, tomando como premisa las categorías pareadas y desiguales, entendidas como relaciones asimétricas a través de una línea divisoria socialmente reconocida, reiterándose en una amplia variedad de situaciones, siendo su principal efecto la exclusión desigual de cada red de los recursos controlados por la otra, expresados también en el acaparamiento de oportunidad por parte de quienes gozan plenamente de todos los derechos en desmedro de los excluidos. Estas categorías de la desigualdad, tienen a su vez, sub categorías, como las de ciudadanía (nativo - naturalizado), residencia (legal - ilegal), persona (heterosexual - homosexual), homosexual (gay/lesbiana – trans/mujer/hombre), así podríamos nombrar tantas categorías e incluso subcategorías como disparidades en ejercicio de derechos podemos imaginar.

Por lo tanto, cuando las categorías de la desigualdad se mantienen en el tiempo siendo alimentadas por el estado y sociedad, estas se invisten de inmutabilidad y permanencia del status quo, “la política de desigualdad entonces constituye simplemente un caso especial del funcionamiento general de la desigualdad. Los estados por lo tanto afectan de manera significativa la desigualdad persistente, principalmente al reproducir sus formas vigentes”. (Tilly, 2000, p. 205).

Además de ello, las categorías dominantes son las que tienen más fácil acceso a acaparar las oportunidades que se ofrecen en comparación de los integrantes de las categorías sometidas y de los pertenecientes a las subcategorías, en ese sentido, una política de la redistribución hará que las categorías subordinadas puedan tener acceso eficaz a los bienes y servicios del estado, en tanto que si un estado promueve la política del privilegio de ciertos grupos categoriales perpetuará la diferenciación.

2.2.3. Sistemas de desigualdad y de exclusión aplicados a la comunidad LGBTI

“La desigualdad y la exclusión tienen en la modernidad un significado totalmente distinto del que tuvieron en las sociedades del antiguo régimen. Por primera vez en la historia, la igualdad, la libertad y la ciudadanía son reconocidas como principios emancipatorios de la vida social. La desigualdad y la exclusión tienen entonces que ser justificadas como excepciones o incidentes de un proceso social que en principio no les reconoce legitimidad alguna. Y frente a ellas, la única política social legítima es aquella que define los medios para minimizar una y otra”.

Boaventura De Sousa

Los esquemas de estratificación social entendida como “una desigualdad que ha tomado cuerpo o se ha concretado en el tiempo haciéndose parte de un estado, es decir, se ha institucionalizado el sistema de jerarquía en capas, que puede o no ser aceptada por la mayoría de la sociedad” (Kerbo, 2003, p. 12), ha tenido como piedra angular y como punto de inicio y estudio, la desigualdad económica (renta-riqueza, que se traduce en poder), y como contrapartida, la política social del estado de bienestar.

En ese sentido, para Rawls, una estructura básica de la sociedad contiene los siguientes dos principios en relación a su teoría de la justicia:

Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás y
Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos. (p. 68), este último tiene que ver con la distribución del ingreso y la riqueza. (2006, p. 68)

Volviendo sobre la estratificación social, hemos notado las principales teorías de la desigualdad y su relación directa con la inequitativa redistribución de la riqueza y ventajas, como fuente principal de la colisión de clases; sin embargo, poco se ha tratado sobre la desigualdad cultural o identitaria, no obstante, Boaventura De Sousa tiene como premisa la desigualdad como fenómeno socioeconómico y la exclusión como “fenómeno cultural y social -que denomina- de civilización. “Se trata de un proceso histórico mediante el cual una cultura, por medio de un discurso de verdad, crea una prohibición y la rechaza. La misma cultura establece un límite más allá del cual sólo hay transgresión, un lugar que atrae hacia otro lugar —la heterotopía— todos los grupos sociales que la prohibición social alcanza, sean éstos la locura, el crimen, la delincuencia o la orientación sexual”. (p,5). El dispositivo

ideológico de la lucha contra la desigualdad y la exclusión se subdivide en dos dimensiones aparentemente contradictorias:

Universalismo antidiferencialista, que opera por la negación de las diferencias (homogeneización).

Universalismo diferencialista, que se da por la absolutización de las diferencias (ausencia de criterios transculturales).

El *Universalismo antidiferencialista*, que procura la homogeneización, es el que se aplica a los LGBTI, como acota Shelley (2009) “esta tendencia a la universalidad tiene como consecuencia que el pensamiento heterosexual es incapaz de concebir una cultura, una sociedad, en la que la heterosexualidad no ordenara no solo todas las relaciones humanas, sino su producción de conceptos al mismo tiempo que todos los procesos que escapan a la conciencia” (p, 139). Por tanto, deben de proibirse discursos y políticas que busquen la homogeneización sin reconocer las diferencias, como acota Denny en su ensayo en 1981 que de lo que se trata es de reivindicar la diferencia, no relegando la homosexualidad al ámbito privado.

En relación a ello, Llamas (1998) manifiesta que en el mundo occidental se han constituido sistemas de exclusión, en los que confluyen principios morales, religiosos y normativos para alentar de una manera subrepticia manifestaciones o acciones de hostilidad. En este sentido, resulta más difícil el amparo de derechos de los miembros de las categorías excluidas porque como son categorías despreciadas o denostadas no interesa siquiera pronunciarse sobre ellas y menos legislar para su protección y si se hace el esfuerzo, el parámetro a utilizar es la heterosexualidad.

Los discursos que nos oprimen muy en particular a las lesbianas, mujeres y a los hombres homosexuales dan por sentado que lo que funda la sociedad, cualquier sociedad, es la heterosexualidad. [...] estos discursos de heterosexualidad nos oprimen en la medida que nos niegan toda la posibilidad de hablar si no es en sus propios términos y todo aquello que los pone en cuestión es enseguida considerado como “primario” [...] estos discursos nos niegan toda posibilidad de crear nuestras propias categorías. (Wittig, 2009, p. 136).

Finalmente, Ferrajoli (2004), señala cuatro modelos de distribución jurídica en cuanto a la diferencia:

1. **“Indiferencia jurídica de las diferencias”**. Es decir, las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan. Simplemente, se las ignora. Éste es el paradigma hobbesiano del estado de naturaleza y de la libertad salvaje, que confía a las relaciones de fuerza la defensa, o, por el contrario, la opresión de las diversas identidades.
2. **“Diferenciación jurídica de las diferencias”**, se expresa en la valorización de algunas identidades y en la desvalorización de otras, y, por tanto, en la jerarquización de las diferentes identidades. Según esto, las identidades determinadas por las diferencias valorizadas (de sexo, nacimiento, etnia, fe religiosa, lengua, renta y otras) resultan asumidas como status privilegiados, fuentes de derechos y de poderes, e incluso como base de un falso universalismo modelado únicamente sobre sujetos privilegiados; mientras otras —la de mujer, pero también la de judío, negro, hereje, apóstata, extranjero, apátrida, etc.— se asumen como status discriminatorios, fuentes de exclusión y de sujeción y, a veces, de persecuciones. El modelo es pensado y sancionado como privilegios-discriminaciones.
3. **“La homologación jurídica de las diferencias”**: las diferencias, empezando por la de sexo, son también en este caso valorizadas y negadas; pero no porque algunas sean concebidas como valores y las otras como desvalores, sino porque todas resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Más que transformadas *en status* privilegiados o discriminatorios, resultan desplazadas, o, peor aún, reprimidas y violadas, en el cuadro de una homologación, neutralización e integración general. Se trata de un modelo en algunos aspectos opuesto y en otros análogos al precedente. Opuesto, porque apunta no a la cristalización de las diferencias en desigualdades, sino, por el contrario, a su anulación; análogo, por la común desvalorización de las diferencias y por la implícita asunción de una identidad —ya sea connotada en términos de sexo, clase, adhesión ideológica o religiosa— como «normal» y, al mismo tiempo, «normativa».
4. **“Igual valoración jurídica de las diferencias”**, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales —políticos, civiles, de libertad y sociales— y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. A diferencia del primero, este cuarto modelo, en vez de ser indiferente o simplemente tolerante con las diferencias, garantiza a todos su libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales. Del segundo se distingue porque no privilegia ni

discrimina ninguna diferencia, sino que las asume a todas como dotadas de igual valor, prescribiendo para todas igual respeto y tratamiento. Del tercero le separa el dato de que no desconoce las diferencias, sino que, al contrario, reconoce todas y las valoriza como otros tantos rasgos de la identidad de las personas, sobre cuya concreción y especificidad cada una funda su amor propio y el sentido de la propia autonomía en las relaciones con los demás. La igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás.

De acuerdo a estos modelos de la diferencia presentados por Ferrajoli, los Estados y las sociedades, en su mayoría, han oscilado entre el modelo de la “*indiferencia jurídica de la diferencia*” y la “*diferenciación jurídica de las diferencias*”, el primero porque se prefiere el negacionismo o patologización de la homosexualidad, y la segunda, porque se ha sobrevalorado lo heterosexual, desvalorizando lo que no se adscriba a esta categoría. Esto ha permitido la jerarquización de las diferentes identidades en desmedro de las otras. El deber ser, es el cuarto modelo, el de “*igual valoración jurídica de las diferencias*”, en el que la igualdad jurídica se encuentre garantizada para todos, no siendo otra cosa que “la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes” (Ferrajoli, 2004, p. 82).

2.3. El principio y derecho a la igualdad

El principio de igualdad, implica que todos los seres humanos tenemos la prerrogativa de ejercicio y goce de nuestros derechos humanos sin excepción alguna, salvo alguna causa objetiva y razonable, con ello se pretende desterrar los privilegios que históricamente han ostentado algunos grupos en desmedro de otros, que a lo largo del tiempo, han sido discriminados y despojados del goce de sus derechos. “El principio-derecho de igualdad instala a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia” (Chanamé, 2012, p. 549). La igualdad es considerada como presupuesto relacional, toda vez que implica la base o soporte de los demás derechos, es decir solo la ratificación y reafirmación del derecho de igualdad implica una sociedad más justa, equitativa y democrática.

Históricamente, la igualdad, fue el primer derecho reivindicado en la lucha contra los estados absolutistas de siglo XVIII, como por ejemplo el artículo 1° de la “Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano” del 26 de agosto de 1789 - Francia, que señala en su artículo

primero que “*Los hombres han nacido, y continúan siendo, libres e iguales en cuanto a sus derechos. Por lo tanto, las distinciones civiles sólo podrán fundarse en la utilidad pública*”, más de un siglo después será la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” (DUDH) del 10 de diciembre de 1948, la que dicta en su artículo 1° “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.*” Este artículo resume todo el contenido esencial del derecho internacional de los de derechos humanos y es la base para toda interpretación en favor de la igualdad plena y universal en el ejercicio de estos.

Si bien el principio de igualdad, conjuntamente con el mandato de no discriminación son piedras angulares de los Derechos Humanos, conceptualmente reviste gran complejidad, así Steiner y Uribe (2014), acotan que “la formulación de este principio resulta sencilla y simple en apariencia, en la medida en la que recoge un mandato que algunos consideran muy claro, a saber, que se debe tratar a los iguales de la misma manera y a los distintos de distinta manera. Sin embargo, cuando se profundiza en la comprensión de su sentido y alcance, la simplicidad conceptual se desvanece y el tema se vuelve particularmente resbaloso, lo cual explica la amplitud de las discusiones filosóficas sobre este derecho”. (p. 581)

Si partimos del hecho que las personas no somos iguales, dado que la identidad deviene de las diferencias, y nos encontramos en situaciones y condiciones diferentes, se advierte entonces sobre la necesidad de que las diferencias sean tuteladas, respetadas y garantizadas. (Lira, 2012, p. 28).

En cuanto al reconocimiento de derechos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art.2°) señala que “todo ser humano debe ser reconocido como un igual ante la ley y que ello le permita disfrutar del ejercicio de sus derechos humanos y fundamentales sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. En ese sentido, se entiende que los términos *cualquier otra índole* y *cualquier otra condición* son cláusulas de apertura a la protección de cualquier rasgo, cualidad o estado, posición o circunstancia del ser humano sujeto de derecho, de ahí que es un artículo que protege a los colectivos minoritarios, como lo son los LGBTI, siendo los Estados los encargados de maximizar el grado de protección y disfrute de derechos de sus ciudadanos.

Posteriormente, el 16 de diciembre de 1966, la Asamblea General de Naciones Unidas adopta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el cual no solo se reconocen

derechos como a la vida, integridad, proscripción de la esclavitud, libertad y a la seguridad personales, el debido proceso, familia, matrimonio, entre otros derechos, sino además se reafirma que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley”.

Del mismo modo, se adoptó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que implica el compromiso de acciones positivas del estado en favor del cumplimiento de las medidas que permitan un disfrute de los derechos como al trabajo, a formar sindicatos, a la huelga, a la seguridad social, protección a la familia, a la educación, derecho a la salud física y mental, entre otros derechos, “*sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”. Todo el reconocimiento tiene como piedra de toque la dignidad consustancial a los seres humanos.

2.3.1. El principio - derecho a la igualdad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respecto a la comunidad LGBT.

Al referirnos al abordaje y pronunciamiento sobre el derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación, nos adscribimos en estricto al sistema convencional de protección de derechos humanos, es decir, el producido por aplicación e interpretación de los tratados ratificados (*pacta sunt servanda*) por los estados, que emitirá la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cristalizada en sus sentencias y en las opiniones consultivas, así como la aplicación del control de convencionalidad.

En ese sentido, el sistema convencional de Derechos Humanos de la OEA encuentra su piedra angular en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José, el instrumento más importante del sistema interamericano suscrito en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos el 22 de noviembre de 1969 y en vigor en 1978, siendo dos los órganos de control, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), cuya función principal es promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en América, y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (Corte IDH), único organismo jurisdiccional que tiene como principal función la aplicación e interpretación de la CADH, resolviendo los casos que se someten a su jurisdicción de manera definitiva.

Por otro lado, el Sistema Europeo, es el primer sistema internacional de derechos humanos que se constituye a nivel mundial (1950), siendo su fin esencial el mantenimiento y garantía de los derechos humanos. Su instrumento esencial es el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) o también denominado Convenio de Roma, adoptado por el Consejo de Europa en Roma el 4 de noviembre de 1950 y en vigor desde el 1953.

Son 14 Protocolos los que han modificado al CEDH. Originalmente, según el Convenio, el mecanismo de control consistía en dos órganos: la Comisión Europea de Derechos Humanos (1954) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), actualmente, en aplicación del Protocolo 11, vigente desde 1998, el único órgano de control y de carácter obligatorio es el TEDH cuya competencia es contenciosas y consultiva. (Burneo, 2010, p. 183).

2.3.2 Desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al derecho a la igualdad, orientación sexual, identidad de género como “otra condición social” en el artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En líneas generales, el derecho a la igualdad, fue abordado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la “*Opinión Consultiva OC-4/84*” del 19 de enero de 1984, denominada “*Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*”, solicitada por el gobierno de Costa Rica, en la cual se pronunció respecto a la igualdad ante la ley conforme al artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala que “en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal ya que 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 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”. (Opinión Consultiva OC-4/84, 1984, párr. 55).

Asimismo, en el caso *Yatama vs Nicaragua*¹⁸, la Corte IDH señaló que “el principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacional.

Por otro lado, en la **Opinión Consultiva OC-18/03**,¹⁹ reitera 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”, además de 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 *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional que permea todo el ordenamiento jurídico”, ratificando nuevamente la valía del artículo 1.1 de la CADH [...]. (Párr. 101).

En relación al artículo 1.1 de la CADH y su interpretación en cuanto a la garantía que debe brindar el Estado a los derechos de las personas LGBTI, la Corte IDH en la sentencia *Karen Atala Riffo y niñas vs Chile*, señaló que la orientación sexual es una categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana.

En este sentido, al interpretar la expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano [...] (Párr. 84)

Además de ello, la Corte IDH, emitió la **Opinión Consultiva OC-24/17** de fecha 24 de noviembre de 2017, solicitada por el estado de Costa Rica, denominada “*Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3.7, 11.2, 13, 17, 18 y*

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de Junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Párr. 184.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por Los Estados Unidos Mexicanos “*Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*”.

24 en relación al artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos)”, ratificó que el artículo 1.1 de la CADH no debe entenderse como un artículo con opciones taxativas, sino solo enunciativas, en las que a futuro, siempre se privilegie la opción que proteja más la dignidad del hombre, bajo el principio *pro homine*,

De igual manera, la Corte IDH en sistemática jurisprudencia ha determinado que “los tratados en materia de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.

Aunque se debe precisar también, que a nivel interamericano se han adoptado nuevos tratados en derechos humanos que garantizan aún más los derechos de las víctimas de discriminación histórica, como son los migrantes, los refugiados y sus familiares, así como las minorías sexuales, culturales o religiosas, entre otros; tal es el caso, de la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia de fecha 5 de junio de 2013, la misma que establece en su artículo 1.1, lo siguiente “[...] la discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra”.

Respecto a la orientación sexual, la Corte IDH también ha determinado en el caso *Flor Freire Vs. Ecuador*²⁰, que “la orientación sexual de una persona se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de toda persona de autodeterminarse y escoger libremente las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este sentido, la orientación sexual de una persona dependerá de cómo esta se autoidentifique”. (Párr. 103)

De igual manera, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), adoptó desde el año 2008 una serie de Resoluciones que buscan la promoción y protección de los Derechos Humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 31 de agosto de 2016.

Cuadro No. 7 Resoluciones Generales de la OEA en relación a la protección de derechos humanos de las personas LGBTI.

Resolución	Considerandos más importantes
<p align="center">2017</p> <p>AG/RES. 2908 (XLVII-O/17) Promoción y protección de Derechos Humanos (Aprobada en la tercera sesión plenaria, celebrada el 21 de junio de 2017)</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. “Condenar todas las formas de discriminación y actos de violencia por motivos de orientación sexual e identidad o expresión de género, e instar a los Estados Miembros, dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de sus ordenamientos internos, a que eliminen, ahí donde existan, las barreras que enfrentan las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI) en el acceso equitativo a la participación política y otros ámbitos de la vida pública, así como evitar interferencias en su vida privada, alentando a los Estados Miembros a que consideren la adopción de políticas públicas contra la discriminación y violencia contra personas a causa de orientación sexual e identidad o expresión de género”. 2. “Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos a causa de orientación sexual e identidad o expresión de género, e instar a los Estados Miembros a que fortalezcan sus instituciones nacionales, incluso por medio de la producción de datos sobre la violencia homofóbica y transfóbica, para la promoción de políticas públicas que protejan los derechos humanos de las personas LGBTI, con el fin de prevenir e investigar los actos de violencia y asegurar a las víctimas la debida protección judicial en condiciones de igualdad, garantizando que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia, así como considerar las recomendaciones contenidas en el “Informe sobre violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América”, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en noviembre de 2015, con vistas a la adopción e implementación de medidas efectivas para el combate a la violencia y discriminación contra las personas LGBTI”. 3. “Instar a los Estados Miembros a que aseguren una protección adecuada a las personas intersex y a que implementen políticas y procedimientos, según corresponda, que aseguren la conformidad de las prácticas médicas con los estándares reconocidos en materia de derechos humanos”.
<p align="center">2016</p> <p>AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) “Promoción y Protección de Derechos Humanos” (Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016)</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. “Condenar todas las formas de discriminación por motivos de orientación sexual e identidad o expresión de género, e instar a los Estados miembros, dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de sus ordenamientos internos, a que eliminen, ahí donde existan, las barreras que enfrentan las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGTBI) en el acceso equitativo a la participación política y otros ámbitos de la vida pública, así como evitar interferencias en su vida privada, alentando a los Estados Miembros que consideren la adopción de políticas públicas contra la discriminación de personas a causa de orientación sexual e identidad o expresión de género”. 2. “Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos a causa de orientación sexual e identidad o expresión de género, e instar a los Estados Miembros a que fortalezcan sus instituciones nacionales, incluso por medio de la producción de datos sobre la violencia homofóbica y transfóbica, para la promoción de políticas públicas que protejan los derechos humanos de las personas LGBTI, con el fin de prevenir e investigar los actos de violencia y asegurar a las víctimas la debida protección judicial en condiciones de igualdad, garantizando que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia, así como considerar las

	recomendaciones contenidas en el Informe sobre Violencia contra Personas LGBTI, aprobado por la CIDH en noviembre de 2015, con vistas a la adopción e implementación de medidas efectivas para el combate a la violencia y discriminación contra las personas LGBTI”.
<p style="text-align: center;">2014</p> <p>AG/RES. 2863 (XLIV-O/14) “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género y Expresión de Género” (Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2014)</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. “Instar, además, a los Estados en el ámbito de sus capacidades institucionales a que produzcan datos sobre la violencia homofóbica y transfóbica, con miras a promover políticas públicas que protejan los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI)”. 2. “Instar a los Estados Miembros a que aseguren una protección adecuada de las y los defensores de derechos humanos que trabajan en temas relacionados con los actos de violencia, discriminación y violaciones de los derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad o expresión de género”. 3. “Instar a los Estados Miembros a que aseguren una protección adecuada a las personas intersex y a que implementen políticas y procedimientos, según corresponda, que aseguren la conformidad de las prácticas médicas con los estándares reconocidos en materia de derechos humanos”. 4. “Exhortar a los Estados Miembros que aún no lo hayan hecho a que consideren, según sea el caso, la firma, ratificación o adhesión de los instrumentos interamericanos en materia de protección de derechos humanos, incluida la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia”.
<p style="text-align: center;">2013</p> <p>AG/RES. 2807 (XLIII-O/13). Asamblea General Cuadragésimo Tercer Período Ordinario de Sesiones 4 al 6 de junio de 2013 La Antigua, Guatemala</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. “Alentar a los Estados Miembros a que, dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, consideren la adopción de políticas públicas contra la discriminación contra personas a causa de orientación sexual e identidad o expresión de género”. 2. “Instar, además, a los Estados en el ámbito de sus capacidades institucionales a que produzcan datos sobre la violencia homofóbica y transfóbica, con miras a promover políticas públicas que protejan los derechos humanos de las lesbianas, los gays y las personas bisexuales, trans e intersex (LGBTI)”.
<p style="text-align: center;">2012</p> <p>AG/RES. 2721 (XLII-O/12) “Derechos Humanos, Orientación Sexual e identidad de género” (Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012)</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. “Condenar la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones legales de sus sistemas a eliminar, allí donde existan, las barreras que enfrentan las Lesbianas, los Gays y las Personas Bisexuales, Trans, e Intersexo (LGBTI) en el acceso a la participación política y otros ámbitos de la vida pública, así como evitar interferencias en su vida privada”. 2. “Alentar a los Estados Miembros a que, dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, consideren la adopción de políticas públicas contra la discriminación contra personas a causa de orientación sexual e identidad de género”. 3. “Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados a fortalecer sus instituciones nacionales con el fin de prevenirlos, investigarlos y asegurar a las víctimas la debida protección judicial en condiciones de igualdad, y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia”.
<p style="text-align: center;">2011</p> <p>AG/RES. 2653 (XLI-O/11)1</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. “Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad y de género, e instar a los Estados a prevenirlos, investigarlos y asegurar a las víctimas la debida protección judicial en condiciones de

<p>“Derechos Humanos, Orientación Sexual e identidad de género” (Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011)</p>	<p>igualdad y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia”.</p> <p>2. “Alentar a los Estados Miembros a que, dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, consideren la adopción de políticas públicas contra la discriminación contra personas a causa de orientación sexual e identidad de género”.</p>
<p>2010</p> <p>AG/RES. 2600 (XL-O/10) “Derechos Humanos, Orientación Sexual e identidad de género” (Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010)</p>	<p>1. “Alentar a los Estados a que tomen todas las medidas necesarias para asegurar que no se cometan actos de violencia u otras violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género y asegurando el acceso a la justicia de las víctimas en condiciones de igualdad”.</p> <p>2. “Alentar a los Estados Miembros a que consideren medios para combatir la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género”.</p>
<p>2009</p> <p>AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09) “Derechos Humanos, Orientación Sexual e identidad de género” (Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009)</p>	<p>1. “Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género”.</p> <p>2. “Instar a los Estados a asegurar que se investiguen los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia”.</p> <p>3. “Instar a los Estados a asegurar una protección adecuada de los defensores de derechos humanos que trabajan en temas relacionados con los actos de violencia y violaciones de los derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género”.</p>
<p>2008</p> <p>AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08) Derechos Humanos, “Orientación Sexual e identidad de Género” (Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008)</p>	<p>1. “Manifestar preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género”.</p> <p>2. “Encargar a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) que incluya en su agenda, antes del trigésimo noveno período ordinario de sesiones de la Asamblea General, el tema “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”.</p>

Fuente. Elaboración propia sobre la base de las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA. (<http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/enlaces/>)

2.3.3. El derecho a la vida privada, el mandato de no discriminación por orientación sexual y el matrimonio en relación a las personas LGBTI en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

“Imagine if you were attacked in the street just for holding hands with your partner. Imagine if your children were bullied or isolated at school just for who they are. Sadly, such experiences remain part of everyday life for Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex (LGBTI) citizens in Europe”.

Věra Jourová
Commissioner for Justice, Consumers and Gender Equality

En el 2019 se celebró el sexagésimo aniversario del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, su presidente, Guido Raimondi, señaló que “a lo largo de este período de sesenta años, el Tribunal ha interpretado el Convenio dinámicamente a la luz de las condiciones de vida, evolucionando considerablemente. Europa en la década de 1950 y el mundo en el que hoy vivimos, son lugares muy diferentes. Nuestras formas de vida y estándares morales no son los mismos”.

En efecto, el TEDH, ha señalado en reiterada jurisprudencia que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) es un “instrumento vivo y dinámico” que debe de responder a las diferentes realidades sobre las cuales les corresponde emitir resolución.

En relación a las cuestiones planteadas en el subtítulo, el tribunal de Estrasburgo se pronunció por primera vez sobre la orientación sexual en relación a la parentalidad, en el caso *Salgueiro Da Silva Mouta Vs. Portugal*, relacionado a la parentalidad de una niña (hija biológica del demandante), cuyo padre era homosexual y vivía con su pareja, en este caso, el TEDH resolvió que el Estado de Portugal violó el artículo 8º (derecho al respeto de la vida familiar) en relación con el artículo 14º (prohibición de discriminación) del Convenio Europeo de Derechos humanos, manifestando que la Corte de Apelaciones de Lisboa llevó a cabo una diferencia de trato en desmedro del señor Salgueiro Da Silva, que no pasó por el test de proporcionalidad y razonabilidad.

No obstante, el Tribunal, tiene mayor experiencia en los casos resueltos respecto a los derechos de las personas LGBTI, ya que las primeras sentencias abordaron casos como la despenalización de la homosexualidad, es así que el TEDH, emite su primer pronunciamiento el 22 de octubre de 1981, en el caso *Dudgeon c, Reino Unido* por la existencia de leyes de

sodomía en Irlanda del Norte, ante ello el TEDH señaló que el solo hecho de mantener vigente la legislación impugnada constituye una continua y arbitraria interferencia con el derecho del solicitante a respetar su vida privada (incluida la vida sexual) en el sentido del Artículo 8.1.

En igual sentido resolvió el caso *Modinos c. Cyprus* (Aplicación No. 15070/89). Cuestión diferente fue el caso *A.D.T c. Reino Unido* (Aplicación No 35765/97, en el que el Tribunal indico que el gobierno puede intervenir justificadamente como medida de asegurar y proteger la salud o la moral, salvo que en el presente caso el Estado no había justificado dicha injerencia.

En cuanto a los tratos diferenciados en los casos de adopción por parejas del mismo sexo, el caso *Fretté c. France* (Aplicación no. 36515/97), el TEDH señaló que, la orientación sexual es "una parte muy íntima de la vida privada de un individuo" y que además el derecho a la vida privada y familiar no incluía el derecho de una persona soltera a adoptar un hijo, la Convención no garantiza ese derecho.

Además, el derecho al respeto de la vida familiar reconoce la existencia de una familia, más no salvaguarda el solo deseo de fundar una familia. Cuestión diferente resolvió en el caso *E.B. c. France* (Aplicación No. 43546/02) en el cual el TEDH señaló que “noción de vida privada" en el sentido del artículo 8 de la Convención es un concepto amplio que abarca, entre otras cosas, el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos, como el derecho al "desarrollo personal" o a la libre determinación como tal. [...] Abarca elementos como los nombres, identificación de género, orientación sexual y vida sexual que están dentro de la esfera personal protegida por el Artículo 8°”.

Finalmente, el Tribunal ha expedido pronunciamientos en cuanto a las parejas del mismo sexo y el matrimonio, así tenemos jurisprudencia progresiva en reconocimiento de lo que se denomina familia o relaciones familiares, pues hasta el 2003, las relaciones sentimentales estables entre parejas del mismo sexo no eran consideradas como familiares, sino como un asunto que convenia al ámbito estrictamente privado, hecho que trascendió con el caso *Karner c. Austria* (2010), un caso de sucesión de arrendamiento por parte de los viudos/viudas, sin embargo el demandante no fue reconocido por ser una pareja homosexual. El TEDH, señaló que el argumento de salvaguardar a la familia, desde una perspectiva tradicional, es bastante indeterminado.

El TEDH consideró que el Gobierno no ofreció razones convincentes que justifiquen la interpretación limitada de la Ley de Renta, que impedía que una pareja sobreviviente a una pareja del mismo sexo pueda seguir arrendando el predio, configurándose la violación del artículo 14 de la Convención en relación con el artículo 8.

Si bien, el TEDH reconoce como uniones familiares a las relaciones de parejas del mismo sexo estables, su jurisprudencia en relación al matrimonio como derecho ha sido negativa, señalando que es el propio derecho interno del Estado el que debe legislar sobre ese asunto al amparo del “margen de apreciación de las autoridades”, ya que el artículo 12° del CEDH no contempla un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo así como tampoco impone una obligación a los estados reconocerlo. Aquellos fueron los argumentos del primer caso *Schalk y Kopf c. Austria*, (Aplicación No. 30141/04), que se presentó al TEDH.

A la fecha, son varios los países que han legislado sobre el matrimonio igualitario. Se debe reconocer que el Sistema Europeo de protección de los Derechos Humanos, al igual que el Sistema Interamericano emite diversas resoluciones en las cuales se sigue promoviendo la protección y garantía de los derechos humanos de las personas LGBTI, así tenemos que Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (Comité de igualdad y no discriminación) ha expedido una Resolución en su 33 Sesión (Doc. 14620) el 10 de octubre de 2018, denominada “*Private and family life: achieving equality regardless of sexual orientation*”, en la que se ratifica el derecho a la vida privada y familiar como un derecho fundamental, sin embargo, también advierte que muchas familias homoparentales aún no son reconocidas por la legislación, siendo privadas de sus derechos debido a la orientación sexual o la identidad de género de sus parejas o padres. Por ello es que se exhorta a los Estados a que sus sistemas legales reconozcan esta realidad y que trabajen para superar la discriminación que experimentan tanto los adultos como los niños en familias homoparentales, además alinear sus disposiciones y políticas constitucionales, legislativas y reglamentarias con respecto a las parejas del mismo sexo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En ese sentido, la Comisión Europea publicó la “*List of actions by the Commission to advance LGBTI equality*” (2015), en la cual se proponen acciones inmediatas que trabajará la UE en orden de garantizar los derechos de las personas LGBTI, algunas de las más relevantes son: Asegurar y garantizar los derechos de las personas LGBTI a través de políticas educativas, protección social y acceso sin discriminación alguna a los servicios; concientizar a los ciudadanos, fomentar diversidad y no discriminación a través de campañas de

comunicación; apoyo a actores clave responsables de promover y avanzar por igual derechos para las personas LGBTI en la UE y mejora de la data disponible sobre la situación de Personas LGBTI, ello permitirá reducir la tasa de crímenes de odio y de discriminación por orientación sexual.

2.4. El reconocimiento del matrimonio igualitario en los Estados y la protección legal de las familias que conforman a partir del principio de igualdad y no discriminación.

La conformación de las familias homoparentales de hecho, es decir, las que no son reconocidas por la legislación de un estado y, por tanto, permanecen al margen de la ley y del pleno ejercicio de sus derechos buscan la reivindicación en el reconocimiento de sus familias. Es así, que un gran número de colectivos LGBTI reclaman la legalidad de sus uniones, en algunos casos, bajo la figura de la unión civil no matrimonial, que es un acuerdo esencialmente patrimonial y el matrimonio igualitario que implican todo el goce y ejercicio de derechos propios de esa institución, fundamentalmente el reconocimiento de hijos biológicos y de adopciones.

El reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo ha sido progresivo en los Estados que lo prescriben y recobró fuerza legal a través de la labor legislativa, los discursos políticos de algunos partidos, los pronunciamientos judiciales de las cortes nacionales y la jurisprudencia sentada por la justicia supranacional que va en dirección del respeto y garantía del derecho a la igualdad y la no discriminación, el respeto a la vida privada de todas las personas, el derecho a tener y formar una familia, entre otros. Derechos que analizaremos al detalle en el capítulo pertinente a los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La reivindicación del matrimonio para las parejas del mismo sexo, según Butler (2006), “implica que el campo sexual está circunscrito de tal forma que la sexualidad todavía se piensa en términos del matrimonio y que el matrimonio todavía se piensa como la compra de legitimidad”. (p.154), sin embargo, para los colectivos LGBTI es una bandera de lucha y marca la pauta de uno de sus principales reclamos, es decir, tener el mismo derecho a contraer matrimonio como cualquier persona heterosexual, ello porque más allá que el matrimonio represente algún simbolismo de amor legítimo y aceptado socialmente, implica una serie de derechos que fuera de este marco legal no son posibles.

2.4.1 Estados que han reconocido la unión civil y matrimonio igualitario

Hasta la fecha de la presente tesis, son 30 los Estados en el mundo que han reconocido el matrimonio igualitario.

1. **Países bajos**, es reconocido por ser el primer país en el mundo en el que se legalizó el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, el hecho fue el 1 de abril de 2001, otorgando con ello igualdad entre los matrimonios heterosexuales y homosexuales en cuanto a los derechos sucesorios, de solicitud de asilo al cónyuge, patrimoniales y de adopción, reconocimiento y parentalidad de niños, aunque ya se contaba desde el 1 de enero del año 1998 con la figura de “uniones registradas”, que estaba destinada a las uniones de parejas homosexuales y solo con fines patrimoniales, sanidad y seguridad social.

En Holanda, fue la ley 10, de 21 de diciembre de 2000 (adopción por personas del mismo sexo) la que reformó el libro I de su Código Civil y admitió la posibilidad de que las parejas homosexuales puedan adoptar conjuntamente con el fin de ofrecer una mejor y más coherente educación a los niños. Se exigen tres condiciones: a) llevar, al menos, tres años de convivencia (no tiene por qué ser registrada); b) un periodo de prueba de un año antes de la definitiva adopción, durante el cual se realizará un seguimiento psicosocial; c) el adoptado ha de ser nacido en Holanda.

Esta misma reforma se amplió con la ley 9, de 21 de diciembre de 2000 (de apertura del matrimonio), que modificó el mencionado libro I del código civil estableciendo el matrimonio como unión de dos personas con independencia de su sexo. También, cuando se trata de matrimonio entre mujeres, la legislación atribuye automáticamente la filiación a ambas “cónyuges” en caso de recurrir a la inseminación artificial. (Talavera, 2007, p. 23).

Además de ello, los registros civiles holandeses permiten la consignación del género neutro en los documentos que expiden.

2. **Bélgica**, fue el segundo país de la UE en legalizar el matrimonio entre parejas del mismo sexo, mediante una ley aprobada por el Parlamento el 13 de febrero de 2003, y vigente a partir del 01 de junio de 2003, modificándose el código civil prescribiendo -ahora- que dos personas del mismo o de distinto sexo pueden contraer nupcias, no

obstante, desde el 23 de noviembre de 1998 existía la institución (*registered partnership*), en la cual se reconocía legalmente la cohabitación entre parejas homosexuales y heterosexuales aunque solo surtía para efectos patrimoniales. Esta situación se superó en el 2006, fecha en la que el Parlamento aprobó la ley que autoriza a las parejas del mismo sexo a adoptar niños de cualquier nacionalidad, además de gozar de derechos como la sociedad de gananciales, derechos de compensación por la muerte de uno de los conyugues, derechos sucesorios, derecho de pensión y seguridad social, entre otros.²¹

3. *España*, el matrimonio entre parejas del mismo sexo es legal desde el 2 de julio de 2005, con la Ley 13/2005 que modificó el título IV del código civil (del matrimonio) en el extremo de modificar el título sobre el derecho a contraer matrimonio. Este reconocimiento fue parte de la promesa electoral del Presidente de Gobierno Rodríguez Zapatero²² quien en su discurso de aprobación de la ley señaló lo siguiente;

“[...] Se trata de un pequeño cambio en el texto legal se agrega apenas un escueto párrafo en el que se establece que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y los mismos efectos, cuando los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. Un pequeño cambio en la letra que acarrea un cambio inmenso en la vida de miles de compatriotas. [...] Estamos ampliando las oportunidades de felicidad para nuestros vecinos, para nuestros compañeros de trabajo, para nuestros amigos, para nuestros familiares y a la vez estamos construyendo un país más decente, porque una sociedad decente es aquella que no humilla a sus miembros. Hoy la sociedad española da una respuesta a un grupo de personas que durante años ha sido humillada, cuyos derechos han sido ignorados, cuya dignidad ha sido ofendida, su identidad negada y su libertad reprimida. Hoy la sociedad española les devuelva el respeto que merecen, reconoce sus derechos, restaura su dignidad, afirma su identidad y restituye su libertad... no

²¹ Para mayor información, se puede consultar el Dossier del Senado de Holanda, que precisa la cronología de la aprobación de la ley que regula el matrimonio igualitario. Fiche du dossier. Proposition de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil. <https://www.senate.be/www/?Mival=/dossier&LEG=2&NR=1173&LANG=fr>. (Última visualización 17 de febrero de 2020).

²² Partidos Socialista Obrero Español - PSOE. “**I. Una democracia participativa**. La participación social: la ley básica de participación institucional. Derechos Civiles: En el ejercicio de su libertad, un número creciente de ciudadanos viene organizando su vida personal y familiar conforme a fórmulas y con aspiraciones que merecen reconocimiento jurídico y protección suficiente para asegurar la igualdad entre todos los españoles que la Constitución garantiza. “Derecho al matrimonio civil: Modificaremos el Código Civil a fin de posibilitar el matrimonio entre personas del mismo sexo y el ejercicio de cuantos derechos conlleva, en igualdad de condiciones con otras formas de matrimonio, para asegurar la plena equiparación legal y social de lesbianas y gays”. (Programa Electoral. Elecciones Generales 2004 “Merecemos una España mejor, 2004, pp.31 y 32)

hay agresión alguna al matrimonio ni a las familias con la posibilidad que dos personas el mismo sexo se case [...] sino justamente lo opuesto, valoración y reconocimiento del matrimonio. Hoy demostramos con esta ley que las sociedades pueden hacerse mejores a sí mismas, que pueden ensanchar las fronteras de la tolerancia y hacer retroceder el espacio de la humillación y la infelicidad.”

La modificación que se realizó al segundo párrafo al artículo 44º del código civil, quedó con la siguiente redacción: «*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*». Esta ley fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, comisionado por otros setenta y un diputados del Grupo Popular del Congreso. Los argumentos de los recurrentes tuvieron varias aristas, entre las principales tenemos, que la modificación al Código Civil menoscaba la institución del matrimonio en su esencia, contraviniendo a la Constitución en su art. 32, el mismo que señala “el derecho a contraer matrimonio está constitucionalmente reconocido al «hombre y la mujer», siendo la igualdad y la heterosexualidad las dos notas principales del mismo”, atribuyendo a la figura del matrimonio, exclusividad para las parejas heterosexuales, no siendo un derecho el matrimonio entre personas del mismo sexo. La segunda arista fue “la infracción del art. 10.2 de la Constitución, relativo a la interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos. Se pone de manifiesto que tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 16), como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23.2) y el Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. 12) se refieren al derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia, por lo cual el art. 32 CE también debe ser interpretado por imperativo del art. 10.2 CE, en el sentido de entender que los miembros de la pareja han de ser hombre y mujer”.

Es decir, la interpretación literal es la que subyace como principal argumento de la inconstitucionalidad de la norma, el tercer argumento es en relación a la protección de los niños y la negativa de que los homosexuales legalmente casados puedan adoptar niños, puesto que se vulneraría el Interés Superior del Niño. Al respecto al Tribunal Constitucional precisó que;

“El matrimonio y familia son dos bienes constitucionales diferentes, que encuentran cabida en preceptos distintos de la Constitución por voluntad expresa del constituyente, de modo que «el texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio ... ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia”. (Tribunal Constitucional, sentencia 198/2012 de 6 de noviembre de 2012, Fj.5).

El Tribunal Constitucional sujeta la institución del matrimonio a una interpretación evolutiva, que debe ser acomodada a la vida moderna y a la realidad social, por ello no debe quedarse con la definición de una institución pétrea en la que el legislador del año 1978 pensaba el matrimonio sobre la base y principios que no imaginaron a futuro, en ese sentido, los poderes públicos también actualizan dichos principios y el Tribunal Constitucional controla el contenido a la luz de los problemas contemporáneos. “Esa lectura evolutiva de la Constitución que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad”. (Tribunal Constitucional, Fj. 9).

Finalmente, en relación a la adopción de menores por matrimonios conformados por padres del mismo sexo, el Tribunal Constitucional precisó que la resolución judicial que aprueba la adopción de un menor siempre pretenderá la protección de su Interés Superior y la aptitud de los adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, capacidad que nada tiene que ver con la orientación sexual.

Por todos los motivos expresados en la sentencia, se resuelve desestimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 13/2005, zanjándose con ello la aprobación y constitucionalidad de la ley del matrimonio igualitario en España. Hasta el 2019, existían cerca de 50.000 parejas del mismo sexo (49.150, en concreto) que han contraído matrimonio en España. (Flick, 2019).

-
4. **Canadá**, se convirtió en el cuarto país en el mundo y el primero en América en legislar sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo, con la modificación al *Civil Marriage Act* (S.C. 2005, c. 33), bajo el asentimiento real de fecha 20 de julio de 2005, en el cual se consideró la igualdad de todas las personas ante la ley, premisa que permite que las parejas del mismo sexo y las parejas del sexo opuesto tengan el mismo derecho al matrimonio para fines civiles; tomando en cuenta que la Corte Suprema de Canadá reconoció el

incremento de parejas canadienses del mismo sexo se habían casado bajo decisiones judiciales en otras regiones en las cuales el matrimonio igualitario era legal; que en base a la dignidad humana, una institución diferente a la del matrimonio no les ofrecería a las parejas del mismo sexo acceso igualitario vulnerándose la Carta de Derechos y Libertades de Canadá.

Se concluyó que la reforma al *Civil Marriage Act* en nada afecta la garantía de libertad de conciencia y religión de los grupos religiosos para mantener sus creencias religiosas, además que esta ley no está en contra del interés público, toda vez que expresa un punto diverso e inclusivo sobre el matrimonio, por lo que no hay razón para negarles la inclusión a esta institución civil a las parejas del mismo sexo, por el contrario, el matrimonio es una institución fundamental en la sociedad canadiense y el Parlamento de Canadá tiene el compromiso de apoyar esa institución que fortalece el compromiso en las relaciones y representa la base de la vida familiar para muchos canadienses. Por lo que la modificación final fue “*el matrimonio, es una unión legal entre dos personas*” (*Civil Marriage Act [2]*) en lugar de la unión legal entre un hombre y una mujer, concediéndose todos los derechos inclusive el de adopción.

-
5. **Sudáfrica**, se convirtió en el primer país del continente de África, en aprobar el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, el 30 de noviembre de 2006. Esto fue consecuencia de lo resuelto por la Corte Constitucional de Sudáfrica quien determinó que, prohibir el matrimonio a parejas del mismo sexo era discriminatorio e inconstitucional, y ello porque la Constitución de Sudáfrica de 1996 fue la primera en el mundo en proscribir la discriminación expresamente por razón de género y de orientación sexual.²³

Para mayor precisión, la Corte Constitucional se pronunció en el caso “*Lesbian and Gay Equality Project and Eighteen Others v Minister of Home Affairs and Others*” (CCT 60/04), de fecha 1 de diciembre de 2005, en la cual una pareja de lesbianas aspiraba a casarse sin embargo no podían optar por la figura del matrimonio puesto que ninguna normativa prescribía el matrimonio igualitario, siendo denegado judicialmente su derecho. Las demandantes, manifestando sentirse discriminadas por ese hecho contraventor de la

²³ Constitutional Court of South Africa. Constitution of the Republic of South Africa, 1996. [Promulgation Date: 18 December 1996]. Chapter 2. Bill of Rights. 9. Equality. (3) “The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth”. <https://www.concourt.org.za/index.php/search-result?searchword=constitution&searchphrase=all>.

Constitución recurrieron a la justicia constitucional. La Corte Constitucional señaló que la sociedad sudafricana es tan diversa en conformaciones familiares que resulta inapropiado proteger una sola forma de familia. Existe un imperativo constitucional que conlleva a reconocer estas uniones. Así mismo, se alega la larga historia en el país de marginación y persecución de los homosexuales y lesbianas, quienes aún no cuentan con regulación legal integral sobre sus derechos en cuanto a una la ley familiar de gays y lesbianas, además de ello, la Constitución simboliza el quiebre radical con el pasado de intolerancia y exclusión, así, se erige como piedra angular para la aceptación de desarrollar una sociedad basada en la igualdad y el respeto de todos.

La Corte, precisó también que, excluir a las parejas del mismo sexo de los beneficios y responsabilidades del matrimonio resulta ser una reliquia sobreviviente de prejuicios sociales destinados a evaporarse, es recordar que las parejas del mismo sexo son extraños, y que la necesidad de salvaguarda de su intimidad es menos valiosa y menos digna que la de las parejas heterosexuales, lo que sin duda significa un daño intangible a sus vidas, tan igual como el de la privación material, pues no tienen derecho a celebrar su matrimonio de manera pública y con reconocimiento legal, sino más bien, son obligados vivir en un estado de vacío legal y discriminatorio. Por lo tanto, tal privación contemplada en el artículo 30 (1) de la Ley de matrimonio (unión legal entre un hombre y una mujer) es, por consiguiente, incompatible con las secciones 9 (1) y 9 (3) [igualdad] y 10 [dignidad] de la Constitución, en la medida en que persiste la privación para que las parejas del mismo sexo disfruten del estatus, los derechos y las responsabilidades que la ley le otorga a parejas heterosexuales.

Por lo tanto, resolvió que la redacción del artículo 30 (3) del *Marriage Act 25 de 1961* que señalaba esposo o esposa, es inconsistente con el artículo 9 de la Constitución, no obstante, dicha inconsistencia e invalidez se suspende por 12 meses a partir de la fecha de la sentencia para permitir que el Parlamento corrija los defectos advertidos. Si el Parlamento no corrigiera los defectos dentro de este período, se entenderá que el artículo 30 (3) del *Marriage Act 25*, se lea inmediatamente, "cónyuge" del matrimonio, sin precisar el hombre o mujer, o esposo o esposa. El Parlamento, dentro de la fecha prevista por la Corte, aprobó el 30 de noviembre de 2006 el matrimonio para las parejas del mismo sexo por considerarlo acorde a su Constitución.

6. **Noruega.** Desde el año 1993 se encontraba prevista las uniones entre personas del mismo sexo para fines patrimoniales, sin embargo, el Parlamento reconoce el derecho al matrimonio igualitario el 1 de enero de 2009, incluyendo el derecho de adopción de menores. Además, esta ley señala que la Iglesia Nacional Luterana puede oficiando ceremonias de matrimonio de parejas homosexuales, salvo la objeción de conciencia, es de resaltar que la Iglesia Luterana se ha mostrado tolerante y ha venido oficiando matrimonios religiosos entre parejas del mismo sexo. Por otro lado, esta ley admite que parejas lesbianas pueden someterse a procedimientos de fertilización in vitro (FIV) con fondos públicos.

7. **Suecia,** tenía regulada la unión civil para parejas del mismo sexo desde 1995, sin embargo, fue el 1 de mayo de 2009, la fecha en la cual se aprueba el matrimonio igualitario, sustituyendo a la unión civil e incluyendo la adopción de menores, incluso la Iglesia Luterana vine oficiando bodas de parejas homosexuales.

8. **Portugal,** fue el octavo país en aprobar la ley que reconoce al matrimonio igualitario el día 17 de mayo de 2010, fecha de ratificación por el presidente de la república de tendencia conservadora, Aníbal Cavasco Silva, sin embargo esta ley no reconoció el derecho a la adopción, sino hasta cinco años después, modificación que fue ratificada por el propio Presidente Cavasco, quien había vetado por primera vez la iniciativa, pero que finalmente debió ratificarla ante el impedimento de un segundo veto.

9. **Islandia,** desde el año 1996, se reconocía la unión civil registradaa para parejas del mismo sexo, quienes gozaban de los derechos fundamentalmente patrimoniales y de seguridad social, con la excepción de la adopción. El 11 de junio de 2010, el Parlamento aprobó “por 49 votos a favor y ninguno en contra la ley que autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo.

La norma del "*matrimonio neutral*", lo que significa el fin de la normativa sobre parejas de hecho vigente desde 1996” (El País, 2010). Se regula también el derecho de adopción de menores.

10. **Argentina,** el 21 de julio de 2010 promulga y reconoce legalmente el matrimonio igualitario, constituyéndose el primer país América Latina en aprobarlo mediante la Ley 26.618 del matrimonio civil (aprobada el 15 de julio de 2010), que modifica una serie de

artículos del capítulo de familia, en especial el artículo 172 del Código Civil señalando “*Artículo 172: Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.*” Se incluye el derecho a adoptar niños, no obstante, todo ello fue una lucha por parte de la Federación argentina LGBT, ya que hasta el 2002 solo la ciudad de Buenos Aires había regulado la figura matrimonial, considerándose discriminatorio la proscripción y el veto de la institución matrimonial al colectivo LGBT.

Cuando la Federación Argentina LGBT (FALGBT) decidió lanzar en 2007, una campaña nacional por el matrimonio igualitario, lo hizo no solo por la importancia de los derechos materiales concretos que el matrimonio reconoce (herencia, pensión por viudez, patria potestad compartida de los hijos, adopción conjunta, seguridad social, derechos migratorios, beneficios impositivos, etc.), que sin duda eran importantes para la vida de miles de personas, sino fundamentalmente porque estábamos convencidos de que el debate social que la posibilidad de ruptura de la exclusividad heterosexual del matrimonio traería era fundamental para derrotar la hegemonía del discurso homofóbico. Lo que se puso sobre la mesa no era, apenas, una disputa por el derecho a casarnos, sino la oportunidad de producir un cambio radical en la percepción social sobre la homosexualidad y otras diversidades de índole sexual. (Bimbi, 2014, p.118).

11. *El Reino de Dinamarca* reconoció la unión civil entre personas del mismo sexo, hace casi 30 años atrás, convirtiéndose así en el primer país en el mundo en legalizar los intereses y sentimientos de una pareja homosexual. El 7 de junio de 1989 todos los partidos del parlamento danés votaron a favor de la ley, salvo el Partido Popular Cristiano (Fregenal, s/f), de ahí que señalamos que Dinamarca es considerada un país precursor en relación al reconocimiento de derechos para la comunidad LGBT.²⁴ Cabe

²⁴ Es pionero en la defensa de su colectivo LGBT, ya que institucionalizaron su Movimiento Homosexual y de defensa de derechos en el año 1948, denominada la Asociación Nacional para Gays y Lesbianas - LGBT Denmark, siendo la primera de su género en el mundo y la más importante en Dinamarca, su fundador Axel Lundahl-Madsen se unió civilmente con su pareja Eigil el 1 de octubre de 1989 (día en el que entró en vigencia la ley), convirtiéndose así en la primera pareja que celebraba su unión civil tras la aprobación legal de dicho unión en Dinamarca. En las regiones autónomas del Reino de Dinamarca como Groenlandia e Islas Feroe, el matrimonio entre personas del mismo sexo recién fue reconocido en los años 2016 y 2017 respectivamente.

recordar que este reconocimiento era solo patrimonial (herencias, impuestos, propiedades y seguridad social), al no ser equiparado como un matrimonio, no existía el derecho de reconocer hijos biológicos por padres del mismo sexo ni se permitía la adopción de niños.

En 1999, con una enmienda a la ley de asociación registrada (1989), Dinamarca se convierte en el primer país del mundo en reconocer a dos padres legales del mismo sexo, cuando las parejas registradas tienen acceso solo a la adopción de hijastros. El 15 de junio de 2012 entra en vigor la ley sobre el *matrimonio neutral* en cuanto al género. Ahora las parejas del mismo sexo tienen la alternativa de optar por una unión registrada civil o el matrimonio.²⁵ No obstante, a pesar del avance en reconocer el derecho al matrimonio igualitario y la adopción de hijos, aún en Dinamarca, un homosexual o un transgénero no puede donar sangre porque se le considera una persona de riesgo y de ahí la prohibición de donar sangre, sin embargo, se asegura que dicha medida quede derogada a partir de marzo de 2021.

12. Francia, reconoció el matrimonio igualitario el 17 de mayo de 2013, con la Ley Nro. 2013-404²⁶ ("*mariage pour tous*", aprobada el 23 de abril de 2013). La propuesta de reconocer legalmente a las parejas del mismo sexo fue esbozada por el presidente Francois Hollande. El diario El País (2013, 23 de abril) informaba "La Asamblea Nacional francesa ha aprobado esta tarde con 331 votos a favor y 225 en contra el texto definitivo que autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo y que abre la posibilidad de adoptar a las parejas homosexuales". La ley modifica el art. 143 del Código Civil en la siguiente manera "El matrimonio es contraído por dos personas de diferente sexo o del mismo sexo", se permite la adopción de niños menores, así como la adopción de los hijos de la pareja.

²⁵ Información obtenida de la página oficial de LGBT + Danmark. <http://lgbt.dk/> (última visualización 16 de febrero de 2020), y del artículo "Hace 30 años, Dinamarca celebraba las primeras uniones homosexuales" (2019), en Radio, Francia e Internacional (RFI). Recuperado de <http://www.rfi.fr/es/contenu/20191001-hace-30-anos-dinamarca-celebraba-las-primeras-uniones-homosexuales>.

²⁶ Francia tenía reconocido desde el año 1998 el "pacto de solidaridad", que era la unión civil celebrada entre personas de diferente sexo o del mismo sexo, la unión tenía fines patrimoniales, sin derecho a la adopción de niños. Por otro lado, para consultar el proyecto de ley y la exposición de motivos se puede consultar Légifrance. <https://beta.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000026587592/> [última visualización 19 de febrero de 2020].

Los grupos conservadores señalaron que esta ley era inconstitucional ya que el matrimonio es una figura permitida a un hombre y una mujer, vulnerando los requisitos del decimocuarto párrafo del Preámbulo de la Constitución de 1946, además de vetar la adopción, ya que un niño solo puede ser concebido por un hombre y una mujer, también señalaron algunas deficiencias formales en la ley, como que el legislador ordinario no puede modificar la institución del matrimonio, sino solo el Constituyente, debiendo el Consejo Constitucional Francés resolver sobre el fondo, y así lo hizo solo un mes después con la *Décision no 2013-669 DC du 17 mai 2013*, en la cual señaló que, según el artículo 6 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: "La ley ... debe ser la misma para todos, ya sea que protege o que sanciona"; el principio de igualdad no impide que el legislador regule de manera diferente las diferentes situaciones o que derogue la igualdad por razones de interés general, siempre que, la diferencia de tratamiento resultante está directamente relacionada con el objeto de la ley que lo establece (Fj 15).

En el caso de la adopción, el Consejo precisó que las parejas del mismo sexo que deseen adoptar un niño estarán sujetas a las mismas formalidades que tienen las parejas formadas por un hombre y una mujer, es decir deben de cumplir un procedimiento destinado a establecer su capacidad para recibir a un niño con miras a adopción, en todo caso será la entidad competente la que determine si la adopción es lo mejor para el niño, al margen que la pareja que lo adopte sea de igual o de diferente sexo (Fj. 52). En consecuencia, se declara que la ley Nro. 2013-404 que modifica varios artículos del código civil relacionados al título de familia, no vulnera a la Constitución ni a la tradición francesa.

13. Uruguay, Reconocería el matrimonio entre personas del mismo sexo el 3 de mayo de 2013, día en que José Mujica promulgó la ley (aunque debieron pasar 90 días para su reglamentación y entrada en vigencia, la misma que se produjo el 3 de agosto de 2013), esta normativa abarca los mismos derechos reconocidos a los matrimonios heterosexuales. Debe considerarse que Uruguay contaba con una ley que protegía el concubinato ente parejas del mismo sexo (Ley 18.246, ley de unión concubinaria), precisando que se protege y legaliza la comunidad de vida de dos personas -cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual- que mantienen una relación afectiva de índole sexual de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas

por matrimonio entre sí y que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1º, 2º, 4º y 5º del Artículo 91 del Código Civil.

Sin embargo, con la aprobación de la Ley N° 19.075 (Ley del matrimonio igualitario) se modificó el artículo 83º del Código Civil, quedando: “El matrimonio civil es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo”, así mismo, se sustituyeron términos o palabras que equiparaban el género con el sexo como "marido" o “mujer”, “padre” o “madre”, por menciones neutras: “contrayentes”, “esposos” y “progenitores.

-
- 14. Brasil**, legalizó el matrimonio entre personas del mismo sexo el 14 de mayo de 2013, convirtiéndose en el tercer país sudamericano en hacerlo, la legalización fue a través del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) de Brasil que aprobó una resolución que, a efectos jurídicos, legaliza el casamiento entre personas del mismo sexo en todo el territorio brasileño (Elmundo.es), obligando a las notarías a que registren los matrimonios de las parejas del mismo sexo o en todo caso que se formalicen aquellas uniones estables de homosexuales; ello sobre la base de la decisión del Supremo Tribunal Federal de Brasil sobre la acción de inconstitucionalidad (ADI 4277) de fecha 5 de mayo de 2011, que se pronunció a favor de reconocer a las parejas del mismo sexo que viven en uniones estables, puesto que la norma en el art. 1,723 del Código Civil señala: “Se reconoce como una entidad familiar la unión estable entre hombre y mujer, configurada en convivencia pública, continua y duradera establecida con el propósito de establecer una familia”, no obstante, ello no impide que la unión de personas del mismo sexo puede ser reconocida como una entidad familiar capaz de merecer la protección del estado al equipararlas a los matrimonios heterosexuales.

Posteriormente, con la llegada a la Presidencia de Bolsonaro, representante de la extrema derecha, quien señaló “*Soy homofóbico, a mucha honra*”, el colectivo LGBT percibió que sus derechos peligraban. “Mientras hacía su campaña, acusó a los gobiernos previos con tendencias de izquierda de distribuir “kits de homosexualidad” en las escuelas, una referencia a los materiales educativos que según él, “pervertían” a los estudiantes. Para la comunidad LGBTI, el temor más grande es que la retórica feroz de Bolsonaro viene impulsando una nueva era de intolerancia e intimidación con el potencial de provocar violencia”. (Darlington, 2018).

15. Nueva Zelanda. El Parlamento de Wellington aprobó el matrimonio igualitario el 17 de abril de 2013, aunque entró en vigencia el 19 de agosto de 2017. Fue la primera ley de este tipo en la región Asia Pacífico y el décimo quinto del mundo, esta ley modificó el *Marriage Act* de 1955 (que prescribía que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer), así esta enmienda al *Marriage Act*, se señala en la Parte I (Premilinar), art° 2 “*matrimonio significa la unión de dos personas, independientemente de su sexo, orientación sexual o identidad de género*”, permitiendo también la adopción, cuestión que no lo permitía la ley de unión civil del año 2005.

16. Gran Ducado de Luxemburgo, aprobó el matrimonio entre parejas del mismo sexo el 18 de junio de 2014 (vigente el 1 de enero de 2015), equipara en derechos a los matrimonios heterosexuales y homosexuales, además se regula la adopción de menores, algo que no era permitido con la unión civil del año 2004.

17. Estados Unidos de Norteamérica. La Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica se pronunció sobre el caso de los demandantes y demandados: *James Obergefell v. Richard Hodges, director, Ohio Department of Health. Valeria Tanco v. Bill Haslam, Governor of Tennessee. April DeBoer v. Rick Snyder, Governor of Michigan and Gregory Bourke v. Steve Beshear, Governor of Kentucky.* Resuelto el 26 de junio de 2015. En líneas generales, los demandantes (14 parejas del mismo sexo y dos hombres cuyas parejas del mismo sexo habían fallecido), presentaron demandas en las Cortes Federales de Distrito en sus Estados de origen, señalando que los funcionarios estatales demandados han violado la Decimocuarta Enmienda, denegándoles el derecho a casarse o no reconociendo un matrimonio realizado legalmente en otro Estado Federal. En relación a ello cabe indicar que los Estados de Michigan, Kentucky, Ohio y Tennessee definen al matrimonio como una unión entre un hombre y una mujer. La Corte Suprema de Estados Unidos resuelve en un fallo por mayoría de 5 votos (Anthony Kennedy, Ruth Bader, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor y Elena Kagan) contra 4 (Jhon Roberts (Presidente), Antonis Scalia , Samuel Alito y Clarence Thomas), lo siguiente: Que son cuatro principios que demuestran las razones por las cuales el matrimonio es una institución fundamental bajo la Constitución y aplicable con igual fuerza a parejas del mismo sexo: 1. La primera premisa, es que el derecho a una elección personal, como lo es el matrimonio, es inherente al concepto de la autonomía individual; 2. El segundo principio, según la jurisprudencia de esta Corte el derecho al matrimonio es fundamental porque soporta la unión de dos personas como no lo hace ninguna otra institución. Las parejas del mismo sexo tienen el mismo derecho que las parejas de sexo opuesto a

disfrutar de una asociación íntima, un derecho extendido más allá de meras libertades y leyes que hacen de la intimidad entre personas del mismo sexo una ofensa criminal; 3. La base para proteger el derecho al matrimonio es la salvaguarda a los niños y las familias (derechos de crianza de infantes, procreación y educación), sin el reconocimiento, la estabilidad y la predictibilidad que ofrece el matrimonio, los niños sufrirían el estigma de saber que sus familias de alguna manera, son inferiores a las otras y 4. Los casos de esta Corte y las tradiciones de la Nación dejan claro que el matrimonio es la base del orden social de la Nación. La Corte resuelve que el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo se deriva de la garantía de igual protección de la Décimo Cuarta Enmienda y por lo tanto no pueden ser privadas de este derecho y libertad. La Décimo Cuarta Enmienda requiere que los Estados reconozcan el matrimonio entre personas del mismo sexo, llevado a cabo válidamente en otros Estados, del mismo modo, las parejas del mismo sexo pueden ejercer el derecho fundamental al matrimonio en todos los estados de Norte América.

Por otro lado, en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico, territorio dependiente de los Estados Unidos, un juez señaló que la determinación del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo (26 de junio de 2015) no aplicaba a Puerto Rico, por no ser estado de la nación americana, ello debido a que funcionarios de los registros civiles prohibían la celebración de bodas entre parejas del mismo sexo o no las reconocían, ante lo cual, el juez Gustavo Gelpí del Tribunal Federal de Apelaciones de San Juan sentenció, el 11 de abril de 2016, que “*Se declara inconstitucional el Artículo 68 del Código Civil de Puerto Rico, al igual que otras leyes federales y estatales que prohíben el matrimonio entre personas del mismo sexo o que no reconocen los matrimonios válidos de otras jurisdicciones*”. (Univisión y agencias, 2016).

18. República de Irlanda, es un caso particular, primero, porque es un país esencialmente católico, en el cual la homosexualidad estaba penalizada hasta el año 1993; y segundo, porque el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo fue resultado de un proceso de democracia directa, de consulta al pueblo que el 22 de mayo del año 2015 le dijo “SI” al matrimonio igualitario. El resultado fue de 62.07% de votos a favor frente al 37.93% en contra (The Irish Time, s/f.). así Irlanda se convirtió en el primer país en el mundo en aprobar el matrimonio igualitario mediante referéndum, no obstante, su efectividad se vio cristalizada el 16 de noviembre de 2015, fecha que entró en

vigencia, aunque resaltamos que desde el año 2010 existía el reconocimiento de las uniones de hecho de las parejas del mismo sexo mediante la figura de “*civil partnerships*”.

Con la aprobación por parte de la población del matrimonio igualitario, se introdujo la trigésimo cuarta enmienda al artículo 41 (4) de la Constitución irlandesa que aborda el capítulo de la familia (Marriage Equality Act, 2015 del 29 de agosto de 2015), que ahora señala “*Marriage may be contracted in accordance with law by two persons without distinction as to their sex*”, es decir, el matrimonio puede ser contraído de acuerdo conforme a ley por dos personas sin distinción de sexo”.

19. Colombia, el contexto fue una demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional de Colombia en contra del artículo 113 del Código Civil (que señala que el matrimonio es un contrato entre un hombre y una mujer que se unen con el fin de vivir juntos, procrear y de auxiliarse mutuamente), el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 294 de 1996 (La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla) y el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 1361 de 2009.

En el presente caso, los demandantes argumentaron lo siguiente: 1. El Código Civil no puede imponer como una de las finalidades del matrimonio la de “procrear” (vulnerando la autonomía reproductiva), ni puede dejar fuera a los homosexuales que deseen contraer matrimonio y 2. Todas las personas deben recibir igual trato por parte de las autoridades así como garantizarles el disfrute de los mismos derechos, en este caso, el goce del derecho del matrimonio con el fin de ir derrumbando prejuicios inaceptables sobre un subgrupo (homosexuales) tradicionalmente discriminado y marginado. En respuesta, el Procurador General de la Nación, señala que el no reconocimiento del matrimonio civil a las parejas homosexuales “*no implica un trato distinto ni implica déficit de protección constitucional por cuanto a las parejas homosexuales se les ha reconocido las uniones maritales de hecho, los derechos patrimoniales, o derechos relativos*”.

La Corte Constitucional resuelve con los siguientes argumentos: 1. El concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo, porque en una sociedad plural no puede existir un concepto único y excluyente de familia, el concepto amplio de familia tiene que ver con la igualdad, por

ello se prohíbe la desprotección a causa de la orientación sexual, 2. La heterosexualidad no es característica predicable de todo tipo de familia y tampoco lo es la consanguinidad, por tanto, la protección a las parejas homosexuales no puede quedar limitada a los aspectos patrimoniales de su unión permanente, porque hay un componente afectivo y emocional que alienta su convivencia, 3. La unión marital de hecho como alternativa al alcance de los homosexuales es insuficiente, pues no les provee del marco de protección propio de un vínculo jurídico que les permita formalizar su unión. Falta una institución de índole contractual que concrete el vínculo jurídico que dé lugar a la constitución formal y solemne de su familia, por ello, es menester superar un déficit de protección mediante la inclusión de una institución que torne factible la posibilidad de optar entre la unión de hecho y la formalización de su relación a partir de una vinculación jurídica específica, 4. Las parejas heterosexuales que deseen conformar una familia tienen a su alcance dos maneras de lograrlo, a saber: el matrimonio y la unión marital de hecho, mientras que, si se insiste en que la unión de hecho es la única alternativa para los homosexuales, las parejas del mismo sexo solo contarían con esa opción. En esas condiciones, la Corte estima factible que las parejas homosexuales también tengan derecho a decidir si constituyen la familia de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la que pudiera brindarles una unión de hecho.

Por tanto, la Corte declara **exequible** la expresión “un hombre y una mujer”, contenida en el artículo 113 del Código Civil, se **inhibe** de pronunciarse sobre el fondo respecto de la expresión “de un hombre y una mujer” contenida en los demás artículos, por cuanto estas normas legales reproducen preceptos constitucionales, finalmente, **exhorta** al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, con la finalidad de eliminar el déficit de protección y si al 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.

Incumplido este plazo por parte del Congreso, nuevamente se recurrió a la Justicia Constitucional, toda vez que los notarios se negaban a celebrar dichas uniones por no tener un soporte constitucional, esta vez la sentencia del 28 de abril de 2016 ratifica el fondo de la sentencia C-577/11, señalando que dos personas del mismo sexo tienen derecho a unir sus vidas mediante una institución reconocida por el estado, como lo es el matrimonio, puesto que los contratos civiles innominados, o que buscan solemnizar y

formalizar las uniones entre parejas del mismo sexo, diferentes al matrimonio civil, no suplen el déficit de protección identificado en la Sentencia C-577 de 2011, ratificando además que los matrimonios civiles celebrados entre parejas del mismo sexo, con posterioridad al veinte de junio de 2013, gozan de plena validez jurídica.

20. *Finlandia*, el matrimonio igualitario es legal desde el 1 de marzo de 2017, siendo el último país nórdico en aprobar el matrimonio igualitario, incluido el derecho de adopción; sin embargo, existía la ley de uniones civiles desde el 2002.

21. *Malta*, un país católico, en el cual el divorcio se permitió recién en el 2011, legalizó el matrimonio igualitario el 12 de julio de 2017. En Malta se había legislado sobre la unión civil entre dos personas del mismo sexo, quienes adquirirían derechos patrimoniales, pero no el derecho de adoptar menores.

22. *Alemania*, país en el que es legal el matrimonio igualitario desde el 1 de octubre de 2017, fecha en la que entró en vigor la ley (la Ley “Matrimonio para Todos” se aprobó el 3º de junio de 2017), aunque años antes (2001) se había legalizado a las “parejas de hecho” que equiparaba los derechos patrimoniales, de seguro y sucesorios a las parejas del mismo sexo con excepción de la adopción de menores.

23. *Australia*, luego de reiterados debates sobre la Ley del matrimonio igualitario, el Parlamento, finalmente lo reconoció el 7 de diciembre de 2017 (dos días después sería el consentimiento real y en enero de 2018 entraría en vigencia), modificando Ley Federal de Matrimonios de 1961, que había sido enmendada en 2004 para precisar que el matrimonio es exclusivo entre una mujer y un hombre (Niño, 2017); antes de ello, “se llevó a cabo un referéndum no vinculante sobre la aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo, es así que de los 12,7 millones de australianos participaron en la consulta, siendo que el 61,6% votó sí y el 38,4 % se pronunció en contra”. (Baidawi y Cave, 2017).

24. *Austria*, fue la Corte Constitucional de Austria la que aprobó el matrimonio igualitario, con la sentencia de fecha 5 de diciembre de 2017 que consideraba que la exclusión de las parejas del mismo sexo en el acceso al matrimonio es discriminatoria, ordenando además la autorización del matrimonio a las parejas homosexuales a más tardar el 1 de enero de 2019 proscribiendo la discriminación en función de la orientación sexual.

(Humming. 2019). En Austria se había legislado desde el 2016 las uniones registradas entre personas del mismo sexo.

25. República de China (Taiwán), en este país el Tribunal Constitucional en el emitió una sentencia que señalaba que las parejas del mismo sexo, al amparo del principio de igualdad y no discriminación, tienen el derecho de contraer matrimonio en las mismas condiciones que las parejas heterosexuales (Wu, 2017), y que por tanto, la ley que prescribe que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer es inconstitucional por ser discriminatorio, por ello se le otorgó al Parlamento un periodo de dos años para que éste pueda legislar sobre el matrimonio igualitario, plazo que vencía el 24 de mayo de 2019; así el Parlamento legalizó estas uniones, antes que venciera el plazo, el 17 de mayo de 2017, además de prescribir criterios de adopción restringidos, pues solo se acepta la adopción del hijo biológico de la pareja, prohibiéndose las inseminaciones artificiales. Esta ley que entró en vigencia el 24 de mayo de 2019, convirtiendo a Taiwán en el primer país de Asia en reconocer el matrimonio igualitario.

26. Ecuador, aprobó el matrimonio igualitario con la sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador Nro. 11-18-CN, de fecha 12 de junio de 2019 que resolvió sobre la Consulta de Norma remitida por el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, respecto de la supuesta contradicción existente entre la Opinión Consultiva OC24/17 (que reconoce el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo) y el artículo 67 de la Constitución (que menciona que el matrimonio es la unión entre hombre y mujer). La Corte resaltó que la Opinión Consultiva constituye un instrumento internacional de derechos humanos, cuya aplicación debe ser directa e inmediata en el Ecuador.

De igual manera, la Corte señala que no existe contradicción con el art. 67 de la Constitución ya que: a) ese artículo no tiene una prohibición expresa, b) de las múltiples interpretaciones que se le podrían dar al mismo se debe optar por la que más beneficie al goce de los derechos humanos, c) la interpretación que cumple con esos dos requisitos sería que el artículo 67 reconoce un derecho fundamental al matrimonio de parejas heterosexuales, el cual no implica que el derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo pueda ser reconocido, d) la Opinión Consultiva de la Corte IDH reconoce el derecho de las parejas del mismo sexo al acceso a las mismas instituciones que las parejas homosexuales, e) en conclusión los dos matrimonios, reconocidos mediante

instrumentos diferentes pero de la misma jerarquía normativa, no se oponen, sino que son complementarios. (Cordero, 2019).

Por lo tanto, “no cabe una interpretación literal del art. 67 de la Constitución, sino una interpretación sistemática, evolutiva y progresiva que favorece la efectiva vigencia de los derechos a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, intimidad, identidad”. Bajo esos argumentos, la Corte dispuso que el tribunal consultante, interprete el sistema normativo a la luz de esta sentencia y ordene que el Registro Civil registre el matrimonio de los accionantes, toda vez que no es necesaria una reforma constitucional al artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador (Corte Constitucional de Ecuador, 2019).

27. Reino Unido, tiene legalizada la unión civil igualitaria desde el 18 de noviembre de 2004 (*Civil Partnership Act*), sin embargo, no fue hasta el 17 de julio de 2013 en que se sanciona la ley que legaliza el matrimonio igualitario en Inglaterra y Gales, entrando en vigor el 29 de marzo de 2014 (*Marriage Same Sex Couples Act 2013*), esta legalización tiene la base de un referéndum que culminó el 14 de junio de 2012, en el cual más del 50% de la población aceptó que las parejas homosexuales puedan acceder a la institución del matrimonio civil.

Las uniones civiles podrán convertir, mediante el proceso pertinente y la autoridad competente, su convivencia en matrimonio. El *Marriage Same Sex Couples Act 2013* prohíbe cualquier tipo de discriminación por parte de los funcionarios públicos que deban celebrar estos matrimonios, pues están obligados a ejercer sus funciones, no pudiendo negarse a casar a estas parejas, incluso ante la invocación de objeción de conciencia (Equality and Human Rights Commission, 2014).

En ese sentido, el 12 de marzo de 2014, se otorgó el consentimiento real al matrimonio igualitario en Escocia (*Marriage and Civil Partnership (Scotland) Act 2014*), entrando en vigencia el 16 de diciembre de 2014. Después de 5 legislaturas que discutían la legalidad del matrimonio igualitario, recién el 13 de enero de 2020, se reconoció el matrimonio entre parejas del mismo sexo en Irlanda del Norte, aprobada por el Parlamento del Reino Unido en julio de 2019 ante la falta de formación de un Ejecutivo en Escocia, siendo la última región del Reino Unido (21 de octubre de 2019) en adoptar la medida (habiendo sido la primera región en legislar sobre la unión civil en 2005).

28. Costa Rica, el matrimonio igualitario es legal desde el 26 de mayo de 2020, después de cumplido el plazo de 18 meses otorgado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia para que el Parlamento legislara sobre el matrimonio igualitario, de lo contrario quedaban derogados los artículos que sean un obstáculo para el matrimonio igualitario. La demanda de inconstitucionalidad se interpuso contra el inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia, el cual señalaba que jurídicamente no es viable el matrimonio igualitario.

Este país aplicó la Opinión Consultiva 24/17, la misma que fue el resultado de la solicitud de Costa Rica ante la Corte IDH, para que esta interpretara el alcance del derecho a la a la identidad de género, si el cambio de nombre o género sería por vía judicial o administrativa, privacidad, y sobre la regulación del vínculo entre personas del mismo sexo conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos. Así Costa Rica, se convierte en el primer Estado de Centro América en aprobar el matrimonio para personas del mismo sexo.

30. Suiza, recientemente ha aprobado el matrimonio igualitario mediante un referéndum convocado el 26 de setiembre de 2021. “La medida, respaldada por un 64% de los votos, permitirá a estas parejas adoptar hijos y, en el caso de las mujeres solas o parejas de lesbianas, tener acceso a técnicas de reproducción asistida.” (El País, setiembre, 2021)

En **México**, el primer hito fue la interposición de la acción de Inconstitucionalidad 2/2010 contra el matrimonio igualitario, caso resuelto por la Suprema Corte de Justicia de México el 16 de agosto de 2010. En este caso, el Procurador presenta demanda de Inconstitucionalidad contra la norma promulgada por la Asamblea Legislativa del D.F que modifica el artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal, el cual señalaba, que “el matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer (...) y ahora señala que el matrimonio es la unión libre de dos personas”, a su vez esto tiene relación con el nuevo derecho de los cónyuges de adoptar. Los motivos expresados por el Procurador, fueron en síntesis, los siguientes: la familia se funda para cumplir un objeto común; el matrimonio es una institución en la cual el varón y la mujer deciden compartir un proyecto de vida y fundar una familia, esto no se consuma en las relaciones de personas del mismo sexo, lo cual no implica, una marca o discriminación; habría un menoscabo psico-social en los niños adoptados por matrimonios de personas del mismo sexo; no todas las instituciones jurídicas [matrimonio] son para todos; el que los cónyuges

del mismo sexo puedan adoptar, se aparta del espíritu constitucional contenido en el artículo 4o. constitucional respecto del interés superior de los niños y las niñas y esta situación implica conflictos entre las leyes del Distrito Federal y las leyes de los demás Estados.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió de la siguiente manera: “La institución del matrimonio no es un concepto inmutable o "petrificado”;

[...] La realidad social exige que el legislador responda a ella, se encuentran, además, otros tipos de uniones, como las homosexuales que no siempre derivan del matrimonio; familias, todas, que innegablemente tienen la misma protección constitucional, pues no puede suscribirse por este Tribunal de ninguna manera que se reste valor a la estructura u organización de familias sólo porque no se corresponden con concepciones tradicionales; la diversidad sexual de los contrayentes no es legalmente un elemento definitorio de la institución matrimonial, sino más bien el resultado de la concepción social, mas no el núcleo esencial del matrimonio; la Asamblea Legislativa justifica la reforma legal impugnada, esencialmente, en la igualdad y la no discriminación por orientación sexual como principios rectores de la función legislativa. [...] La Suprema Corte no puede suscribir, de ningún modo, que sea la preferencia u orientación sexual de un ser humano el elemento utilizado a priori para establecer que una persona o una pareja homosexual no debe tener la opción de adoptar un menor, una vez satisfechos los requisitos y que el procedimiento que establezca la legislación aplicable, pues ello, sin duda alguna se constituiría en una discriminación por orientación sexual proscrita por el artículo 1º, [...] esto no tiene que ver con la heterosexualidad-homosexualidad. Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico”. (Stc. 2/2010. Fjs. 242, 256 y 324)

Por todo ello la Suprema Corte declaró procedente pero infundada la acción de inconstitucionalidad.



Figura No. 7 Reconocimiento del Matrimonio Igualitario en algunos países del mundo.

Fuente: Statista, sobre la información de la Asociación Internacional de Gais, Lesbianas, Bisexuales, Transexuales e Intersexuales (ILGA).

2.4.2 Definición y análisis de la homoparentalidad como nuevo tipo de familia reconocida a partir del matrimonio igualitario.

Conociendo la conformación de lo que significa LGBTI y las demás disidencias sexuales, el análisis en el capítulo anterior sobre la evolución de la familia y los impactos que ha sufrido a raíz de cambios trascendentales en lo socioeconómico y político en los estados del mundo, notamos que estos cambios han sido largamente estudiados sobre premisas que convencionales, es decir, si bien se gestan nuevos modelos de familia, estos siempre están enmarcados en la premisa de la heterosexualidad.

Sin embargo, y de acuerdo al objetivo de la presente tesis, la realidad se ha tornado cambiante al legitimarse y permitirse jurídicamente el matrimonio entre parejas del mismo sexo en algunos países del mundo, cuestión que genera gran debate, fundamentalmente de carácter moral y religioso.

Si bien, el reconocimiento del matrimonio igualitario visibilizó a la familia constituida por parejas del mismo sexo, se debe acotar que estas familias ya existían de *hecho* como una realidad de la que no se hablaba por considerarla contraria a la naturaleza de esta institución.

En lo que se refiere a estas uniones, muchas de ellas contaban con hijos provenientes de relaciones heterosexuales anteriores, de adopción de niños de parte de uno de los progenitores en calidad de soltero o el embarazo mediante técnicas de reproducción asistida, incluyendo la maternidad subrogada. En ese sentido, la familia homoparental incluye a las familias lesbomaternales,²⁷ y transgénero²⁸, incluso pueden ser nucleares o monoparentales puesto que desarrollan una dinámica igual a la de una familia heterosexual, pudiendo ser ensamblada o extendida, familias todas, adscritas a los mismos comportamientos y relaciones intrasistémicas que dotan de funcionalidad a este grupo humano.

En consecuencia, “al referirse a la familia, es importante no partir de una perspectiva tradicional, con una estructura previamente definida y que excluya otras concepciones y conformaciones”. (Capdevielle, Molina, Gómez y Martínez, 2019, p.101), Andrade y Uribe (2015) refieren que el reconocimiento de la familia a partir de la premisa de la heterosexualidad resulta limitante y requiere contemplar otros aspectos puesto que en las familias homoparentales se desarrollan procesos de crianza tal como en otras tipologías familiares, efectuando la tarea de socialización de los/as hijos/as con afectividad y preservación del otro/a, se debe manejar un concepto amplio de familia que resulte protector de todas las formas y relaciones familiares. (p., 360), inclusive relaciones familiares que no tienen como componente básico y primigenio la consanguineidad.

Esta tipología familiar, recientemente reconocida en algunos países que han cuestionado la heteronormatividad a favor de garantizar los derechos humano de todos aún son la excepción y no la regla, puesto que en una serie de países existe la proscripción y hasta el castigo de las

²⁷ Que puede estar conformada por una mamá (madre soltera por decisión, o porque se separó, divorció o enviudó. Puede ser lesbiana o bisexual). Fuente. Universidad Nacional Autónoma de México. Escuela Nacional de Trabajo Social. Recuperado de http://www.trabajosocial.unam.mx/comunicados/2016/noviembre/infografia_familias.pdf. (última visualización 8.02.2020).

²⁸ Integradas por una o dos personas transexuales o transgénero que ejercen su paternidad o maternidad y cuya transparentalidad hace referencia a las funciones de cuidado y afecto que ejercen estas personas en el contexto de su transición de cambio de identidad de género. Recuperado de http://www.trabajosocial.unam.mx/comunicados/2016/noviembre/infografia_familias.pdf. (última visualización 8.02.2020).

relaciones entre personas del mismo sexo acusados del delito de sodomía y por lo tanto la nula garantía de los derechos de esta minoría, otros estados han aceptado uniones civiles de carácter meramente patrimonial, sin ninguna concesión para adoptar hijos o reconocerles el derecho a tener hijos en aras de proteger el Interés Superior del Niño.

Por otro lado, parte de la sociedad se muestra en desacuerdo con la aceptación de familias homoparentales, hecho que se explica por la dificultad de romper con lo que se ha legitimado como un modelo de familia (Hoeffler, 2010), además de tener como principal fundamento que los niños de padres homosexuales serán más propensos a sufrir confusión sobre su género y su identidad sexual.

Estas creencias, señala Patterson (2005), se reducen a cuestiones históricamente asociadas con toma de decisiones judiciales en litigios de custodia y políticas públicas que rigen el cuidado de crianza y la adopción, por ejemplo, la creencia que lesbianas y gay padecen una enfermedad mental por el solo hecho de su orientación sexual (pese a que la medicina ha demostrado que la homosexualidad no es ninguna psicopatía o alguna manifestación de tener alguna enfermedad mental), se aduce también, que las lesbianas son menos maternas que las mujeres heterosexuales y que las relaciones homo afectivas dejan poco tiempo para interacciones con sus hijos y se sostiene la preocupación que los niños que viven con madres lesbianas o padres homosexuales pueden ser estigmatizados y victimizados por sus compañeros de clases.

En ese sentido, los estudios en las disciplinas psicológicas y médicas han concluido la no existencia de perjuicios en contra de los niños y adolescentes que son criados por familias homoparentales, además que no encontrarse diferencias sustanciales entre los niños criados en familias del mismo sexo y hogares heterosexuales, determinando que los padres homosexuales son tan competentes y efectivos como los padres heterosexuales, no obstante los detractores argumentan que “cualquier niña o niño educado en una familia gay correría la amenaza inminente de psicosis, como si una estructura, llamada necesariamente "Madre" y necesariamente "Padre"”; establecida en el nivel de lo simbólico fuera un soporte psíquico necesario contra una agresión de lo real (Butler, 2001, p. 96), en virtud a ello, estos tipos de familia son difícilmente reconocidas por la sociedad por prejuicio, además de ello, el Estado se niega a reconocerlas como un elemento esencial en la dinámica de la sociedad y por el contrario, las proscriben por considerarlas anti naturales, anormales, y que en cierta medida atentan contra el normal desarrollo de la comunidad.

Finalmente, es relevante citar el caso de la Primera Ministra de Finlandia, Sanna Marin, una de las más jóvenes del mundo en ocupar un cargo de tal envergadura, criada por su madre biológica y por la novia de esta, es decir se desarrolló en el contexto de una familia lesbomaternal. Sanna Marin, concluyó estudios universitarios en Administración Pública, posee una maestría, además de tener una larga trayectoria política a sus 35 años. Sanna en su primer discurso al asumir el liderazgo de su país sentenció “Soy de una familia homoparental y eso sin duda me ha condicionado para que la igualdad, la paridad y los derechos humanos sean muy importantes para mí.”²⁹

Este caso es muestra palpable que los niños que se crían en contextos homoparentales no ven repercusiones que puedan dañar su desenvolvimiento académico o profesional, menos aún que la orientación sexual de los padres pueda ser “transferida” a los hijos, en el caso de Sanna, ella tiene un hijo y un matrimonio heterosexual. Conocer casos como estos, debilitarán los prejuicios sobre esta tipología de familia.

2.4.3. El cambio de paradigma doctrinario y jurídico en relación al “interés superior del niño”.

Las premisas que más destacan para la negación del reconocimiento de los matrimonios igualitarios son, primero, la transgresión de estos grupos a las “normas naturales y morales”, y segundo, la desnaturalización de la familia, entendida como la conformación de un hombre y mujer que constituyen una pareja matrimonial con hijos. Mayor es el rechazo si se trata de concebir, criar o adoptar hijos, todos estos argumentos se reducen a la denominada protección del “interés superior del niño”.

La pregunta que subyace a este fundamento es ¿Los matrimonios o uniones de hecho de parejas homosexuales *per se* perjudican al “interés superior del niño”, así como a su desarrollo?, para responder aquello, debemos entender qué define u otorga contenido a este principio que busca salvaguardar el desarrollo íntegro de un menor, sea este un hijo biológico o un niño adoptado.

²⁹ CNN CHILE (2019). “Feminista y criada por dos madres: Sanna Marin, la primera ministra de Finlandia que se volvió la líder más joven del mundo”. https://www.cnnchile.com/mundo/feminista-dos-madres-sanna-marin-primera-ministra-finlandia_20191210/

Tenemos que, desde la lógica natural de casi todo ser humano, la figura de los niños ha significado y significa pureza y ha demandado el máximo cuidado de su integridad, y así lo entendieron los estados de la Sociedad de Naciones cuando adoptaron la Declaración de los Derechos del Niño³⁰ del 26 de diciembre de 1924 (Ginebra), después de la I Guerra Mundial, Declaración que señaló “*la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma*”, siendo el objetivo el desarrollo pleno del niño en lo material y en lo espiritual. Esta Declaración de cinco principios, concebía por primera vez al niño como sujeto de cuidado y señalaba la responsabilidad de los adultos en lograr las mejores condiciones para el desenvolvimiento integral de los niños.

La Sociedad de Naciones aprueba la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, elaborada por Eglantyne Jebb, fundadora de Save the Children Fund. La Declaración expresa que todas las personas deben reconocer el derecho de los niños a contar con los medios necesarios para su desarrollo, a recibir ayuda especial en épocas de necesidad, a tener prioridad en las actividades de socorro, a gozar de libertad económica y protección contra la explotación, y a acceder a una educación que infunda conciencia social y sentido del deber. (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia – UNICEF, s/f).

Pasaron veinticuatro años y de por medio otro evento tan desastroso como el de la II Guerra Mundial, la reconfiguración de poder a nivel mundial y la creación de la Organización de Naciones Unidas, para que la Asamblea General de las Naciones Unidas apruebe la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948. “La Declaración constituye los fundamentos de un futuro justo y digno para todos y brinda a las personas de todo el mundo un poderoso instrumento en la lucha contra la opresión, la impunidad y las afrentas a la dignidad humana.” (Ki-moon, 2015, pp. iii y iv).

Esta Declaración (la única vinculante para todos los Estados), señala en su artículo 25.2. “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”. Es el único artículo que hace referencia al derecho de los niños como compromiso de los Estados.

³⁰ Si bien se le cuestiona el carácter de “Declaración”, entendida como un acto sin mayor vinculatoriedad para los Estados, por ser solo una mera expresión de intereses sobre la base de principios que se creen, fundamentales para el desarrollo de una mejor convivencia humana en el mundo, es el primer documento histórico que busca proteger una humanidad tan valiosa y tan particular como es la de los niños.

Poco más de una década, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Declaración de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959, documento elaborado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Esta Declaración tiene su base en la Declaración de 1924, y declara expresamente la búsqueda del bienestar del niño y la consecución de su felicidad, así como gozar de todos los derechos prescritos en las declaraciones, sin discriminación alguna, ni siquiera por la condición de sus padres, además, se precisa el deber de los estados de legislar en materia infantil y siempre velando el interés superior del niño.

Esta Declaración menciona expresamente y por primera vez el Interés Superior del Niño (ISN), en el principio II, como parámetro del estado para promulgar leyes que tengan como objeto el desarrollo de los niños y toda política pública que se refiera a los niños y adolescentes; así como también precisa que el ISN “debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres” (Principio VII).

Finalmente, en 1989 la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 adopta la “Convención sobre los Derechos del Niño”, la misma que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990³¹, sobre la base de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se proclamó que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, además de ratificar que “la familia constituye el elemento esencial en la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros”, con el objetivo que el niño crezca y se desarrolle inspirado bajo los principios de la Carta de Naciones Unidas, además de desenvolverse en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

Además, la Convención ha precisado los alcances del Interés Superior del Niño en el artículo 3° de su cuerpo normativo, el artículo 9° (en referencia a la separación de los niños de sus padres), artículo 18° (la preocupación fundamental de los padres debe ser el Interés Superior del niño), artículo 21° (en relación al sistema de adopción) y artículo 37° (relacionado a los derechos de los niños que se encuentran privados de su libertad).

³¹En el 2015, “Somalia y Sudán del Sur ratifican la Convención sobre los Derechos del Niño. Este es el instrumento internacional más ampliamente ratificado de la historia; en efecto, 196 países se han convertido en Estados Partes en la Convención. Hasta la fecha, solamente los Estados Unidos no la ha ratificado”. Fuente. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia - UNICEF (s/f). Historia de los derechos del niño. <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/historia>

Artículo 3

1. “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

En efecto, sobre la protección del niño, se ha teorizado desde dos perspectivas, la primera de ellas, denominada la *Doctrina de la situación irregular*, que tiene como punto de partida y posterior referencia la legislación penal de menores, en ese sentido, el Estado se encargaría de brindar protección a menores en situación de vulnerabilidad, es decir, menores que carecen de familia o que provienen de familias disfuncionales de padres separados, que no han ido a la escuela, además provienen de los sectores socioeconómicos más deprimidos y que su desenvolvimiento y desarrollo en la sociedad pudiera ser considerado un peligro, de ahí que se señala, provengan de una “situación irregular” o de abandono material y moral; por ello se adoptan las medidas de protección y tuición de estos menores, que más que garantizar derechos a un ambiente saludable y de desarrollo integral y emocional, reprimían el libre desarrollo de estos niños y adolescentes con una intervención estatal casi desproporcionada para los fines que se esperaba, es decir se elaboraba la política jurisdiccional y social en base a la triada, compasión – tuición – represión, puesto que el estado y la sociedad se compadecían de la situación precaria de este grupo de menores, surgiendo la necesidad de cuidarlos o protegerlos. De lo que se trataba era de “legalizar posibles acciones judiciales no proporcionales sobre aquellos niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad” (García, 1994).

Este paradigma fue superado a raíz de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dio paso a la *“Doctrina de la protección integral”*, que reinventa al niño en su calidad de sujeto

pleno de derecho, reconociendo que es tan digno y valioso como los adultos, no obstante, busca protegerlo, pero la protección va más allá de una simple tuición por ser “menor” (ahora es niño y adolescente el menor a 18 años), se piensa que la protección es el reconocimiento de sus derechos y las garantías como instrumentos para hacer viables esos derechos reconocidos por el sistema internacional. De ahí que el estado más que asistencialista o paternalista – represor de los niños criminalizados por pertenecer a hogares disfuncionales o de situación económica pobre, pasará a convertirse en un estado que plantea y ejecuta políticas sociales que revaloran la calidad del niño, instando al Estado que en toda iniciativa o medida que afecte a los niños se observe siempre su interés superior, es decir los derechos de los niños deben ser la prioridad para el Estado y para la sociedad. La Convención exhorta a la corresponsabilidad de la familia, el estado y la sociedad en el desarrollo de los niños y adolescentes.

Producto del cambio de paradigma, el Consejo de Derechos Humanos, en virtud de su resolución 17/18, de 17 de junio de 2011, aprobó el “Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño” relativo a un procedimiento de comunicaciones, en el cual los niños estarán facultados para quejarse de las violaciones de sus derechos humanos a un organismo internacional, desde ahora, "Los niños ahora podrán unirse a las filas de otros titulares de derechos que están facultados para presentar sus quejas sobre violaciones de derechos humanos ante un organismo internacional", señaló Navi Pillay, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

En esa línea, el “Comité de los derechos del niño, órgano compuesto por 18 expertos independientes, supervisa la aplicación de la Convención sobre los derechos del niño por los estados parte y además publica su interpretación del contenido de las disposiciones sobre derechos humanos en forma de observaciones generales sobre cuestiones temáticas y celebra días de debate general”. (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, s/f) a la fecha se han adoptado 17 observaciones;

Cuadro No. 8 Principales Observaciones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño.

OBSERVACIÓN	TEMÁTICA	FUNDAMENTO
		<ul style="list-style-type: none"> ▪ “Es fundamental hacer que toda la legislación interna sea plenamente compatible con la Convención, pues se tiene por finalidad promover el pleno disfrute de todos los derechos reconocidos en la Convención por todos los niños, mediante la promulgación de disposiciones

<p><i>Observación General No.5 CRC/GC/2003/5, noviembre de 2003</i></p>	<p><i>“Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte del Estado de acuerdo al art. 4 de la CDN”.</i></p>	<p>legislativas, establecimiento de órganos de coordinación y supervisión”. (Párr. 9)</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ “Esos cambios, aunque algunos de ellos pueden parecer superficiales en gran parte, indican, al menos, que ha cambiado la percepción que se tiene del lugar del niño en la sociedad, que se está dispuesto a dar mayor prioridad política a los niños”. (Párr. 10)
<p><i>Observación General No.7 CRC/C/GC/7, noviembre de 2005</i></p>	<p><i>“Realización de los derechos del niño en la primera infancia (desde el nacimiento hasta los 8 años)”</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ “Los niños pequeños son portadores de derechos. Tienen derecho a medidas especiales de protección y, de conformidad de sus capacidades en evolución, al ejercicio progresivo de sus derechos”. (Párr. 3) ▪ “La Convención exige que los niños, en particular los niños muy pequeños, sean respetados como personas por derecho propio. Los niños pequeños deben considerarse miembros activos de las familias, comunidades y sociedades, con sus propias inquietudes, intereses y puntos de vista”. (Párr. 5) ▪ En cuanto al ISN: <ul style="list-style-type: none"> “a) Todas las decisiones adoptadas en relación con la atención, educación, etc., del niño deben tener en cuenta el principio de interés superior del niño, en particular las decisiones que adopten los padres, profesionales y otras personas responsables de los niños. Se apremia a los Estados Partes a que establezcan disposiciones para que los niños pequeños, en todos los procesos legales, sean representados independientemente por alguien que actúe en interés del niño, y a que se escuche a los niños en todos los casos en los que sean capaces de expresar sus opiniones o preferencias”. “b) Interés superior de los niños pequeños como grupo o colectivo. Toda innovación de la legislación y las políticas, decisión administrativa y judicial y provisión de servicios que afecten a los niños deben tener en cuenta el principio del interés superior del niño. Ello incluye las medidas que afecten directamente a los niños (por ejemplo, en relación con los servicios de atención de la salud, sistemas de guarda o escuelas), así como aquellas que repercutan indirectamente en los niños pequeños (por ejemplo, en relación con el medio ambiente, la vivienda o el transporte)”. (Párr.13)
<p>Observación General No.12 CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009</p>	<p><i>“El derecho del niño a ser escuchado y expresar su opinión de acuerdo al art. 12 de la CDN”</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ “El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención”. (Párr. 2). ▪ “El artículo 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño”. (Párr. 15). ▪ “No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños”. (Párr. 34)

		<ul style="list-style-type: none"> ▪ “La familia en que los niños pueden expresar libremente sus opiniones y ser tomados en serio desde las edades más tempranas supone un importante modelo y una preparación para que el niño ejerza el derecho a ser escuchado en el conjunto de la sociedad”. (Párr. 90)
<p>Observación General No.13 CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011</p>	<p><i>“Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ “El concepto de dignidad exige que cada niño sea reconocido, respetado y protegido como titular de derechos y como ser humano único y valioso con su personalidad propia, sus necesidades específicas, sus intereses y su privacidad”. (Párr. 3.c) ▪ “Se entiende por descuido no atender las necesidades físicas y psicológicas del niño, no protegerlo del peligro y no proporcionarle servicios médicos, de inscripción del nacimiento y de otro tipo cuando las personas responsables de su atención tienen los medios, el conocimiento y el acceso a los servicios necesarios para ello. El concepto incluye el descuido físico, psicológico, de salud física, educativo y abandono”. (Párr. 20). ▪ “El concepto de violencia mental, comprendido en la expresión “perjuicio o abuso ... mental”, del artículo 19, párrafo 1 de la Convención, se describe a menudo como maltrato psicológico, abuso mental, agresión verbal y maltrato o descuido emocional” (Párr. 21). ▪ “La violencia física. Puede ser mortal y no mortal. En opinión del Comité, la violencia física incluye a) Todos los castigos corporales y todas las demás formas de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y b) La intimidación física y las novatadas por parte de adultos o de otros niños”. (Párr. 22). ▪ “El Comité afirma categóricamente que la protección del niño debe empezar por la prevención activa de todas las formas de violencia, y su prohibición explícita. Los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para que los adultos responsables de cuidar, orientar y criar a los niños respeten y protejan los derechos de estos”. (Párr. 46)
<p>Observación General No.14 CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013</p>	<p><i>“Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ “El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”. (Párr. 4). ▪ “Todos los Estados partes deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, y tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivos este derecho”. (Párr. 13). ▪ “El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y

		<p>aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención”. (Párr. 32).</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ “La consideración del interés superior del niño como algo “primordial” requiere tomar conciencia de la importancia que deben tener sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias, pero sobre todo cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los niños de que se trate”. (Párr. 40). ▪ “La evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños”. (Párr. 48)
--	--	---

Fuente. Elaboración propia sobre las Observaciones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño.

Sin duda, es la Observación Nro. 14 - CRC/C/GC/14 de fecha 29 de mayo de 2013, que precisa que el Interés Superior del Niño debe ser entendido como un triple concepto:³²

- a) “**Un derecho sustantivo:** el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para adoptar una decisión que afecte a un niño”. (Párr. 6.a)
- b) “**Un principio jurídico interpretativo fundamental:** si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”. (Párr. 6.b)
- c) “**Una norma de procedimiento:** siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o niños. Los Estados partes deberán

³² NACIONES UNIDAS. “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013), dicha observación también señala que el ISN es flexible y adaptable y que debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. Comité de los Derechos del Niño”. Convención sobre los Derechos del Niño. Observación general Nº 14 (2013)

explicar cómo es que se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones generales o de casos concretos”. (Párr. 6.c)

En todos los casos sobre parentalidad, así como adoptar alguna decisión judicial respecto a un menor o plantear desde el Estado alguna política pública o establecer legislaciones en materia civil, de familia o penal, etc., que involucre a menores (niños y adolescentes) debe determinarse el ISN como un eje transversal a cualquier decisión adoptada por parte de los particulares y del Estado.

En este sentido el “Comité de los Derechos del Niño” ha señalado algunos elementos que han de tenerse en cuenta al evaluar el ISN. En esa medida, los Tribunales que resuelvan sobre la parentalidad de menores por parte de algún padre/madre heterosexual u homosexual debe determinar de manera idónea el Interés Superior de los niños.

Cuadro No. 9 Elementos y garantías que determinan el Interés Superior del Niño a partir de la Observación General No.14 CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

ELEMENTOS PARA DETERMINAR EL ISN	GARANTÍAS PROCESALES PARA LA OBSERVANCIA DEL ISN
<p>A) “La opinión del niño, (El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y Observación General No.12). Si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no conoce a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad de que el niño o los niños participen en la determinación de su Interés superior”. (Párr. 53)</p> <p>B) “La identidad del niño. Los niños no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad al evaluar su interés superior. La identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad”. (Párr. 55)</p> <p>C) “La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones. El término “familia” debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local (art. 5). (Párr. 59). Los motivos económicos no pueden ser una justificación para separar al niño de sus padres. (Párr.61). el Comité considera que las responsabilidades parentales</p>	<p>A) “El derecho del niño a expresar su propia opinión. Un elemento fundamental del proceso es la comunicación con los niños para lograr que participen de manera provechosa en él y determinar su interés superior”. (Párr. 89).</p> <p>B) “La determinación de los hechos. Los hechos y la información pertinentes para un determinado caso deben obtenerse mediante profesionales perfectamente capacitados que reúnan todos los elementos necesarios para la evaluación del interés superior del niño. Entre otras cosas, se pueden mantener entrevistas con personas cercanas al niño, con personas que estén en contacto con el niño a diario y con testigos de determinados incidentes. La información y los datos reunidos deben verificarse y analizarse antes de utilizarlos en la evaluación del interés superior del niño o los niños”. (Párr. 92).</p> <p>C) “La percepción del tiempo, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible. El momento en que se tome la decisión debe corresponder, en la medida de lo posible, con la percepción del niño de cómo puede beneficiarle,</p>

<p>compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño.” (Párr. 67).</p> <p>D) “Cuidado, protección y seguridad del niño. Su objetivo es garantizar el bienestar y desarrollo del niño”. (Párr. 71)</p> <p>E) “Situación de vulnerabilidad, como tener alguna discapacidad, pertenecer a un grupo minoritario, ser refugiado o solicitante de asilo, ser víctima de malos tratos, vivir en la calle, etc. (Párr. 75). Las autoridades y los responsables de la toma de decisiones deben tener en cuenta los diferentes tipos y grados de vulnerabilidad de cada niño, ya que cada niño es único y cada situación debe evaluarse de acuerdo con su condición única”. (Párr. 76).</p> <p>F) “El derecho del niño a la salud, El derecho del niño a la salud (art. 24) y su estado de salud son fundamentales para evaluar el interés superior del niño”. (Párr. 77).</p> <p>G) “El derecho del niño a la educación, El acceso a una educación gratuita de calidad, incluida la educación en la primera infancia, la educación no académica o extraacadémica y las actividades conexas, redundan en el interés superior del niño”. (Párr. 79).</p> <p>H) “Búsqueda de un equilibrio entre los elementos de la evaluación del interés superior, Cabe destacar que la evaluación básica del interés superior es una valoración general de todos los elementos que guarden relación con del interés superior del niño, en la que la importancia de cada elemento se pondera en función de los otros”. (Párr. 80).</p>	<p>y las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos razonables, a medida que el niño se desarrolla y evoluciona su capacidad para expresar su opinión”. (Párr. 93).</p> <p>D) “Los profesionales cualificados, el proceso de evaluación oficial debe llevarse a cabo en un ambiente agradable y seguro por profesionales capacitados, entre otras cosas, en psicología infantil, desarrollo del niño y otras esferas pertinentes del desarrollo humano y social, que hayan trabajado con niños y que examinen la información recibida de manera objetiva. En la medida de lo posible, en la evaluación del interés superior del niño debería participar un equipo multidisciplinario de profesionales”. (Párr. 94).</p> <p>E) “La representación letrada, El niño necesitará representación letrada adecuada cuando los tribunales y órganos equivalentes hayan de evaluar y determinar oficialmente su interés superior”. (Párr. 96).</p> <p>F) “La argumentación jurídica. No basta con afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular”. (Párr.97).</p> <p>G) “Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones. Los Estados deben establecer mecanismos en el marco de sus ordenamientos jurídicos para recurrir o revisar las decisiones concernientes a los niños cuando alguna parezca no ajustarse al procedimiento oportuno de evaluación y determinación del interés superior del niño o los niños”. (Párr. 98).</p> <p>H) “La evaluación del impacto en los derechos del niño. La evaluación del impacto en los derechos del niño puede prever las repercusiones de cualquier proyecto de política, legislación, reglamentación, presupuesto u otra decisión administrativa que afecte a los niños y al disfrute de sus derechos, y debería complementar el seguimiento y la evaluación permanentes del impacto de las medidas en los derechos del niño”. (Párr. 99).</p>
---	---

Fuente. Elaboración propia sobre la base de la Observación General No.14 CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013

2.4.4 El Interés Superior del Niño en el contexto de una familia homoparental

Los estudios presentados en la presente tesis han demostrado que, primero, desde hace poco más de tres décadas se viene estudiando de manera cada vez más científica a través de investigaciones empíricas y estadísticas en el campo de la psicología y las áreas sociales los efectos de la homoparentalidad en la crianza y adopción de niños.

Como bien señaló la Suprema Corte de Justicia de México en la sentencia de 2010 sobre el derecho a las parejas del mismo sexo a adoptar, “la heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad – homosexualidad. Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas, así mismo, se ha demostrado que, la homosexualidad no es adquirida a través de hábitos o por convivencia, de la misma forma que la heterosexualidad”.

Por tanto, se puede concluir que una pareja del mismo sexo, no es *per se*, dañina o perjudicial para sus hijos. En la tenencia y adopción de niños en países que cuentan con regulación, se tiene en claro que serán sus atributos personales, así como la capacidad de dotar al niño de las mejores condiciones materiales y espirituales para ser considerado como elegible para adoptar, aplicándose lo mismo con la parentalidad. Los jueces de familia deben guiar su acción sobre criterios objetivos, además de conocer la jurisprudencia internacional vinculante, así como las Opiniones Consultivas pertinentes, y no resolver en base a prejuicios o cuestiones subjetivas que linden más con el escrutinio desproporcionado de la vida privada de los padres o de los adoptantes, desterrando el heteronormativismo que implica que la familia ideal y valorada sea la heterosexual, de modo que solo esta sea pasible de protección jurídica en desmedro de lo que se cree diferente.

En esa línea, cabe recalcar que la Convención sobre los derechos del niño, proscribe la discriminación por alguna circunstancia propia o la de sus ascendientes, vale decir, los niños no pueden ser segregados socialmente por la condición de sus padres (en este caso en particular, por la orientación sexual de los padres); y finalmente, la sociedad juega un papel prioritario en el desarrollo óptimo de un niño, debiendo regirse por los principios de respeto, tolerancia, así como de no discriminación, esquema que debe ser replicado en los colegios, bajo una política educativa inclusiva y por demás respetuosa de toda minoría.

Esto nos lleva a evaluar el ISN desde dos perspectivas, como anota Alves de Faria (2015), la perspectiva legal y social. En cuanto al primer aspecto, en países en los cuales las parejas del

mismo sexo no pueden establecer una relación legal entre ellas, ni con sus hijos (salvo el padre biológico), los derechos y el bienestar de los niños corren el riesgo de verse discriminados y segregados jurídicamente, ya que estos niños enfrentarán desafíos que no les ocurrirían a los niños nacidos y criados en un contexto hetero familiar.

Dado el hecho de que solo uno de la pareja puede ser considerado como padre legal, el otro enfrentará dificultades en la mayoría actividades comunes para criar a un niño, desde ser representante del niño en las reuniones escolares o representante legal en casos de emergencia, además de no ser reconocido por la sociedad y el sistema jurídico como su padre/madre, incluso en el peor de los casos, si su padre o madre biológico/a falleciera, el padre o madre -legalmente no reconocido- no podría ejercer la patria potestad, dejando al niño en la orfandad, caso que se agrava cuando el niño ha sido concebido por las técnicas de reproducción asistida, esto es lo que verdaderamente atenta con el interés superior del niño.

El segundo aspecto es el social, y de hecho existen una serie de investigaciones desde el campo médico, y en especial el de la psicología y sociología, los que han determinado, primero, que la homosexualidad no es ningún trastorno psicológico, y segundo que no existe un estudio científico que determine que la homosexualidad o heterosexualidad de los padres es “contagiada” o necesariamente “asumida” por los hijos.

Respecto a ello, Pennings (2011) señala que los detractores de la homoparentalidad tienen como premisa el “principio precautorio”, es decir, antes de pasar de la situación estándar (parejas heterosexuales) a familias alternativas, se debe asegurar antemano, de que el bienestar del niño en las nuevas familias no se vea amenazado. Estas familias no deberían de criar niños, siempre y cuando no se haya demostrado de manera concluyente que estas familias son equivalentes a las familias heterosexuales. El uso de este principio es notable por dos razones: primero, transfiere la carga de la prueba a las personas que conforman estructuras familiares alternativas o diversas, puesto que tienen que demostrar su idoneidad como padres antes de tener el derecho a serlo, las familias homoparentales tienen que demostrar que su tipo de familia es consistente con el interés superior del niño antes que sean elegibles para tener hijos, sin embargo, la única forma en que podrían demostrar esto es teniendo hijos, hecho que -según este principio- esta proscrito.

CAPÍTULO III

JURISPRUDENCIA RESPECTO AL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS DE PERSONAS LGBTI Y DE PAREJAS DEL MISMO SEXO EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Ante las violaciones a los derechos de las personas LGBTI, éstos han recurrido a instancias judiciales nacionales, las cuales les han negado el goce de sus derechos con argumentos prejuiciosos, siendo las instancias supranacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos los que han interpretado progresivamente sus diferentes Cartas de Derechos Humanos, a fin de proscribir casos de discriminación histórica. Por ello, se analizarán las jurisprudencias más relevantes y las que marcaron un hito en el desarrollo jurisprudencial de las Cortes, además del accionar legislativo de los Estados condenados.

3.1. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Ante el Tribunal Europeo, el caso que permitió el desarrollo consecutivo de jurisprudencia en relación a los derechos de las minorías sexuales, fue el caso *Dudgeon c. Reino Unido* en el año 1981, poniéndose en el debate jurídico la criminalización de la conducta homosexual, entre adultos con consentimiento en lugares públicos y privados, en los códigos penales de varios de los estados europeos, normativa que el Tribunal consideró invasiva y de injerencia arbitraria en la vida privada (que incluye vida sexual), fundamentalmente de hombres gay, así como desproporcional al fin que se persigue (protección de la moral).

Aquello dio pie para el pronunciamiento de la Corte en contra de las leyes que prohibían actos gays en las instituciones militares, caso *Smith y Grady c. Reino Unido* (1999). Esto puede denominarse como la primera etapa de pronunciamientos del TEDH en relación a los derechos LGBT.

Posteriormente, los casos a evaluarse fueron las relaciones familiares, las cuales incluían la adopción de niños por solteros/as gay, lesbianas o trans, o como adoptantes de los hijos biológicos de sus parejas, por ejemplo, *X, YZ c. Reino Unido* (1997), *Frette c. Francia* (2002), *X y otros c. Austria* (2013) o *E. B. c. Francia* (2018). El TEDH determinó que las relaciones entre personas del mismo sexo que conviven establemente, pueden concebirse como “vida

familiar” y por ende encontrar protección en el artículo 8 del Convenio. *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* (1999), fue el primer caso en el que el TEDH vincula la homosexualidad, la parentalidad de un hijo, la vida familiar y el trato discriminatorio, esto corresponde a un segundo periodo de pronunciamientos del TEDH que abarcan los derechos no solo a la vida privada, sino a los derechos familiares y de adopción o parentalidad de niños.

Finalmente, la tercera etapa de pronunciamientos del TEDH, constituyen las sentencias que abordan la sucesión de contratos de arrendamiento entre parejas del mismo sexo, el derecho a la pensión de la pareja supérstite del mismo sexo y el matrimonio igualitario, incluyendo un pronunciamiento sobre el matrimonio de los transexuales.

A continuación, se presenta el detalle de los casos que se desarrollarán.

Cuadro No. 10 Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos

CORTE	DERECHO	SENTENCIA
TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	Despenalización de la homosexualidad/Protección de la vida privada	<i>Dudgeon c. Reino Unido.</i> Aplicación 7525/796 22 de octubre de 1981.
		<i>Norris c. Irlanda (Aplicación no. 10581/83)</i> 26 de octubre de 1988
		<i>Modinos c. Chipre</i> Aplicación no. 15070/89 22 de abril de 1993
		<i>Laskey, Jaggard y Brown c. Reino Unido. Aplicación no. 21627/93; 21628/93; 21974/93</i> 19 de febrero de 1997
	Homosexualidad y relaciones familiares	<i>X, Y Z c. Reino Unido</i> Aplicación no. 21830/93 22 de abril de 1997
		<i>Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal</i> Aplicación no. 33290/96 21 de diciembre de 1999
		<i>Frette c. Francia</i> Aplicación no. 36515/97 26 de febrero de 2002
		<i>X y otros c. Austria</i> Aplicación no. 19010/07 19 de febrero de 2013
		<i>E. B. c. Francia</i> Aplicación no. 43546/02 22 de enero de 2018
		<i>Christine Goodwing c. Reino Unido</i> Aplicación no. 28957/95 11 de julio de 2002
<i>Karner c. Austria</i> Aplicación no. 40016/98		

Matrimonio igualitario	<i>24 de octubre de 2003</i>
	<i>Kozak c. Polonia Aplicación no. 13102/02 2 de junio de 2010</i>
	<i>Shalk y Kopf c. Austria Aplicación no. 30141/04 22 de noviembre de 2010</i>
	<i>Oliari y otros c. Italia Aplicaciones nos. 18766/11 y 36030/11 21 de octubre de 2015</i>
	<i>Aldeguer Tomás c. España Aplicación nº 35214/09 14 de junio de 2016</i>
	<i>Charpentier c. Francia Aplicación no. 40183/07 09 de setiembre de 2016</i>

Fuente: Elaboración propia.

CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	
ARTÍCULO 8 Derecho al respeto a la vida privada y familiar:	ARTÍCULO 14 Prohibición de discriminación
<p><i>“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.</i></p> <p><i>2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.</i></p>	<p><i>“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.</i></p>

3.1.1. “Dudgeon c. Reino Unido. Aplicación 7525/796, sentencia del 22 de octubre de 1981”

DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

Este caso se originó en una demanda contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ante la Comisión Europea de Derechos Humanos (“Comisión”), el 22 de mayo 1976. Mediante resolución de 03 de marzo de 1978, la Comisión declaró admisible la queja del demandante respecto al derecho en vigor en Irlanda del Norte que prohibía actos homosexuales o la tentativa de dichos actos entre varones. En su informe emitido el 13 de marzo de 1980, la Comisión manifestó “La prohibición legal de actos homosexuales privados entre adultos varones de veintiún años de edad o más, implica la violación del derecho del demandante a su vida privada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

El hecho puntual, fue que el señor Jeffrey Dudgeon homosexual, (35) años, con residencia en Irlanda del Norte, interpone su demanda contra Irlanda del Norte por la existencia de leyes que prescriben como

delitos penales, actos homosexuales consentidos entre personas adultas de sexo masculino (Ley de delitos contra las personas de 1861 y la modificada por la ley de delitos de 1885. Los artículos 61° y 62° de la *Ley de 1861*, señalaban que cometer o intentar cometer sodomía constituye delito punible con penas máximas de prisión perpetua o de diez años de prisión respectivamente. Por otro lado, el artículo 11 de la *Ley de 1885*, señala que constituye delito castigable con un máximo de prisión de dos años para cualquier varón que cometa actos de «burda indecencia» con otro hombre en espacios públicos o en privado.

El 21 de enero de 1976, la policía acudió al domicilio del señor Dudgeon para cumplimentar un mandamiento emitido de acuerdo con la "*Misuse of Drugs Act 1971*", sobre abuso de drogas. Durante el registro del domicilio se encontró cannabis, además de documentos personales pertenecientes al demandante que incluían correspondencia y un diario en los cuales se describían actividades homosexuales. Como consecuencia de ello se le solicitó que acudiera a una delegación policial, donde fue interrogado sobre su vida sexual en función de dichos documentos. La investigación policial fue enviada al director del Departamento de Acción Pública, a efectos de entablar el correspondiente proceso penal, ante la existencia del delito de burda indecencia entre varones. El director resolvió señalando que no había interés público en la persecución de dicho delito. El señor Dudgeon fue informado de ello, devolviéndosele sus documentos privados en febrero de 1977. Debido a esto, el señor Dudgeon demanda al Estado ante la Comisión Europea de Derechos Humanos³³, por la vulneración del artículo 8 del CEDH en relación al art. 14 del mismo Convenio.

Posición de las partes intervinientes en el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Derechos vulnerados	Argumentos del demandante	Argumentos del Estado
<p><i>Vulneración al Art. 8 del CEDH</i></p> <p><i>Derecho al respeto a la vida privada y familiar</i></p>	<p>De acuerdo con el derecho vigente en Irlanda del Norte, el demandante es susceptible de ser perseguido penalmente debido a su conducta homosexual y que ello entraña miedo, sufrimiento y perturbaciones psicológicas causadas directamente por la mera existencia de las leyes en cuestión, incluyendo el temor de hostigamiento y chantaje. Se queja además que, a consecuencia del registro de su casa en enero de 1976, se le interrogó por la policía sobre determinadas actividades homosexuales y que sus documentos personales fueron sustraídos durante el registro y no le</p>	<p>El Estado señaló lo siguiente: «1) Respecto al artículo 8: Que el Tribunal fallase y declarase que el derecho vigente en Irlanda del Norte sobre los actos homosexuales no implica una violación del artículo 8 de la Convención, en la medida que dichas leyes son necesarias en una sociedad democrática para la protección de la moral y de los derechos de los demás, de acuerdo con lo previsto en el párrafo 2 del artículo 8.</p> <p>Los Tribunales nacionales no impondrían jamás la pena máxima para los delitos prescritos en las legislaciones de 1861 y 1885 cometidos con el libre</p>

³³ Originalmente el Convenio Europeo de Derechos Humanos ostentaba dos órganos, la Comisión Europea de Derechos Humanos (1954) y el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (1959), órganos que fueron sustituidos por un tribunal permanente, a través del Protocolo de Enmienda No. 11 en vigor desde 1988, siendo el único órgano jurisdiccional de control, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Con esta modificación, el individuo estaba habilitado para demandar directamente la vulneración de cualquier de sus derechos reconocidos en el CEDH, ante el TEDH. Antes, "La Comisión Europea de Derechos Humanos, a la que tenía acceso el sujeto individual si se aceptaba por el Estado en causa la cláusula facultativa del artículo 25 CEDH y cuya doble función era decidir sobre la admisión y la elaboración de un informe secreto sobre la violación alegada; por otro lado, el TEDH, al que tenía acceso únicamente la ComEDH y los Estados interesados, expide las sentencias que son obligatorias para todos los estados parte". (Alvarez-Ossorio, 1999,p.136). En Alvarez-Ossorio, F. (1999). Perfecciones e imperfecciones en el protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros comentarios a propósito de su entrada en vigor (I-XI-1998). *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 19. Núm. 56. Mayo-Agosto 1999.

<i>Vulneración del Art. 14 del CEDH</i>	fueron devueltos sino un año después. Alegaba, además que, en clara violación del artículo 8 de la Convención, sufría y continúa sufriendo injerencias injustificadas en su derecho “al respeto a la vida privada”.	consentimiento de las partes, sea en privado o en público, Más aún, incluso cuando se es susceptible de una pena no determinada en cuanto a su límite, el sujeto acusado de tentativa del delito de burda indecencia, no recibiría nunca en la práctica sentencia mayor que si el delito hubiese sido realmente cometido; por lo general, la pena sería ostensiblemente menor. En todos los casos de delitos sexuales, la pena impuesta en la realidad variará en función de las circunstancias particulares del supuesto. (Párr.31).
<i>Prohibición de discriminación</i>	La edad de consentimiento para las relaciones sexuales masculinas debía ser la misma que para las relaciones heterosexuales, esto es, diecisiete años, de acuerdo con el derecho vigente de Irlanda del Norte.	Respecto al artículo 14, en relación sistemática con el artículo 8, el Estado solicita que el TEDH falle y declare que los hechos no acreditan la vulneración del artículo 14, interpretado sistemáticamente con el artículo 8 de la Convención. (Párr.36).
	Respecto a las relaciones heterosexuales, hasta 1950 la edad de consentimiento de una mujer para permitir relaciones sexuales era de dieciséis años, tanto en Inglaterra como en Gales e Irlanda del Norte, pero mediante la legislación aprobada en ese año, la edad de consentimiento se elevó a diecisiete años para Irlanda del Norte. (Párr. 15).	

Análisis, fundamentación y resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- Si bien, no es la homosexualidad en sí lo que se prohíbe, sino los actos concretos de burda indecencia entre varones y la sodomía (véase párrafo 14), no hay duda alguna que las prácticas homosexuales entre varones cuya prohibición es el objeto de la queja del demandante, se encuentran dentro del ámbito de delitos perseguibles por la legislación impugnada. [...] Más aún: los delitos son igualmente penalizados tanto si se efectúan en público como en privado, independientemente de la edad y de la relación que medie entre los participantes en ellos, y sin tener en cuenta si los que lo efectúan lo consienten libremente o no. (Párr. 39).
- El Tribunal no encuentra razones para discrepar de los puntos de vista de la Comisión: la vigencia de la normativa impugnada configura una intromisión perenne en el derecho del demandante al respeto de su vida privada (que incluye su vida sexual) en los términos del artículo 8.1. del Convenio. De acuerdo a las características propias del demandante, la mera existencia de esta normativa afecta dramáticamente su vida privada [...] o bien respeta la ley y se abstiene de llevar a cabo actos sexuales prohibidos -aun en privado y con un compañero masculino que los consienta, o bien realiza dichos actos y se convierte entonces en un sujeto susceptible de sufrir persecución penal. Entonces, no puede decirse que la Ley en cuestión sea letra muerta en este ámbito. Se aplicaba, y todavía se aplica para perseguir a personas implicadas en actividades homosexuales consensuales en privado en que intervengan varones menores de veintiún años (Párr. 41).

La cuestión siguiente que se plantea el TEDH, después de señalar que este tipo de leyes afectan la vida privada del demandante, es determinar la existencia de una justificación suficiente para tal injerencia y si esta tiene como fin la «protección de la moral» o «la protección de los derechos y libertades de los demás». Ante ello, El TEDH concluye, que lo que se pretende proteger y salvaguardar es la moral de todo un pueblo, pues el gobierno tomó en cuenta las opiniones de estos, que eran contrarias a la homosexualidad, para proseguir con un cambio de legislación que despenalice las relaciones homosexuales, así como el argumento de la necesidad de algún tipo de legislación «necesaria» para proteger el *ethos* moral de la sociedad en su conjunto (Párr. 49). Todo ello, ¿acaso serían razones suficientes para tal injerencia en la vida privada sexual de una persona? El TEDH, considera que el argumento del Estado, sobre la no existencia de persecución penal del delito de actos homosexuales desde hace mucho tiempo atrás, no obstante, no hay prueba que acredite que el homosexualismo ha sido ofensivo a los estándares morales de la sociedad norirlandesa, así como tampoco existe una certeza que se está obrando contra el interés de grupos vulnerables que se intenta proteger, como son los jóvenes.

Ahora, respecto a la proporcionalidad de la medida, el Tribunal señala expresamente que “Aunque existen sujetos de la sociedad que pueden ser impactados por la homosexualidad considerada como algo inmoral por la comisión de actos homosexuales privados, esto no puede por sí mismo justificar la aplicación de sanciones penales cuando son adultos que lo consienten libremente y son los únicos implicados.” (Párr.60). por tanto, las razones, si bien son considerables, no son suficientes para mantener en vigencia leyes que criminalicen actos homosexuales, siendo estos desproporcionales de acuerdo al fin perseguido. Finalmente, en relación a la disminución de edad para que exista el consentimiento de relaciones íntimas entre personas del mismo sexo, el TEDH es claro al señalar que, establecer la edad es competencia exclusiva de los estados.

Por tanto, el TEDH: 1. Declara por 15 votos contra 4, que existe violación del artículo 8 del Convenio y 2. Declara por 14 votos contra 5 que no es necesario entrar en el examen del caso en función del artículo 14, interpretado sistemáticamente con el artículo 8.

3.1.2. “Norris c. Irlanda (Aplicación no. 10581/83) 26 de octubre de 1988”

DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

El señor David Norris, es un ciudadano irlandés nacido en 1944, profesor de inglés en el Trinity College, y ocupaba un escaño en la Segunda Cámara del Parlamento irlandés, es gay, y fundador de *Irish Gay Rights Movement*. Norris participó en una entrevista en la televisión en 1975, en la cual el demandante reconoció que era homosexual, pero negó que esto fuera una enfermedad o que le impidiera portarse como un miembro “normal” de la sociedad. Poco después se presentó una querrela contra la emisión conforme a la legislación vigente que consideraba las relaciones homosexuales como delito, estimándose la querrela, bajo el argumento que el programa había violado el Código de los usos de la radiotelevisión en las cuestiones públicas y de actualidad, puesto que se podía interpretar como una apología de las relaciones homosexuales. Cabe indicar que el señor Norris, nunca fue denunciado.

Las normas impugnadas fueron los artículos 61 y 62 de la Ley de 1861 sobre los delitos contra las personas (*Offences against the Person Act*), y el art. 11 de la Ley de 1885 «*Criminal Law Amendment Act*»³⁴. De los textos legales impugnados, sólo la Ley de 1885 está dedicada totalmente a las actividades homosexuales. El texto de la norma es «*El varón que, en público o en privado, comete un acto deshonesto grave con otra persona del mismo sexo, participa en su perpetración o media o intenta servir de intermediario para dicho delito, será culpable del mismo y, una vez convicto, castigado a juicio del Tribunal, con la pena de hasta dos años de prisión, acompañada o no de trabajos forzados*». Esta última norma se considera vulneratoria del art. 8 del CEDH por ser una injerencia indebida a la vida privada y sexual.

Siendo Admitida La demanda por la Comisión El 16 de mayo de 1985. En su informe de 12 de marzo de 1987, la Comisión llegó a la conclusión, por seis votos contra cinco, la vulneración del artículo 8° del CEDH.

Posición de las partes intervinientes en el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Derecho vulnerado	Argumentos del demandante y/o Comisión	Argumentos del Estado
	<p>La legislación penal vigente en Irlanda, le exponía a ser acusado penalmente. Por consiguiente, sufrió y continuaba sufriendo un ataque injustificado a su derecho al respeto de su vida privada, con violación del artículo 8° del Convenio.</p> <p>Entiende la Comisión que dichas leyes suponen una injerencia en el ejercicio del derecho del demandante al respeto de su vida privada, garantizado por el art. 8.1 del Convenio, en tanto en cuanto prohíben los actos homosexuales en cuestión, incluso cuando se realizan en</p>	<p>El demandante no es "víctima", en el sentido del artículo 25.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y que, por consiguiente, no se ha violado el Convenio en el caso de autos. La Comisión podrá conocer una demanda interpuesta por cualquier persona que se considere víctima de una violación de los derechos que ha reconocido el Convenio, hecho que no se producen en el presente caso.</p> <p>La legislación impugnada nunca se ha aplicado al demandante, su reclamación tiene más bien la naturaleza de una <i>actio populares</i> en la que se pretende revisar in abstracto dicha normativa.</p>

³⁴ El caso se llevó ante los Tribunales nacionales, en noviembre de 1977, solicitando la expulsión de las leyes impugnadas por no estar de acorde a la Constitución. La resolución fue, que «el Convenio es un acuerdo internacional que no forma ni puede formar parte del Derecho interno de Irlanda, ni afectar a ninguna de las cuestiones que en él se plantean». Y añadió que «esto resulta claramente del artículo 29.6 de la Constitución, redactado como sigue: Un acuerdo internacional sólo formará parte del Derecho interno del Estado si así lo decide el Parlamento». Además, entre otros argumentos se precisó que, la homosexualidad se ha condenado siempre como inmoral por la doctrina cristiana; y la sociedad, por su parte, la ha considerado desde hace muchos siglos como un delito contra natura y muy grave y que en otros países, el comportamiento homosexual masculino ha propagado las enfermedades venéreas en todas sus clases, lo que plantea un problema sanitario importante en Inglaterra.

**Derecho a
la vida
íntima
Art. 8º
CEDH**

privado entre varones adultos que consienten en ellos.

El demandante señaló que esta tensión le obligó a someterse a tratamiento psiquiátrico. Teme continuamente que se promuevan actuaciones penales en su contra, teniendo en cuenta la absoluta prohibición de cualquier actividad homosexual, y la falta de una política clara por parte del «Director of Public Prosecutions» de no acusar en esta materia.

Las leyes irlandesas en vigor sobre los actos homosexuales no violan el artículo 8 del Convenio, puesto que son necesarias en una sociedad democrática para la protección de la moral y de los derechos ajenos.

El demandante ha podido llevar una vida pública y privada libre de cualquier injerencia del Estado o de sus funcionarios. La mera existencia de leyes que sancionan penalmente algunos actos homosexuales no afecta a los derechos fundamentales del demandante.

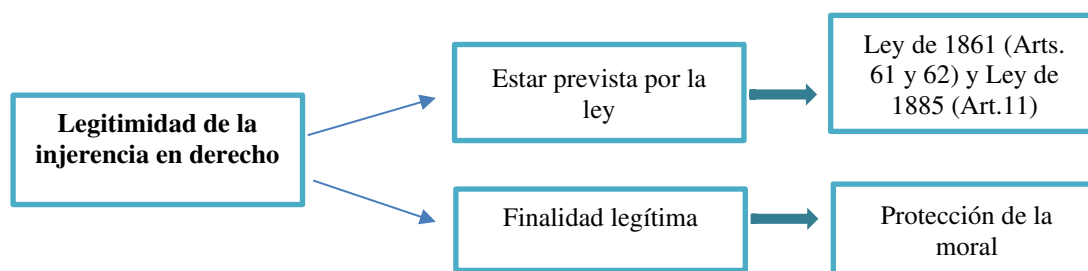
Mientras exista la exigencia social imperiosa, la proporcionalidad es un criterio válido para apreciar las limitaciones impuestas en interés de la seguridad nacional de la seguridad pública o de la salud y para la protección de la moral.

Análisis, fundamentación y resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

Este caso, resulta particular y a diferencia de su antecesor, *Dudgeon*, el señor Norris, no habría sido en estricto víctima, toda vez que contra él no se había dirigido ninguna acción penal, ello fue el argumento más importante del Estado. El TEDH, resolvió lo siguiente,

- [...] Se deduce de las estadísticas facilitadas por el Gobierno que, durante el período considerado no se han promovido actuaciones judiciales sobre relaciones homosexuales, salvo cuando estaban implicados menores o se trata de actos cometidos en público o sin consentimiento. (Párr.20).
- Entiende el Tribunal que el señor Norris se encuentra sustancialmente en la misma situación en que estaba el demandante en el caso *Dudgeon*, el cual se refería a una legislación idéntica en vigor en Irlanda del Norte. Como se precisaba en aquella Sentencia, «o respetaba la ley y se abstenía de realizar -incluso en privado y con varones que prestaran a ello- a actos prohibidos a los que le llevaban sus inclinaciones homosexuales, o si los cometía se exponía a ser acusado penalmente». [...] (Párr.32)
- Se supone que en la actualidad el demandante apenas corre el peligro de ser acusado. Sin embargo, las autoridades competentes no han establecido expresamente la política de derogar esta la ley, y una ley no derogada, aunque no se haya aplicado durante mucho tiempo en determinada clase de casos, puede aplicarse a ellos en cualquier momento, por ejemplo, con motivo de un cambio de política. Se puede decir, por tanto, que el demandante «se arriesga a sufrir directamente los efectos de la legislación impugnada» (Párr.33).

El TEDH, bajo el argumento de la potencialidad de aplicación de la normativa que criminaliza los actos homosexuales, mientras esta no sea derogada y forme parte del corpus iuris norirlandés, convierte al señor Norris en una víctima, pues si bien no ha existido un proceso penal en su contra, esto no es óbice para que en un futuro pueda ser denunciado, más allá de los perjuicios sentimentales y psicológicos que la -ahora- víctima padece. Por otro lado, el pronunciamiento del TEDH en relación a la vulneración del art. 8º del CEDH, fue idéntico al caso *Dudgeon*, puesto que el Tribunal ratificó que la legislación impugnada, al mantenerse en vigor supone una intervención permanente en el derecho a la vida privada del demandante.



Del cuadro precedente se tiene que se cumplen con los dos primeros supuestos para que la injerencia en el derecho sea legítima, sin embargo, la interrogante es sobre la necesidad de esta norma en una *sociedad democrática*, y que esta sea proporcional de acuerdo al fin que se persigue. Por consiguiente, si bien los Estados tienen un “margen de apreciación amplio” para efectos de determinar la moral de su sociedad, esto no quiere decir que este margen sea ilimitado. Es en este tipo de controversias, que el Tribunal interviene para garantizar que se respeten los derechos conforme al CEDH. Por tanto, si el gobierno tiene como finalidad legítima la protección de la moral de su sociedad debe ofrecer razones imperiosas para tal injerencia, en el presente caso, el Estado no ha ofrecido argumentos suficientes, sino parecidos a los del caso *Dudgeon*, no resultando ello convincente para el Tribunal que considera que es imposible valorar que una «necesidad social imperiosa», exija que se castiguen actos homosexuales como delitos. En consecuencia, el Tribunal falla, por ocho votos contra seis, que el demandante puede considerarse víctima en el sentido del artículo 25 del Convenio; y falla, por ocho votos contra seis, que se ha violado el artículo 8 del Convenio.

3.1.3 “*Modinos c. Chipre. Aplicación no. 15070/89, sentencia del 22 de abril de 1993*”

DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

Alecos Modinos, ciudadano chipriota y homosexual, se encontraba en una relación sentimental con otro hombre y además era presidente del "Movimiento de Liberación de Homosexuales de Chipre", formula su denuncia el 22 de mayo de 1989 ante la Comisión EDH, sobre la normativa contenidas en los artículos 171, 172 y 173 del Código Penal de Chipre, que dispone lo siguiente:

“171. Cualquier persona que: (a) tenga encuentro carnal con cualquier persona en contra del orden de la naturaleza; o (b) permita que un hombre tenga encuentro carnal con él, contra el orden de la naturaleza, es culpable de un delito felonía y es susceptible de prisión por cinco años.

172. Toda persona que con violencia cometa cualquiera de los delitos especificados en la Sección anterior es culpable de un delito grave y puede ser condenada durante catorce años.

173. Toda persona que intente cometer cualquiera de los delitos especificados en el artículo 171 es culpable de grave delito y puede ser condenada por tres años, y si la tentativa va acompañada de violencia, puede ser condenado a siete años.”

El demandante señala que esta normativa va en contra de la Constitución Chipriota y del artículo 8° del CEDH. El 6 de diciembre de 1990 la Comisión declaró la admisibilidad del caso, señalando la violación del art. 8° del CEDH, remitiendo el caso al TEDH.

Posición de las partes intervinientes en el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Derecho vulnerado	Argumentos del demandante	Argumentos del Estado
<p>Derecho a la vida privada Art. 8° CEDH</p>	<p>El mantenimiento en vigor de las disposiciones del Código Penal chipriota que criminalizan las relaciones entre homosexuales “constituye una injerencia injustificada en su derecho a la vida privada en virtud del artículo 8° del Convenio”. (Párr.16).</p> <p>Afirma que sufre gran tensión y temor de ser procesado por las disposiciones legales que criminalizan ciertos actos homosexuales.</p> <p>El señor Modinos, no estuvo de acuerdo con las declaraciones de funcionarios del Estado que, oponiéndose a la modificación de la ley, habían reconocido implícitamente su validez, aduciendo que como la ley no se aplicaba, no era necesario derogarla.</p> <p>La política del Fiscal General de no enjuiciar, podría cambiar en cualquier momento y cualquier particular podría enjuiciar al demandante por los actos prescritos en la legislación impugnada. Por lo tanto, nada le garantiza que no sea procesado. (Párr. 18°).</p>	<p>Ni el solicitante ni ninguna otra persona en su situación (homosexual) podía ser procesado legalmente en virtud de los artículos 171, 172 y 173 del Código Penal chipriota, ya que, en la medida en que estas disposiciones se referían a las relaciones homosexuales entre varones, en privado y consentidas, están en conflicto con el artículo 15 de la Constitución chipriota y el artículo 8 del Convenio.</p> <p>En este sentido, la prohibición de tales relaciones ya no está en vigor. Además, desde 1981, el Fiscal General, que tiene competencia exclusiva para incoar y suspender un procedimiento penal, no ha iniciado ni a permitido un enjuiciamiento por dicha conducta homosexual. Por consiguiente, al no haber riesgo de enjuiciamiento, no hay injerencia en los derechos del demandante en virtud del artículo 8 del Convenio. (Párr.17).</p>

Análisis, fundamentación y resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

La presente jurisprudencia, es un caso análogo al caso *Morris c. Irlanda*, por ello se puede observar que el Estado no cuestiona el carácter de víctima del señor Modinos. A continuación, los siguientes que fundamentan la decisión del Tribunal;

- Si bien es cierto después de la sentencia *Dudgeon*, el Fiscal General de Chipre, quien tiene la facultad de incoar o suspender los procedimientos judiciales de interés público, ha mantenido una política coherente de no incoar procedimiento penal en relación con la conducta homosexual privada sobre la base de que la ley pertinente es letra muerta. No obstante, es evidente que esta política no garantiza en un futuro, que el Fiscal General no adopte medidas para hacer cumplir la ley, en particular si se toman en cuenta opiniones de empleados del gobierno, que parecen sugerir que las disposiciones pertinentes del Código Penal siguen en vigor y que por el hecho que no se apliquen, no era necesaria su derogación. Además, no puede dejarse de tomar en cuenta, que el comportamiento privado del demandante pueda ser objeto de una investigación por parte de la policía o que se intente entablar un proceso privado en su contra, sobre la base de la normativa impugnada. (Párr. 23).
- En este contexto, el Tribunal considera que la existencia de la prohibición afecta de forma continua y directa a la vida privada de la demandante, existiendo una injerencia desproporcionada en su vida privada de acuerdo al fin que se persigue. (Párr.24). Por lo tanto, el Tribunal resuelve por ocho votos a uno, la vulneración del artículo 8 (del Convenio).

3.1.4 “Laskey, Jaggard y Brown c. Reino Unido. Aplicación no. 21627/93; 21628/93; 21974/93 19 de febrero de 1997”

DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

Los señores Laskey, Jaggard y Brown, eran ciudadanos británicos. Los hechos se suscitaron en 1987, en el curso de una investigación rutinaria sobre otros asuntos, momento en el cual, la policía encontró una serie de vídeos (repartidos entre los participantes) que contenían filmaciones de encuentros sado-masoquistas en los que participaron los solicitantes y otros 44 hombres homosexuales, llevados a cabo en cuartos de tortura. Como resultado de ello, los -ahora- demandantes fueron acusados de una serie de delitos, entre ellos provocación de heridas, relacionados con las actividades sado-masoquistas que se habían realizado por un período de diez años. Uno de los cargos involucraba a un acusado que aún no tenía 21 años de edad. (21 era edad de consentimiento para las relaciones homosexuales). Los actos consistieron en maltrato de los genitales, por ejemplo, aplicación de cera caliente, papel de lija, anzuelos de pescado y agujas, además del uso de implementos, incluyendo ortigas, cinturones con púas y un látigo “*cat-o’-nine tails*.” Hubo casos de marcas y de lesiones que dejaron cicatrices, sin embargo, no existió ningún caso de infección, lesión permanente o la necesidad de atención médica.

Dichas actividades fueron consensuadas y se llevaron a cabo en privado, sin otro propósito que el placer sexual. Los demandantes se declararon culpables de los cargos, siendo condenados el 19 de diciembre de 1990, Laskey (4 años y 6 meses), Jaggard (3 años) y Brown (2 años y 9 meses). El Tribunal de Apelaciones redujo sus penas, bajo el argumento que demandantes no habían sido conscientes que sus acciones en la aflicción física tuvieran connotaciones penales, así que se impusieron penas reducidas, Laskey (2 años), Jaggard (6 meses) y Brown (3 meses).

La Ley aplicable, fue el art. 25 de la Ley de Delitos contra la Persona de 1861 que señalaba: “*Quien quiera herir o infligir ilegal y maliciosamente cualquier daño corporal grave a cualquier otra persona, ya sea con o sin ningún arma o instrumento, será condenado con no más de cinco años*”.

Los demandantes denunciaron ante la Comisión el 14 de diciembre de 1992, la vulneración del art. 7° y 8° de la Convención. El 18 de enero de 1995, la Comisión declaró admisibles las solicitudes. En su informe de 26 de octubre de 1995, expresó la opinión, por once votos a siete, de que no se había violado esa disposición (art. 8).

Posición de las partes intervinientes en el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Derecho vulnerado	Argumentos del demandante	Argumentos del Estado
<p><i>Derecho a la vida privada</i> Art. 8° CEDH</p>	<p>Se solicita al Tribunal que examine la posición de cada solicitante de manera individual sobre la base de los hechos acordados y de los cargos que les eran pertinentes.</p> <p>Todos los participantes eran sado-masoquistas adultos; la participación en los actos denunciados estaba cuidadosamente restringida y controlada y se limitaba a las personas con inclinaciones sado-masoquistas afines; estos actos no eran presenciados por el público en general y no había peligro o probabilidad de que alguna vez hubiera testigos; además que no se había causado infección a las heridas y que no se había requerido tratamiento médico.</p> <p>Téngase en cuenta que nunca se presentó ninguna denuncia a la policía, y que la toma de conocimiento de estas actividades realizadas por los solicitantes fue de casualidad. (Párr. 38).</p> <p>Se exhorta el respeto de su vida privada a través de la expresión de su personalidad sexual, garantizada por el artículo 8 del Convenio (art. 8).</p> <p>La condena de pena privativa de la libertad impuesta por el Juzgado era una injerencia indebida a la vida privada, prescrito en el art. 8 del Convenio.</p>	<p>El Gobierno invitó al TEDH a ratificar lo resuelto por la mayoría en la Comisión, en el extremo que, en el presente caso no se había infringido el Convenio.</p> <p>La injerencia perseguía el objetivo legítimo de protección a la salud y de la moral en el sentido del artículo 8, párrafo segundo. (Párr.35).</p> <p>El Estado tiene derecho a castigar actos de violencia, como los que fueron realizados por los solicitantes, que no son insignificantes o transitorios, así se hayan practicado con el consentimiento de la víctima. De hecho, en el presente caso, algunos de estos actos bien podrían compararse con la "tortura genital" y no se puede decir que se puedan tolerar actos de tortura porque se cometen en el contexto de una relación sexual consentida. Además, el Estado tiene derecho a prohibir las actividades debido a su peligro potencial. El Gobierno sostuvo que el derecho penal debería tratar de disuadir ciertas formas de comportamiento por razones de salud pública, pero también por razones morales, como los actos de tortura que deben prohibirse por el hecho de que socavan el respeto que los seres humanos deben conferirse entre sí. (Párr.40).</p>

Análisis, fundamentación y resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- El Tribunal observa que no todas las actividades sexuales realizadas en privado están -necesariamente- comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 8 del Convenio. En el caso de autos, los demandantes participaron en actividades sado-masoquistas consensuadas con el objetivo de obtener gratificación sexual. No cabe duda que la orientación sexual y la actividad sexual se refieren a un aspecto íntimo de la vida privada. [...] Sin embargo, un número considerable de personas participaron en las actividades en cuestión, entre las que se incluyen, la captación de nuevos "miembros", el suministro de

varias cámaras especialmente equipadas y el rodaje de cintas de vídeo que se distribuyeron entre los miembros, hacen que resulte cuestionable si las actividades sexuales de los demandantes estaban comprendidas en el concepto de "vida privada" en las circunstancias particulares del caso. (Párr.36).

Este último argumento (sobre la privacidad de los actos de sado masoquismo de los demandantes), no fue expuesto por el Estado, y el TEDH, no puede actuar de oficio para analizar y determinar si aquellos actos fueron en estricto privado o si existía la potencialidad de ser públicos, el Tribunal supone que fueron una injerencia del Estado; lo que lleva a analizar el siguiente punto, es decir, si esa injerencia tiene un fin legítimo, necesario y proporcional de acuerdo al fin que se pretende cautelar en una sociedad democrática, ante ello el TEDH señala lo siguiente,

- El Tribunal considera que una de las prerrogativas del Estado es regular mediante el derecho penal las actividades que impliquen la aflicción de daños físicos, aún si las actividades en cuestión ocurren en el curso de la conducta sexual. (Párr. 43).
- Lo que el Tribunal observa es que lo que está en juego tiene relación directa, por un lado, con las consideraciones de salud pública y con el efecto disuasorio general del derecho penal y, por otro, con la autonomía personal del particular. (Párr. 44).
- [...] De los hechos acreditados por los órganos jurisdiccionales nacionales se desprende que las actividades sado-masoquistas de las demandantes implicaban un grado significativo de daño o heridas que no podía calificarse de insignificantes o transitorias. Esto basta para distinguir el presente asunto de las solicitudes que anteriormente han sido examinadas por este Tribunal en relación con comportamientos homosexuales consensuados en privado entre adultos en los que no existía tal característica. (Párr. 45).
- En resumen, el Tribunal estima que los funcionarios nacionales consideraron que el enjuiciamiento y la condena de los demandantes eran necesarios en una sociedad democrática para la protección de la salud en el sentido del artículo 8 párr. 2 de la Convención. (Párr.50).

Ante lo señalado, el Tribunal sostiene que no se ha vulnerado artículo 8 del Convenio.

3.1.5. "X, Y y Z c. Reino Unido. Aplicación no. 21830/93, sentencia del 22 de abril de 1997"

DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

Los solicitantes son ciudadanas británicas, residentes en Manchester, Inglaterra. El primer solicitante, "X", nació en 1955 y trabaja como profesor de universidad. "X" es un transexual hombre y convive en unión estable con "Y", (segunda solicitante), una mujer nacida en 1959. La tercera solicitante es "Z" quien nació en 1992 como resultado de una fertilización in vitro por donante. Posteriormente, "Y" dio a luz a un segundo hijo por el mismo método.

"X" nació mujer, sin embargo, desde niña se sintió desarraigada sexualmente y se vio atraída por los roles "masculinos". Esto le causó depresión y estuvo al borde del suicidio en la adolescencia. En 1975, empezó con su tratamiento a base de hormonas y a desempeñar su rol de hombre.

En 1979, comenzó a convivir con "Y" y un año más tarde se sometió a una cirugía de faloplastia, después de haber sido aceptado para el tratamiento y un asesoramiento con una prueba psicológica.

En 1990, la pareja solicitó la inseminación artificial para "Y", siendo denegada en primera instancia, posteriormente fue aceptada, naciendo la niña "Z", asimismo se solicitó que "X" pudiera inscribirse como padre de "Z", conforme a la Ley de fertilidad y Embriología de 1990³⁵, sin embargo, la respuesta del gobierno fue, que sólo un hombre biológico podía ser considerado como padre a los efectos de la inscripción, aunque se señaló que la niña podía llevar legalmente el apellido de "X".

En ese contexto, En noviembre de 1995, el contrato de trabajo de "X" llegó a su fin. Se le aceptó como docente en una universidad en Botswana, las condiciones de servicio incluían alojamiento y educación gratuita para los dependientes del empleado. Sin embargo, "X" decidió no aceptar el trabajo cuando le informaron que sólo los cónyuges y los hijos biológicos o adoptivos se considerarían "dependientes". Este caso llegó a la Comisión el 1 de diciembre de 1994, declarando admisible la denuncia con arreglo a los artículos 8 y 14 del Convenio.

Posición de las partes intervinientes en el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Derecho vulnerado	Argumentos de los demandantes y/o la Comisión EDH	Argumentos del Estado
<p><i>Derecho a la vida privada</i> Art. 8º en relación con el art. 14 del CEDH</p>	<p>Los demandantes denunciaron que, en contra de lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención, se les negó el respeto de su vida familiar y privada al prohibir la inscripción de "X" como padre de "Z", así como la falta de reconocimiento a "Z" de su padre en su certificado de nacimiento, pese a que "X", "Y" y "Z" comparten una vida familiar, por tanto, se ha producido una situación discriminatoria que vulnera conjuntamente el artículo 14, socavando la seguridad de la niña, además de generarle sentimientos de angustia, ante la solicitud de su certificado de nacimiento en la escuela, póliza de seguro o la expedición de un pasaporte, así como tampoco, "Z" tendría la</p>	<p>El concepto de "vida familiar" no se puede aplicar a las relaciones entre "X" e "Y", ya que "X" e "Y" debían ser tratadas como dos mujeres que vivían juntas, porque "X" seguía siendo considerada como mujer en el derecho interno; por otro lado, no se podía reconocer una relación familiar entre "X" y "Z", porque no las unía ningún vínculo de sangre, matrimonio o adopción. (Párr. 34).</p> <p>Si bien no se reconocía la vida familiar de las demandantes, esto no era óbice para que "X" solicite de acuerdo al</p>

³⁵ Human Fertilisation and Embryology Act 1990. Art. 28. Meaning of "father". (3) If no man is treated, by virtue of subsection (2) above, as the father of the child but— (b) the creation of the embryo carried by her was not brought about with the sperm of that man, then, subject to subsection (5) below, that man shall be treated as the father of the child. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/section/28>

posibilidad de heredar a “X”, o este no podría obtener una orden de residencia en relación a “Z”. Este reconocimiento jurídico no interferirá en los derechos de los demás.

La relación entre “X” e “Y” no podía equipararse a la de una pareja de lesbianas, puesto que “X” vivía en la sociedad como hombre, tras haberse practicado una faloplastia. Además, “X” está inscrito como mujer y, por lo tanto, legalmente no podía casarse con “Y”.

La Comisión se refirió a la tendencia de los Estados parte, hacia el reconocimiento jurídico de la identidad de género. Consideró que, en el caso de un transexual que se había sometido a una operación de reasignación de sexo y que vivía como parte de una relación familiar, debía gozar de una presunción a favor del reconocimiento jurídico de esa relación, cuya denegación requería una justificación especial. (Párr. 40).

Children Act de 1989, la “Orden de residencia”, que permitía que “X” pueda tener derechos y deberes parentales respecto de “Z”.

El presente caso no se refiere únicamente a la transexualidad, puesto que también se planteaban cuestiones difíciles y novedosas, como las relacionadas con los tratamientos de inseminación artificial, en consecuencia, el Estado debía gozar de un margen de apreciación muy amplio. (Párr.39).

Análisis, fundamentación y resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- El Tribunal recuerda que el concepto de "vida familiar" del artículo 8° no incluye solo a las familias constituidas en matrimonio, sino, puede comprender otras convivencias de hecho [...]. (Párr. 36).
- En el presente caso, de los hechos se desprende que “X” participó en todo el proceso de reproducción asistida con su pareja y ha actuado como padre de Z desde su nacimiento. En estas circunstancias, el Tribunal concluye las tres solicitantes constituyen una familia. De ello se desprende que el artículo 8° es aplicable. (Párr.37).
- [...] El Tribunal debería sostener ahora, que la noción de respeto de la familia y/o de la vida privada exige que los Estados reconozcan la identidad sexual actual de los transexuales postoperatorios a efectos jurídicos, incluidos los derechos parentales. El hecho que “X” pretenda ser denominado como padre en el certificado de nacimiento de “Z” permite un margen de apreciación estrecho al Estado, ya que la necesidad de una acción positiva para garantizar el respeto es mucho más fuerte, teniendo en cuenta los intereses de la niña. (Párr. 38).
- Es pertinente precisar que el presente caso se distingue de anteriores casos que llegaron al Tribunal, relativos a transexuales, porque en este caso la denuncia de las demandantes no es que el derecho interno no prevea el reconocimiento del cambio de identidad del transexual, sino que no es posible inscribir a esa persona como padre de un niño; es esa la razón por la que el Tribunal examinará este caso en relación con la vida familiar, más que con la vida privada. (Párr. 42).

Por otro lado, en lo que concierne a la concepción de niños mediante inseminación artificial, el Tribunal señala que no existe un consenso europeo respecto de ello, y menos aun cuando se refiere a los derechos de los transexuales que no tienen ningún vínculo biológico o de adopción con los niños, para lo cual, los Estados ostentan un margen de apreciación para valorar la legislación pertinente en cada caso, puesto que debe ponderarse un equilibrio entre el interés del individuo y los intereses de la comunidad; en ese sentido, el Tribunal debe sopesar las desventajas que sufren las demandantes como consecuencia de la negativa a reconocer a “X” en la ley como "padre" de “Z” en el caso en particular, como el de la imposibilidad de “Z” para heredar a “X”, cuestión que se solucionaría con un testamento, en relación a cuestiones de inmigración, “Z”, puede establecer conexiones por medio de su madre, respecto a la transmisión del alquiler, no se observa que “X” mantenga un contrato de esa naturaleza, todo ello hizo concluir al Tribunal la poca probabilidad de dichas dificultades afecten de manera real a “Z”.

- En cuanto a las diversas dificultades sociales que podría padecer “Z”, en caso fuera necesario presentar su certificado de nacimiento (sin que figure el nombre del padre), el Tribunal señala, en primer lugar, que a menos que “X” e “Y” decidan hacer pública esa información, ni el niño ni ningún tercero sabrán que esa ausencia es consecuencia del hecho de que “X” nació siendo mujer. De ello se desprende que los demandantes están en una situación análoga a la de cualquier otra familia en la que, por la razón que sea, la persona que ejerce el rol de padre del niño no está inscrita como tal, además de ello, en el Reino Unido, son muy pocas las circunstancias en las cuales se solicita el certificado de nacimiento de las personas. (Párr. 49). No obstante, ello no es óbice para que “X” continúe siendo su padre social, además que la legislación le ofrece la “orden de residencia”, y de esa manera gozar de todos los derechos parentales.
- En conclusión, el tema de la transexualidad apareja cuestiones científicas, jurídicas, morales y sociales, respecto de las cuales no existe consenso entre los Estados parte, en virtud a ello, el Tribunal opina que “el artículo 8° no puede interpretarse, en este contexto, como una obligación del Estado demandado de reconocer formalmente como padre de un niño a una persona que no es el padre biológico”. Siendo así, el que Reino Unido no reconozca jurídicamente la relación entre “X” y “Z”, no significa vulneración a la vida familiar en el sentido del artículo art. 8.
- Finalmente, respecto a la vulneración del art. 14° del Convenio, el Tribunal considera que la denuncia de este artículo, equivale a una reafirmación de la denuncia del artículo 8°, y no plantea ninguna cuestión aparte. Habida cuenta de la conclusión con respecto al art.

8°, no es necesario examinar de nuevo la cuestión en el contexto del artículo 14°. (Párr.56).

Por lo tanto, 1. se resuelve que, el artículo 8° del Convenio, es aplicable al caso; 2. se resuelve por catorce votos a favor y seis en contra que no ha habido vulneración del artículo 8°; y 3. se resuelve por diecisiete votos a favor y tres en contra que no resulta imperioso considerar la queja del artículo 14 de la Convención tomada en conjunto con el artículo 8°.

3.1.6. “Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal. Aplicación no. 33290/96, sentencia del 21 de diciembre de 1999”

DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

En la jurisdicción nacional, la demandada fue la esposa del señor Salgueiro (C.D.S, quien ejercía la tenencia de la menor hija de ambos, “M”) y el demandante el padre, el señor Salgueiro da Silva Mouta, quien vivía con su pareja varón. El señor Salgueiro da Silva tenía un régimen de visitas (según acuerdo al que llegaron las partes después del divorcio y que la señora C.D.S casi nunca cumplió), lo que motivó la demanda interpuesta por el padre de “M” para ejercer la patria potestad de su menor hija “M”.

El Tribunal de Familia de Lisboa concedió la tenencia al padre, el señor Salgueiro da Silva, señalando que éste brindaba mejores condiciones de vida para su hija. Pero sucedió que la madre C.D.S se llevó a la niña, sin pretensión de regresarla al hogar del padre. En ese contexto la señora C.D.S apeló la Sentencia del ante el Tribunal de Apelación de Lisboa revocándose la sentencia de primera instancia y concediendo la tenencia a C.D.S., con el siguiente fundamento. “[...] creemos que la custodia de la niña se debe atribuir a la madre. Que el padre de la niña reconozca ser homosexual y quiera vivir con otro hombre, es una realidad que hay que aceptar porque es notorio que la sociedad sea cada vez más tolerante con este tipo de situaciones. Sin embargo, no podríamos afirmar que un entorno de esta naturaleza sea el más saludable y adecuado para el desarrollo moral, social y mental de un niño, sobre todo en el marco de un modelo dominante en nuestra sociedad. La niña debe vivir en el seno de una familia tradicional portuguesa, que desde luego no es la que su padre ha decidido formar, ya que vive con otro hombre como si fueran marido y mujer.”

El caso se presentó ante la Comisión el 12 de febrero de 1996.

Posición de las partes intervinientes en el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Derecho vulnerado	Argumentos del demandante	Argumentos del Estado
Derecho a la vida privada Art. 8° en relación con el art. 14 del CEDH	“La sentencia del Tribunal de Apelación, concedió la tenencia a la madre, basándose únicamente en su orientación sexual, lo que supone, una injerencia en el derecho al respeto de su vida familiar que no puede ser justificada. El demandante señala que la sentencia del Tribunal de apelaciones recurre a fantasmas ancestrales, configurándose una discriminación prohibida por el artículo 14 en relación al artículo 8 del Convenio”.	“El artículo 8 podría ser aplicable a la situación enjuiciada, pero únicamente en lo concerniente al goce del derecho al respeto de la vida familiar del demandante con su hija. puesto que no hubo ninguna acción de una autoridad pública que hubiera atentado contra el derecho del demandante al libre desarrollo y expansión de su personalidad o la manera en que lleva su vida, en particular su vida sexual. En lo referente a la vida familiar, el Gobierno señala que los Estados contratantes disponen, en materia de tenencia, de un amplio margen de apreciación para la obtención de los fines legítimos previstos por el apartado 2 del artículo 8 del Convenio. En esta materia, prima el interés del niño, por tanto, las autoridades nacionales están en mejor posición que el Juez

internacional, no pudiendo estos reemplazar al juez nacional de su visión de las cosas, salvo que las medidas en cuestión fuesen arbitrarias”. (Párr. 25).

El Juzgado de Apelación, no tomó en cuenta la orientación sexual del demandante para efectos de otorgar la tenencia de su menor hija.

“Las consideraciones del Tribunal de Apelación a las que se refiere el demandante, leídas en su contexto, son sólo simples constataciones sociológicas, incluso estadísticas. Aunque se puede considerar que algunos pasajes de la sentencia podrían haber sido formulados de otro modo, las declaraciones torpes y desafortunadas no constituyen, en sí mismas, una violación del Convenio”. (Párr.32).

Fundamentación y resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- “El Tribunal no niega que el Tribunal de Apelación de Lisboa apreciara, sobre todo, el interés de la niña, mediante el examen de varios datos de hecho y de derecho que pudieran inclinar la balanza del lado de un padre o del otro. Sin embargo, el Tribunal señala que para anular la sentencia del Tribunal de Familia de Lisboa y, por consiguiente, conferir la tenencia a la madre en detrimento del padre, el Tribunal de Apelación introdujo un elemento nuevo, a saber, el hecho de que el demandante era homosexual y que vivía con otro hombre, en consecuencia, se debe concluir que hubo una diferencia de trato entre el demandante y la madre de M., basada en la orientación sexual del demandante, noción que se contempla, sin duda, en el artículo 14 del Convenio”. (Párr. 28).
- “Conforme a la jurisprudencia de los órganos del Convenio, la diferencia de trato será discriminatoria en el sentido del artículo 14 si no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo y si los medios empleados no son razonablemente proporcionales al fin perseguido. [...] No se puede negar que la sentencia del Tribunal de Apelación persiguiera un fin legítimo: proteger la salud y los derechos de la niña”. (Párrafos. 29 y 30).
- Al referirse el TEDH al fundamento de la sentencia de la Sala de Apelaciones «(...) aunque éste no fuera el caso, creemos que la custodia de la niña, se debe encomendar a la madre». El Tribunal de Apelación tuvo entonces en consideración el hecho de que el demandante fuera homosexual y viviera con otro hombre para señalar que «la niña debe vivir en el seno (...) de una familia tradicional portuguesa» y «no es éste el lugar para examinar si la homosexualidad es o no una enfermedad, o si es una orientación sexual

hacia personas del mismo sexo. En ambos casos, se está en presencia de una anormalidad y un niño no debe crecer a la sombra de situaciones anormales», señaló lo siguiente: [...] “estos pasajes de la sentencia enjuiciada, lejos de constituir simples formulaciones torpes o desafortunadas, como sostiene el Gobierno, o simple «obiter dicta», hacen pensar, por el contrario, que la homosexualidad del demandante pesó de modo determinante en la decisión final. Esta conclusión está reforzada por el hecho de que el Tribunal de Apelación, al resolver sobre el derecho de visita del demandante, le disuadiera de mantener un comportamiento que permitiera a la niña, en los períodos de visita, comprender que su padre vivía con otro hombre en condiciones similares a las de los cónyuges”. (Párrafos. 35 y 36).

En el presente caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resolvió que el Estado de Portugal violó el artículo 8º en relación con el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos humanos, manifestando que la Corte de Apelaciones de Lisboa llevó a cabo una diferencia de trato en desmedro del señor Salgueiro Da Silva por el solo hecho de su orientación sexual, actuación que no pasó por el test de proporcionalidad y razonabilidad, hecho que no tolera el CEDH. La relevancia de esta sentencia, es que por primera vez en la historia del Tribunal, este se pronuncia sobre la homosexualidad y la familia, pues como hemos visto, las sentencias en lo referente a la orientación sexual, hasta este caso, se habían abordado desde la perspectiva de la vida privada y la despenalización de las leyes de Sodomía en la legislación penal y en el fuero militar con el “*caso Smith y Grady c. Reino Unido (Aplicaciones no 33985/96 y 33986/96, sentencia del 27 de setiembre de 1999)*”, no obstante, el derecho a la vida privada y la no injerencia arbitraria de parte del Estado en esta esfera, no implicaba las relaciones homosexuales que tenían un atisbo de relaciones familiares. Por ello el TEDH señala que la resolución de este caso no pasa por el análisis aislado del art. 8 y 14, sino, del análisis e interpretación sistemática de ambos artículos.

Este caso es revelador por que se destaca la desproporcionalidad de la medida en relación al fin legítimo, teniendo como único sustento la base de la orientación sexual. Este caso emblemático constituyó un referente para la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Karen Atala y niñas vs. Chile, resuelto en el 2012, es decir, más de una década después.

3.1.7. “Frette c. Francia. Aplicación no. 36515/97. Sentencia del 26 de febrero de 2002”

DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

El señor Philippe Fretté denunció ante la Comisión, el 1 de abril de 1999 la vulneración del artículo 8° del Convenio, puesto que el Estado le había denegado su solicitud de adopción tramitada en octubre de 1991 ante el Departamento de Servicios Sociales, Bienestar Infantil y Salud de París, por el solo hecho de su orientación sexual, puesto que, en la entrevista para adoptar, había revelado su orientación sexual. El 3/05/1993, el Departamento de Servicios Sociales de París rechazó la solicitud de autorización de adopción del solicitante. Los motivos de la decisión fueron que el solicitante no tenía *"ningún modelo de maternidad estable"* así como presentaba dificultades para sobrellevar la llegada de un niño, aunque el informe señalaba que *“El Sr. Fretté tiene indudables cualidades personales y una aptitud para la crianza de los niños. Un niño probablemente sería feliz con él. La cuestión es si sus circunstancias particulares como hombre homosexual soltero le permiten que se le confíe un niño”*, este hecho, al parecer del demandante, es una injerencia no permitida en su vida privada y familiar. El señor Fretté, solicitó la reconsideración el 21 de mayo de 1993, sin embargo, esta solicitud fue desestimada poco tiempo después, bajo el argumento que *“la elección del estilo de vida del demandante no parecía ofrecer suficientes garantías de que ofrecería a un niño un hogar adecuado desde el punto de vista familiar psicológico para la crianza de hijos”*.

Esta decisión fue recurrida al Tribunal que resolvió anular las resoluciones de denegatoria del Departamento Social, pues señaló que los argumentos de “no brindar un modelo materno estable” y el “no soporte la presión por la llegada de un niño”, así como hacer alusión al “estilo de vida”, aludían a cuestiones no probadas en relación a su homosexualidad, además de ello, el informe psiquiatra no señaló *"algún impedimento psicológico en la vida ni el proyecto del Sr. Fretté"*, y si bien la psicóloga, sugirió que se rechazara la solicitud, no dio ninguna razón objetiva para su opinión, además, ninguno de los documentos incluidos en el expediente aludía al estilo de vida del Sr. Fretté, que indicara que su plan de adopción presentaba un riesgo para cualquier niño que pudiera adoptar o que este sea reñido con la moralidad. Esta decisión fue apelada por la entidad, siendo revocada por el *Conseil d'Etat*, rechazando la autorización de adopción.

En relación a ello, también señaló que no se le había notificado de la audiencia ante el *Conseil d'Etat* y no tuvo acceso a las presentaciones del Comisario del Gobierno antes de la audiencia, en violación de los artículos 6° y 13° del Convenio.

Posición de las partes intervinientes en el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Derecho vulnerado	Argumentos de los demandantes y/o la Comisión EDH	Argumentos del Estado
<p><i>Derecho al respeto a la vida privada y familiar Art. 8° en relación con el art. 14 (prohibición de discriminación) del CEDH</i></p> <p><i>Art. 6° de la CEDH</i></p>	<p>La solicitud de adopción fue denegada por el solo hecho de haber revelado su homosexualidad, cuestión que vulneró el art. 14°, conjuntamente con el art. 8° del Convenio.</p> <p>El sistema jurídico autorizaba a una persona soltera la adopción de un menor, sin embargo, la decisión final del Departamento Social, excluyó al señor Frette de la posibilidad de adoptar por cuestiones relacionadas a su orientación sexual, sin tener en cuenta sus condiciones propias o su capacidad para criar a los niños.</p> <p>Cualquier distingo de trato basada en la orientación sexual implica a una interferencia en la vida privada de un homosexual, porque le conmina a decidir</p>	<p>El art. 8° del Convenio, no es aplicable al caso, ya que este no protege las expectativas no cumplidas de formar una futura vida familiar. El negar la autorización de adopción no implica que se haya vulnerado la vida familiar del solicitante, ni que exista una injerencia arbitraria en su vida privada.</p> <p>El demandante solicita el reconocimiento potencial o posibilidad que se convirtiera en padre adoptivo, no peticionaba un derecho en concreto, en virtud a ello, el derecho a adoptar no está incluido entre los derechos garantizados por el Convenio.</p> <p>En cuanto a lo señalado como "elección del estilo de vida" no se refiere únicamente a la orientación sexual, sino que toma en cuenta otros aspectos que acreditarían que el</p>

(Derecho a un proceso equitativo)

entre despotricar u ocultar su orientación sexual o ser penalizado, algo que no se percibe en los heterosexuales. La vida privada de un individuo se vulnera si se le obligaba a abdicar de parte de su esencia.

No pudo asistir a la audiencia ante el Consejo de Estado porque no fue notificado correctamente, por lo tanto, no pudo conocer ni absolver oportunamente las comunicaciones del Gobierno. Debido a sus actividades profesionales, no habría podido visitar regularmente el Consejo de Estado para verificar si su caso figuraba para audiencia, además trató de comunicarse en repetidas oportunidades con el Consejo de Estado a efectos de averiguar el día de audiencia de su caso, pero nunca recibió respuesta alguna.

solicitante no está en condiciones de brindar a un menor una atención idónea desde el punto de vista psicológico.

Los criterios aplicados por el Consejo de Estado y por la Entidad Social, han sido objetivos y razonables. La diferencia de trato se debe a las dudas que prevalecen, puesto que no había consenso sobre las posibles repercusiones de ser adoptado por un adulto que afirmara abiertamente su homosexualidad en el desarrollo psicológico del niño y, más en general, en su vida futura.

El solicitante no podía invocar la queja sobre la omisión en la notificación, ya que no se acredita que hubiera efectuado las diligencias necesarias a fin de solicitar la fecha de audiencia del Consejo de Estado.

Análisis, fundamentación y resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

Debemos analizar, por un lado, si existió discriminación en contra del señor Fretté, en el proceso de adopción por el solo hecho de su orientación sexual, y si la misma, carecía de elementos objetivos y razonables que persiguiera el fin legítimo como es el “interés superior del niño”; y, por otro lado, determinar si las aspiraciones del demandante se encontraban dentro del artículo 8° en relación al artículo 14° del Convenio. Entre los principales argumentos del TEDH, tenemos los siguientes:

- El Tribunal “ha sostenido repetidamente que el artículo 14 del Convenio es pertinente si el objeto de la desventaja constituye una de las modalidades de ejercicio de un derecho garantizado (...) o las medidas impugnadas están vinculadas al ejercicio de un derecho garantizado (...). Para que el artículo 14 sea aplicable, basta con que los hechos del caso estén comprendidos en el ámbito de aplicación de una o varias de las disposiciones del Convenio”. (Párr.31).
- El Tribunal observa que el Convenio no garantiza el derecho a adoptar como tal. [...] Además, el derecho al respeto de la vida familiar presupone la existencia de una familia y no salvaguarda el solo anhelo de crear una. En el presente caso, no se puede considerar que la decisión de desestimar la solicitud de autorización del solicitante vulnera su derecho a su libre expresión, el desarrollo de su personalidad o su estilo de vida sexual. La legislación civil permitía que una persona soltera pueda adoptar, sin embargo, el

denunciante sostiene que la negativa de las autoridades francesas tuvo como única base su orientación sexual. Si esto es cierto, existe una conclusión ineludible que esto representa una diferenciación de trato basado en la orientación sexual del demandante. Un hecho que se encuentra indudablemente cubierto por el artículo 14° del Convenio. Corresponde al tribunal determinar, si como dice el solicitante, su homosexualidad fue decisiva. El Tribunal admite que, si bien las autoridades administrativas y judiciales señalaron el “estilo de vida” del denunciante, no hicieron referencia a su homosexualidad. Pero como el caso demuestra, el criterio implícito sin lugar a dudas fue la homosexualidad del demandante. Esa es la conclusión a la que llega el Tribunal al constatar los argumentos del Tribunal Administrativo de París en su sentencia de 25 de enero de 1995 y de los argumentos del Comisario del Gobierno ante el Consejo de Estado. Por tanto, el derecho del demandante se encuentra prescrito en el artículo 343-1 del Código Civil, que se enmarca dentro del artículo 8° de la Convención, fue infringido en el campo de la orientación sexual. (Párr.32). Por consiguiente, es aplicable el artículo 14° en relación al artículo 8 de la Convención. (Párr.33).

Para determinar si esta supuesta diferencia de trato tiene bases objetivas y razonables, se otorga a los estados un “amplio margen de apreciación”, en los cuales, será la legislación interna del estado, la mejor situada para pronunciarse sobre estas cuestiones, pues se trata de ofrecer el hogar más adecuado al niño, sin perjuicio de ello, el Tribunal ratifica que este margen de apreciación no es ilimitado o arbitrario, sino que el Tribunal debe dictaminar si este se encuentra acorde al art. 14 del Convenio (Párr.41).

Asimismo, debe observarse que la opinión de la comunidad científica -específicamente los especialistas en temas de niñez- está dividida en relación a los efectos en el niño que sea adoptado por padres gay. Por consiguiente, las resoluciones de las autoridades y el Consejo de Estado, eran razonables por considerar que el derecho a la adopción que invocaba el solicitante al amparo del artículo 343-1 del Código Civil, estaba limitado por los intereses de los niños susceptibles de adopción, a pesar de las aspiraciones legítimas del solicitante y sin poner en tela de juicio sus opciones personales.

La denegación de la autorización de adopción no vulneró el principio de proporcionalidad, si se tiene en cuenta el margen de apreciación dejada a los Estados en materias donde no existe consenso común y en la necesidad de resguardar el interés superior del niño. (Párr.42). “La justificación dada por el Gobierno parece objetiva y razonable, no siendo la diferencia de trato denunciada, discriminatoria en el sentido del artículo 14 de la Convención”. (Párr.43).

Finalmente, respecto al artículo 6°, el TEDH afirmó que el demandante no pudo conocer las presentaciones del Comisionado del Gobierno porque no se le había notificado la audiencia, negándosele la oportunidad de presentar un memorando para las deliberaciones en respuesta, bien, en este aspecto, el Estado denegó al demandante un juicio justo ante el Consejo de Estado en el contexto de un procedimiento contradictorio, infringiendo el párrafo 1 del artículo 6° del Convenio en el presente caso. Por tanto, el tribunal resuelve: 1. Por cuatro votos contra tres que no ha habido violación del artículo 14 de la Convención tomada en conjunto con el artículo 8°; 2. Sostiene unánimemente que ha habido una violación del artículo 6 (derecho a un proceso equitativo) del Convenio.

3.1.8. “E. B. c. Francia. Aplicación no. 43546/02. Sentencia del 22 de enero de 2018”

DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

La solicitante es docente en una guardería desde 1985, a partir de 1990 sostiene una relación estable con una mujer, la Sra. R., de profesión psicóloga. El 26 de febrero de 1998, la denunciante presentó una solicitud al Departamento de Servicios Sociales para la autorización de la adopción de un niño, asimismo, hizo referencia a su orientación sexual y a su relación en pareja.

En un informe de fecha 11 de agosto de 1998, la asistente socio-educativa y la enfermera pediátrica señalaron lo siguiente *“La Sra. B. y la Sra. R. no se ven así mismas como una pareja. La Sra. R., aunque preocupada por la solicitud de su pareja de adoptar un niño, no se siente comprometida por ello. La Sra. B. considera que tendrá que desempeñar el papel de madre y padre, y su pareja no tendrá ningún derecho respecto del niño, pero estará a su disposición si es necesario. La Sra. B. piensa que un padre es una figura estable. Propone dar a su futuro hijo adoptivo esta figura paterna en la persona de su propio padre y de su cuñado. Sin embargo, teniendo en cuenta su estilo de vida actual: soltera y en convivencia con una pareja femenina, no hemos podido evaluar su capacidad para proporcionar a un niño una imagen familiar que gire en torno a una pareja paterna como para ofrecer garantías para el desarrollo estable y bien ajustado de ese niño.”*

Luego de una serie de entrevistas y opiniones de las autoridades, se denegó la autorización de adopción el 26 de noviembre de 1998, con la siguiente conclusión *“la Sr. B, carece de un modelo o referente paterno capaz de fomentar el desarrollo de un niño adoptado. Además, el lugar que su pareja ocuparía en la vida del niño no está suficientemente claro: aunque no parece oponerse a su plan, tampoco parece estar involucrada.”*, la denunciante solicitó la reconsideración de esta denegatoria, siendo resuelta el 17 de marzo de 1999, en el cual se ratificaba la denegatoria de adopción. El 13 de mayo de 1999, se inició un proceso administrativo con la finalidad que el Tribunal anulara dichas resoluciones, hecho que fue así. La entidad de bienestar social apeló la sentencia y fue el Tribunal Administrativo de Apelación de Nancy que, en sentencia de 21 de diciembre de 2000, anuló la sentencia del tribunal inferior, señalando que no se le negó la autorización basándose sobre su elección de estilo de vida. En consecuencia, la demandante no puede alegar una violación de las exigencias de los artículos 8 y 14 de la Convención. Esta sentencia fue elevada al Consejo de Estado, que desestimó su pretensión el 5 de junio de 2002, señalando que los dos motivos que habían sido analizados por el Tribunal de Apelaciones no resultaban discriminatorios, ya que se referían 1. La falta de un modelo o referente paterno y 2. La falta de compromiso de cada integrante de la familia de la señora B, con el niño a adoptar. Finalmente, el 2 de diciembre de 2002, se demandó al estado de Francia ante el TEDH.

Posición de las partes intervinientes en el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Derecho vulnerable	Argumentos de los demandantes	Argumentos del Estado
<p><i>Derecho al respeto a la vida privada y familiar Art. 8° en relación con el art. 14 (prohibición de discriminación) del CEDH</i></p>	<p>La demandante especificó que había solicitado la adopción individual, porque era la opción legal más sencilla. (Párr.33). Asimismo, destacó la importancia de obtener la autorización, que, en la práctica, es una condición previa para adoptar un niño en Francia o en el extranjero. (Párr.34).</p> <p>La denegación de la autorización para adoptar se había basado en su "estilo de vida", que se refería a su homosexualidad. (Párr.53).</p> <p>Con respecto al fundamento basado en la falta de un referente paterno, sostuvo que, si bien la mayoría de los psicoanalistas franceses creía que un niño necesitaba un doble referente materno y paterno, no existían pruebas empíricas de esa creencia y muchos otros psicoterapeutas la habían refutado. (Párr.54).</p> <p>En cuanto al argumento sobre la actitud de su pareja en su plan de adopción, afirmó que era un motivo ilegal. Los artículos 343 y 343-1 del Código Civil disponen que la adopción está abierta a las parejas casadas y a las personas solteras: las parejas no necesariamente están interesadas y, por lo tanto, no participan en el procedimiento de adopción, así como no gozan de ningún estatuto jurídico una vez adoptado el niño. (Párr.55).</p> <p>No se reclamó el derecho a adoptar, porque este no existía en la normativa. No obstante, sostuvo que el artículo 14 del Convenio, tomado en conjunto con el artículo 8, era aplicable al presente caso, pues la posibilidad de solicitar la autorización de adoptar entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 8 tanto en lo que respecta a la "vida privada", ya que se refiere a la creación de una nueva relación con otro individuo, siendo esto "vida familiar", ya que se trata de un intento de crear una vida familiar con el niño que se adoptará.</p> <p>En segundo lugar, la orientación sexual es parte de su vida privada, protegido por el artículo 8. (Párr.35). La diferencia de trato, no tuvo justificación objetiva y razonable, se requieren razones graves para justificar una diferencia tomando en consideración la orientación sexual.</p>	<p>La solicitud era inadmisibles, ya que quedaba fuera del ámbito de aplicación del artículo 8 del Convenio y, por consiguiente, del artículo 14. La denegación de la autorización a la demandante no tenía sustento, explícita o implícitamente en su orientación sexual y, por tanto, no constituía una discriminación directa o indirecta basada en su homosexualidad, siendo el motivo de la denegación la salvaguarda del interés del niño, por lo cual se analizaron dos razones: la falta de un referente paterno (a personas heterosexuales, cuyo círculo inmediato de familiares y amigos no incluyera un miembro del sexo opuesto, se le habría denegado su solicitud por el mismo motivo), y la ambivalencia en el compromiso de la pareja de la solicitante con sus planes de adopción (era legítimo tener en cuenta la conducta del círculo inmediato de familiares y amigos de un posible padre adoptivo cuando había planes de traer un niño al hogar). (Párrafos 36, 37, 38 y 39).</p> <p>Señalaron que ninguno de los aproximadamente sesenta países de los que los franceses adoptan niños, autoriza la adopción por parejas del mismo sexo. Por consiguiente, la adopción internacional podría seguir siendo una posibilidad puramente teórica para los homosexuales, a pesar de que su legislación nacional lo permite. (Párr. 69).</p>

Análisis, fundamentación y resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- El Tribunal, sobre la base de lo resuelto en el caso *Fretté* ratificó que el artículo 8° del Convenio no “garantiza el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar”, además que el derecho a la "vida familiar" no salvaguarda el anhelo de formar una familia, sino que supone la existencia de una familia o al menos la relación potencial, por ejemplo, un niño nacido fuera del matrimonio y su padre natural, la relación que surge de un matrimonio auténtico, aunque la vida familiar aún no se haya establecido plenamente, o la relación que surge de una adopción lícita. Además, se ha visto que ninguno de los instrumentos internacionales en relación al niño ampara un derecho a adoptar. Por otro lado, el Tribunal ha expresado que el art. 8° también debe de entenderse en un sentido amplio, es decir, también protege, por ejemplo, el derecho a la autodeterminación, al nombre, la identificación del sexo, la orientación sexual y la vida sexual. (Párrafos 40, 41 y 42).
- El TEDH expresa que este caso no tiene como problemática la adopción conjunta de una pareja, o la adopción del hijo de la pareja del mismo sexo del padre biológico, sino únicamente a la adopción por una sola persona. El Tribunal observa que la ley francesa concede a personas solteras el derecho a solicitar la autorización de adoptar y establece un procedimiento a tal efecto. El Tribunal considera que los hechos de este caso pertenecen al ámbito del artículo 8 del Convenio, por consiguiente, el Estado ha ido más allá de las obligaciones que le impone el artículo 8 al crear ese derecho - posibilidad que le ofrece el artículo 53 del Convenio - no pudiendo adoptar medidas discriminatorias en el sentido del artículo 14. (Párrafos 48 y 49). En consecuencia, son aplicables el artículo 14 en relación al artículo 8; primero, por la garantía a la vida privada y vida familiar que estimó el Tribunal y segundo, por precisar la demandante que la negativa de la autorización de la adopción, consideró como factor determinante, la orientación sexual de la demandante.
- En cuanto al motivo invocado por las autoridades nacionales relativo a la ausencia de un referente paterno o materno en el hogar de una persona que solicita la autorización de adopción, el Tribunal considera que esto no es el problema en sí mismo. Sin embargo, es lícito cuestionar el fundamento de tal motivo, cuyo efecto último es exigir a la solicitante que indique la presencia de un referente del otro sexo en su círculo de familiares, hecho que hace ineficaz el derecho de las personas solteras a solicitar la autorización de adopción, tal como refiere el presente caso. En opinión del Tribunal, “este motivo podría haber dado lugar a una denegación arbitraria y haber servido de pretexto para rechazar la solicitud de la demandante por su homosexualidad”. (Párr.73).

- Bien, cuando un solicitante varón o mujer, hayan conformado un hogar con una pareja (no necesariamente casados), las aptitudes de esa pareja y su papel en la vida del niño que ingrese al hogar, demandan un examen cabal en relación al interés superior del niño. La condición jurídica de una persona que desee adoptar no es contradictoria con un examen situacional y la posterior comprobación de que no hay uno sino dos personas adultas en el hogar. En opinión del Tribunal, no hay pruebas que demuestren que el motivo en cuestión tenga como base la orientación sexual de la solicitante. Por el contrario, el Tribunal considera que este motivo, no tiene nada que ver con ninguna consideración relativa a su orientación sexual, sino, se sustenta en la ponderación fáctica conocida para determinar las consecuencias de la adopción de un niño. Por lo tanto, no puede considerarse que la demandante haya sido discriminada por su orientación sexual en ese aspecto. (Párrafos 76, 77, 78 y 79).
- En relación a la falta de un "referente paterno", el TEDH discute la importancia que le atribuyen las autoridades nacionales a la adopción por una sola persona. El hecho de que sea importante tomar en cuenta este aspecto, no debe llevar al TEDH a pasar por alto la excesiva referencia a ello en las circunstancias del presente caso. (...). Además, los órganos administrativos y tribunales, al hacer referencia al "estilo de vida" de la demandante, dan a entender que su orientación sexual fue el centro de las deliberaciones. La influencia de la homosexualidad declarada de la demandante en la evaluación de su solicitud ha quedado demostrada y fue un hecho determinante que llevó a la decisión de denegar su solicitud para adoptar. Por lo tanto, la solicitante sufrió una diferencia de trato. No obstante, como ya ha señalado el Tribunal, se debe analizar si el objetivo era legítimo o si el trato diferente estaba justificado.
- Coadyuva al análisis del Tribunal, las disposiciones pertinentes del Código Civil, que no exigen un referente del otro sexo del progenitor soltero adoptivo. En este caso, además, la demandante presentó en los términos de la sentencia del Consejo de Estado, "indudables cualidades personales y una aptitud para la crianza de los hijos", que sin duda alguna redundaban en el interés superior del niño (Párrafos 86, 87, 88, 90, 95).
- Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal no puede dejar de observar que, al rechazar la solicitud de autorización de adopción de la demandante las autoridades nacionales hicieron una distinción solo por su orientación sexual, distinción inaceptable por el Convenio. El Tribunal considera que la decisión en cuestión es incompatible con las disposiciones del Convenio, y por consiguiente, se ha vulnerado el artículo 14° conjuntamente con el artículo 8°. (Párrafos 96, 97 y 98).

3.1.9. “X y otros c. Austria. Aplicación no. 19010/07. Sentencia del 19 de febrero de 2013”

Para mejor comprensión, en el presente caso denominaremos a la primera demandante como “A”, al segundo demandante como “B” y a la tercera demandante como “C”.

DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

El caso fue presentado ante el TEDH el 27 de abril de 2007 por tres demandantes (se mantuvieron sus nombres en reserva por solicitud de estos), “A” y “C” eran una pareja estable, siendo “B”, el hijo de “C”. El padre ha reconocido al niño, sin embargo, la madre es la que tiene la custodia.

La pareja vive de manera conjunta desde que el menor tenía cinco años, a lo largo de ese tiempo ambas han cuidado al menor. El 17 de febrero de 2005, las demandantes “A” y “C”, celebraron un acuerdo, mediante el cual, “B” sería adoptado por “A”, con el objetivo de que “A” y “B” tengan un vínculo jurídico sin romper el vínculo que existía entre “B” y “C” (su mamá). Sin embargo, las demandantes conocían que la redacción del párrafo 2 del artículo 182 del Código Civil (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) podía entenderse como la exclusión de la madre, sin que se rompiera la relación con el padre biológico, es así que solicitaron al Tribunal Constitucional que declare inconstitucional esa disposición por ser discriminatoria para ellas por su orientación sexual, ya que en el caso de las parejas heterosexuales, la norma permitía la adopción de la persona que era pareja del padre o madre. En junio de 2005, el Tribunal Constitucional declaró inadmisibles las demandas por una cuestión de no haber agotado el proceso ordinario ante las cortes de distrito y de apelaciones.

Posteriormente, el 26 de septiembre de 2005, las demandantes solicitaron ante el Tribunal de Distrito que aprobara el acuerdo de adopción en el que tanto “A” y “C” serían los padres de “B”, ya que “A” y “B” habían desarrollado un vínculo emocional estrecho, además que vivían las tres bajo un mismo techo, en consecuencia, se solicitaba el reconocimiento de dicha unión familiar de facto y que “A” sea el padre de “B”, reemplazando a su padre biológico, no obstante, este último no había dado su consentimiento al acto de adopción. Ante ello, las demandantes señalaron que el Tribunal debía de anular el no consentimiento del padre biológico, puesto que él demostraba animadversión contra su familia, siendo lo mejor para el interés superior de “B”, el que “A” lo adopte, además la Oficina de Bienestar de la Juventud emitió un informe en el cual se detallaba el día a día entre “A” y “B” concluyendo que la adopción de “A” respecto de “B”, era deseable.

El 10 de octubre de 2005, el tribunal denegó la solicitud, con el argumento de que la Ley no permitía ninguna forma de adopción que no sea aceptada por los dos padres biológicos, además que, en cuestiones sobre adopción de niños por parejas del mismo sexo, el TEDH había señalado que los Estados tenían amplio margen de apreciación, en cuanto el tema no tenga consenso claro en los sistemas jurídicos de los estados de la UE, no legislándose en el país la adopción de niños por parejas homosexuales. Dicha decisión fue apelada, ya que las demandantes consideraban el párrafo 2 del artículo 182 del Código Civil como discriminatorio para las parejas homosexuales, puesto que el segundo padre puede adoptar al niño en las parejas heterosexuales, sin embargo, no es permitido en parejas del mismo sexo. El 21 de febrero de 2006, el Tribunal Regional, declaró infundado el recurso de los demandantes, precisando que la ley no es discriminatoria puesto que, si ambos padres del sexo opuesto están presentes, no es necesaria alguna disposición que permita que uno de los padres sea sustituido por la pareja del mismo sexo del otro, máxime, si el otro padre tiene contacto regular con su hijo, lo que supone que el niño tiene una buena relación con sus padres biológicos, no siendo prudente ni necesario sustituir a alguno de esos padres, lo que es mejor para el niño, se precisa que esta posición jurídica no es para nada discriminatoria, porque incluso en las relaciones heterosexuales, cuando se procede con la adopción se pierde legalmente la relación con el padre del mismo sexo al del padre que lo reemplazará, además la diferencia de trato se puede justificar si se privilegia la familia en el sentido tradicional. El caso llegó hasta el Tribunal Supremo, siendo desestimado el recurso de casación el 27 de setiembre de 2006, ratificando los fundamentos de las dos instancias.

Derecho vulnerable	Argumentos de los demandantes	Argumentos del Estado
<p><i>Derecho al respeto a la vida privada y familiar Art. 8° en relación con el art. 14 (prohibición de discriminación) del CEDH</i></p>	<p>Las demandantes alegaron que estaban en un contexto análogo al de parejas heterosexuales que criaban a sus hijos. Se refirieron a numerosos estudios científicos que confirmaban que los niños se desarrollaban bien en familias de diferente sexo, como del mismo sexo.</p> <p>Las demandantes afirmaron que no había ninguna justificación razonable y objetiva para denegar la adopción del hijo de la pareja por la otra pareja cuando estas son del mismo sexo, no obstante, si es permitido a parejas heterosexuales, incluso no casadas, configurándose la desigualdad de trato entre parejas no casadas homosexuales y parejas no casadas heterosexuales, excluyéndoles toda posibilidad de adopción debido a su orientación sexual, lo que constituye una vulneración del artículo 14 del Convenio, considerado conjuntamente con el artículo 8.</p> <p>Habían conformado una familia de facto por muchos años, pero se les negaba el reconocimiento legal. Además, señalaron que lo relevante en procesos de adopción era el interés superior del niño y no el género o la orientación sexual de los padres.</p>	<p>Sobre los hechos del caso, no se vislumbra ninguna cuestión de discriminación. Los tribunales nacionales se habían negado a autorizar la adopción de “B”, porque su padre no había dado su consentimiento, además que la decisión fue en beneficio del niño. Por consiguiente, no había entrado en juego la imposibilidad legal de que un homosexual adoptara al hijo de su pareja, derivada del párrafo 2 del artículo 182 del Código Civil.</p> <p>Las demandantes pedían al Tribunal que revisara esta disposición en abstracto, agregando además que el requisito <i>sine qua non</i> para la adopción, era el consentimiento de ambos padres biológicos, legislación que también se aplicaba para parejas heterosexuales no casadas.</p> <p>El Estado aceptó que la relación entre los tres solicitantes constituía la vida familiar, sin embargo, la situación de los solicitantes no tenía comparación a la de una pareja heterosexual casada en la que uno de los cónyuges deseaba adoptar el hijo del otro.</p> <p>Los Estados cuentan con un amplio margen de apreciación en cuanto a legislar sobre la adopción. El derecho de adopción austríaco daba prioridad a los padres biológicos en lo que respecta al cuidado de su hijo. Dado que la adopción daba lugar a la pérdida de la patria potestad</p> <p>La preservación de la familia biológica y la garantía del bienestar del niño eran objetivos legítimos. El derecho austriaco busca evitar que el niño tenga dos padres o dos madres legalmente.</p>

Análisis, fundamentación y resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- El TEDH reitera que la relación de una pareja del mismo sexo que vive en una relación estable de hecho, está concebida dentro de la noción de "vida familiar", al igual que la convivencia de una pareja heterosexual. (Párr.94). Por tanto, es aplicable el artículo 8° del Convenio en relación con el artículo 14°, entendiéndolo este último, como parámetro de interpretación de una diferencia de trato de las personas en situación similar, resultando discriminatorio si se justifica objetiva y razonablemente, o “si no existe una

relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad que se pretende alcanzar”. (Párr.98).

- Cuando la diferenciación de trato tiene como único sustento el sexo o la orientación sexual (categoría protegida por el art. 14º), el “margen de apreciación del Estado es estrecho”, por tanto, si solo son tomadas en cuenta aquellas características, ello estará reñido con lo que señala el Convenio.
- El TEDH abordó como primera cuestión, determinar si los solicitantes “A” y “C” viven juntas como una pareja, además de vivir con el hijo de “C”, y analizar si ellas se encuentran en una situación análoga a la de un matrimonio heterosexual, en la que uno de los cónyuges desea adoptar el hijo biológico del otro. Ante esto el Tribunal reitera (de acuerdo al caso *Gas and Dubois*), en primer lugar, que el artículo 12 del Convenio no conmina a los Estados parte, la obligación de conceder a las parejas del mismo sexo el derecho al matrimonio, de ahí que no existe derecho al matrimonio entre estas parejas de acuerdo al artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio, teniendo el estado amplio margen para proponer otra forma de asociación para estas parejas. (Párr.106).
- El estado otorga un estatus a las parejas casadas y de acuerdo a ello, solo a estas les es permitido la adopción conjunta, la adopción del hijo del otro cónyuge es una excepción a la regla, sin embargo, el Tribunal ya en otro caso similar señaló que dos parejas del mismo sexo no se encontraban en la misma situación que una pareja casada, deduciéndose que en el presente caso no se está ante una similitud de una pareja casada para que proceda la adopción del hijo de “C”. Por consiguiente, no se ha producido ninguna violación del artículo 14 de la Convención en relación con el artículo 8, por ser situaciones distintas. (párr.110).
- El TEDH observa que los alegatos de las demandantes se centraron en la comparativa con una pareja soltera heterosexual. Señalaron que, con arreglo a la legislación austríaca, la adopción por los segundos padres estaba abierta no sólo a las parejas casadas, sino también a las parejas heterosexuales no casadas, mientras que era legalmente imposible para las parejas del mismo sexo. (Párr.111). Ante ello, el Tribunal señaló que, en efecto, si son dos situaciones comparables, lo que se va a determinar en seguida es si existió una diferencia de trato arbitraria y no justificada.
- El párrafo 2 del artículo 182 del Código Civil austriaco, señala que toda persona que adopta sustituye efectivamente al padre biológico del mismo sexo, es decir, el padre

adoptante deberá ser siempre del sexo opuesto a efectos que se rompa el vínculo con el padre biológico, hecho que resulta un imposible jurídico en el caso de parejas del mismo sexo. En el presente caso, la adopción de “B” por “A”, que es una mujer, sólo podría romper la relación con la madre biológica de “B”, que es su pareja del mismo sexo. Por lo tanto, la adopción es ineficaz para crear un vínculo legal padre-hijo entre “A” y “B”, además de la relación con su madre biológica, “C”, ni siquiera el haber estado registradas como sociedad registrada les hubiera otorgado el derecho de adopción del hijo de una de ellas. Por tanto, la legislación conduce a una distinción entre las parejas no casadas de distinto sexo y las parejas del mismo sexo en lo que respecta a la adopción de un segundo progenitor. Esto sería así incluso si el padre biológico del segundo solicitante estuviera muerto o fuera desconocido. Sería incluso imposible, así el padre de la segunda solicitante diera su consentimiento a la adopción. (Párrafos 114, 115 y 116).

- Por otro lado, el gobierno manifestó que la imposibilidad jurídica de conceder la solicitud de adopción de los solicitantes no era discriminatoria, puesto que no se basaba en la orientación sexual de “A” y “C”, asimismo, afirmaron que el párrafo 2 del artículo 182 del Código Civil se aplicaba como norma general, no obstante, el Tribunal cree que esta normativa no afecta a otras personas de la misma manera en que afecta a los solicitantes, cuya vida familiar esta confirmada por personas del mismo sexo, “existiendo una diferencia de trato entre las parejas heterosexuales de hecho y las del mismo sexo”. (Párrafos 129, 130 y 131). Lo siguiente es evaluar si la denegatoria de la adopción a parejas del mismo sexo no casadas, responde a un objetivo legítimo y si los medios son proporcionales a ese objeto.
- El Estado manifestó que el objetivo legítimo es salvaguardar y proteger a la familia tradicional, y al respecto el Tribunal ha aceptado que “la protección de la familia en el sentido tradicional es, en principio, una razón de peso y legítima que podría justificar una diferencia de trato, al igual que la protección del interés del niño”. Por lo tanto, queda evaluar si es que la medida fue proporcional.
- “En los casos en que el margen de apreciación es estrecho, así como en los casos en los que existe diferencia de trato basada en el sexo o en la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no exige simplemente que la medida elegida sea adecuada -en principio- para el logro del objetivo buscado, sino que también debe demostrarse que para alcanzar ese objetivo era necesario excluir del ámbito de aplicación a determinadas personas, en este caso las personas que viven en una relación homosexual. El Tribunal observa que la carga de la prueba recae en el Gobierno, por tanto, corresponde a este demostrar que la

protección de la familia en el sentido tradicional y, más concretamente, la protección de los intereses del niño requiere la exclusión de las parejas del mismo sexo de la adopción por un segundo progenitor, hecho que si es permitido a parejas heterosexuales no casadas, además no se presentó prueba alguna o estudio que determine que los niños criados por padres homosexuales sufren graves efectos en su comportamiento; a menos que existan otras razones particularmente convincentes y de peso que aboguen por esa prohibición absoluta”. (Párrafos 140, 141 y 146).

- El Tribunal considera válido el argumento de los demandantes sobre la existencia de familias de hecho de personas del mismo sexo a quienes se les niega la posibilidad de obtener reconocimiento y protección jurídica. El Tribunal observa que a diferencia de la adopción individual o la adopción conjunta que tiene como objeto crear una relación con un niño que anteriormente no tenía relación con el adoptante, la adopción por un segundo progenitor sirve para conferir derechos respecto del niño a la pareja de uno de los padres del niño. El propio Tribunal ha subrayado a menudo la importancia de otorgar reconocimiento legal a la vida familiar de hecho. (Párr. 145).
- Respecto del margen amplio que señaló el Estado en casos en los que no hay consenso entre los estados miembros de la UE, el Tribunal reafirma que “cuando se trata de cuestiones de discriminación por motivos de sexo u orientación sexual, respecto del artículo 14, el margen de apreciación del Estado es estrecho”. El Tribunal considera que el Gobierno no ha señalado razones particularmente poderosas y convincentes para demostrar que la exclusión de la adopción por un segundo progenitor en una pareja del mismo sexo, era necesaria para la protección de la familia en el sentido tradicional o la salvaguarda del interés ni niño. Por consiguiente, la distinción es incompatible con la Convención. (Párr.148 y 151).

En conclusión, el Tribunal considera por diez votos contra siete que se ha producido una violación del artículo 14 del Convenio, considerado conjuntamente con el artículo 8, cuando se compara el contexto de los demandantes, con la de una pareja no casada heterosexual, en la que uno de los miembros de la pareja desea adoptar el hijo del otro. “El Tribunal resuelve que no se ha violado el artículo 14 de la Convención en relación con el artículo 8 cuando se compara la situación de los solicitantes con la de una pareja casada en la que uno de los cónyuges desea adoptar el hijo del otro”. (Párr.153).

3.1.10. “Christine Goodwing c. Reino Unido. Aplicación no. 28957/95. Sentencia del 11 de julio de 2002”.

DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

El 5 de junio de 1995, la Sra. Christine Goodwin (la demandante) presentó ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, la solicitud N° 28957/95 contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, alegando violaciones de los artículos 8°, 12°, 13° y 14° del Convenio, respecto a la condición jurídica de los transexuales en Reino Unido y, en particular, al trato que reciben en el ámbito laboral y de seguridad social, las pensiones y el matrimonio. La solicitud fue declarada admisible por la Comisión el 1° de diciembre de 1997 y transmitida al Tribunal el 1° de noviembre de 1999.

La solicitante nacida del Reino Unido en 1937, es un transexual con reasignación de sexo masculino a femenino. Se sometió a una terapia de aversión entre los años 1963-1964. Aunque se casó con una mujer, a la fecha se encuentra divorciado y con cuatro hijos, su convicción era que su "sexo cerebral" no concordaba a su aspecto físico. Desde ese momento hasta 1984 asumía su papel de hombre en su centro laboral y como mujer en su tiempo libre.

En 1990, se realizó una operación de reasignación de sexo en el hospital del Servicio Nacional de Salud. Los costos fueron asumidos por el Servicio Nacional de Salud.

En 1996, la solicitante empezó a trabajar, exigiéndole su nuevo empleador, su número de seguro nacional ("NI"). A la demandante le preocupaba que el nuevo empleador rastree sus datos, ya que una vez en posesión del número, sería posible averiguar sobre sus empleadores anteriores y obtener información de ellos. Aunque pidió al Departamento de Seguridad Social (DSS) que le asignara un nuevo número de "NI", éste fue rechazado, finalmente le dio al nuevo empleador su número de identificación personal. La solicitante afirma que el nuevo empleador ha rastreado su identidad por lo que ha empezado a tener problemas en el trabajo.

En relación a la pensión, el Organismo de Contribuciones del Departamento de Seguridad Social (DSS) señaló a la señora Goodwing, que no se jubilaría a los 60 años (edad de jubilación de las mujeres en Reino Unido), y que sus contribuciones para la pensión tendrían que continuar hasta la fecha en que cumpliera los 65 años de edad (edad de jubilación de los hombres). Por consiguiente, la solicitante, se comprometió a pagar directamente las cotizaciones de su seguro que, de otro modo, serían deducidas por su empleador como para todos los empleados varones (es una política de la entidad de seguridad social aplicable para trans femeninas, en el caso de trans hombres, estos pueden reclamar directamente al DSS todas las deducciones que efectúe el empleador después de los 60 años de edad). Además, sus papeles se habían catalogados como "sensibles" (sigue figurando como varón), razón por la cual, la demandante debía de apersonarse siempre para cualquier trámite, así sea el más trivial.

En varios casos, la demandante declaró que había tenido que elegir entre presentar su Acta de Nacimiento y desistir de algunas ventajas que estaban condicionadas a que presentara este Acta, en particular, no ha seguido un préstamo condicionado a un seguro de vida, una oferta de hipoteca, del mismo modo, la solicitante está obligada a pagar las primas más altas de seguro de automóvil aplicables a los hombres. Tampoco se sintió capaz de denunciar un robo de 200 £, o el acoso de su ex empleador por temor a que la investigación le exigiera revelar su identidad, vulnerando con ello los artículos 14 en relación con el artículo 8, además del artículo 13 del Convenio.

Posición de las partes intervinientes en el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Derecho vulnerado	Argumentos de los demandantes	Argumentos del Estado
<i>Derecho al respeto a la vida privada y familiar Art. 8° en relación con</i>	“La falta de reconocimiento jurídico de su cambio de sexo ha sido la causa de experiencias discriminatorias y humillantes en su vida diaria. En el pasado, fue objeto de abusos en el trabajo y no recibió la protección adecuada contra la discriminación”.	El Gobierno afirmó que, un empleador no podía averiguar el sexo de la demandante a partir del número de identificación nacional (IN), ya que este no contenía ninguna referencia a su sexo. Además, se había expedido una nueva tarjeta de la institución nacional con su nombre y dirección actuales.

el art. 14 (prohibición de discriminación) y el artículo 12 (derecho a contraer matrimonio) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del CEDH

Afirmó, que los trámites específicos que tuvo que realizar para pagar sus contribuciones a la IN, así como la denegatoria de una pensión a los 60 como le correspondía por ser mujer, constituían una diferencia de trato injustificada, ya que habrían sido innecesarios si se la hubiera reconocido como mujer a efectos legales. En particular, “el hecho mismo de que el Departamento de Seguridad Social aplicara una política de marcar los registros de los transexuales como sensibles era una diferencia de trato”. (Párr.60).

Señaló que los procedimientos especiales a los que tuvo que someterse, como la exigencia que declarase su sexo de nacimiento o que presentara su certificado de nacimiento al solicitar un seguro de vida, una hipoteca, una pensión privada o un seguro de automóvil, la llevó a no buscar estas posibilidades en su beneficio. (Párr.62).

En relación a la vulneración del artículo 12 del Convenio, “la demandante se quejó de que, aunque actualmente disfrutaba de una relación plena con un hombre, ella y su pareja no podían casarse porque la ley la trataba como un hombre, lo que era una violación al artículo 12 al valorar el criterio de sexo biológico para excluir a los que no cumplan con ello por ser transexuales”. (Párr.95).

El Departamento de Seguridad Social tiene una política de confidencialidad de los datos personales del titular y, más aún si son transexuales. Por ello, un empleador no puede acceder a la información del DSS para conocer sobre la identidad sexual de un trabajador. En consecuencia, la negativa a emitir un nuevo número de IN estaba justificada, ya que la singularidad del número de IN es sumamente relevante para la administración del sistema nacional de seguridad social. (Párr.66).

En cuanto a la imposibilidad de que el solicitante obtuviera una pensión de jubilación del Estado a los 60 años, el Gobierno señala que “la distinción entre hombres y mujeres en cuanto a la edad de jubilación se había considerado compatible con el derecho de la Comunidad Europea”. [...] Asimismo, la preservación de la condición jurídica del solicitante como hombre no era contraria al artículo 8, permitir el cobro de la pensión del solicitante a los 60 años, constituiría un trato favorable para algunos e injusto para otros.

Por último, en lo que respecta a las denuncias de agresión y abuso en el trabajo, la solicitante pudo haber presentado cargos, puesto que el acoso en el lugar de trabajo por motivos de transexualidad está prohibido por la Ley sobre la discriminación sexual de 1975. Por lo tanto, la legislación nacional ofrecía una protección adecuada. (Párr. 69).

Ni el artículo 12° ni en el artículo 8° del Convenio exigen que un Estado permita a un transexual casarse con una persona de su sexo original. (Párr.96).

Análisis, fundamentación y resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- El Tribunal evalúa el caso a partir de dos premisas, primero si se respetó la vida privada y segundo la falta de reconocimiento jurídico de la reasignación de sexo del demandante. Para determinar si existe o no una obligación positiva conforme al artículo 8 del Convenio, debe tenerse en cuenta el justo equilibrio entre “el interés general de la comunidad y los intereses del individuo, cuya búsqueda es inherente al conjunto de la Convención”. Además de ello, el Tribunal ha señalado en varias ocasiones que es consciente de los graves problemas sobre la realidad de los transexuales y ha subrayado la importancia de seguir examinando la necesidad de adoptar medidas jurídicas apropiadas (Párr.72 y 74).

- El Tribunal reconoce que el estrés y la alienación que surgen de la discordancia entre la posición social que asume un transexual posoperatorio y la condición impuesta por la ley que se niega a reconocerlo jurídicamente, no puede, en opinión del Tribunal, considerarse un inconveniente menor derivado de una formalidad. Surge un conflicto entre la realidad social y la ley que coloca al transexual en una posición anómala en la que puede experimentar sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad. (Párr.77).
- La reasignación de género de la demandante fue realizada por el Estado, que reconoce la disforia de género y prevé, por ejemplo, la reasignación mediante cirugía con miras a lograr una asimilación lo más parecida posible al género deseado por el transexual. Al Tribunal le llama la atención que la reasignación de género no goce de un reconocimiento jurídico pleno, lo que podría considerarse como el paso final y culminante del largo y difícil proceso de transformación que ha experimentado el transexual. Cuando un Estado autoriza el tratamiento y la operación de un transexual, ha financiado o ayudado a financiar las operaciones y, de hecho, permite la inseminación artificial de una mujer que vive con un transexual de mujer a hombre (como se demostró en el caso de X., Y. y Z. c. el Reino Unido), no es razonable negarse a reconocer las consecuencias jurídicas del resultado al que conduce el tratamiento. (Párr.78).
- El Tribunal, hizo referencias informes médicos e incluso mencionó la cuarta edición del Manual de Diagnóstico y Estadística (DSM-IV) y la décima edición (CIE-10), en el cual se sustituyó el diagnóstico de transexualismo por el de "trastorno de identidad de género", no obstante, el Tribunal no está persuadido de que el estado de la ciencia médica o de los conocimientos científicos ofrezca ningún argumento determinante en lo que respecta al reconocimiento jurídico de los transexuales. (Párr.81).
- [...] “En el siglo XXI, el derecho de los transexuales al desarrollo personal y a la seguridad física y moral en el sentido pleno del que gozan los demás en la sociedad no puede considerarse como una cuestión controvertida que requiere un lapso de tiempo para arrojar una luz más clara sobre esta cuestión. En resumen, la situación insatisfactoria en la que viven los transexuales postoperatorios en una zona intermedia, al no ser exactamente un género u otro, ya no es sostenible”. (Párr.90)
- [...] Tampoco convencen al TEDH, los argumentos que esgrime el Estado sobre “permitir que la demandante se acoja a las normas de la pensión aplicables a las mujeres, cambiando su fecha de elegibilidad para su pensión estatal causaría injusticia a otros en los sistemas de seguro nacional y de pensión estatal”. En efecto, no se ha demostrado que

algún cambio en la condición de los transexuales derive en una dificultad concreta o sustancial o un perjuicio para el interés público y, en lo que respecta a otras posibles consecuencias, el TEDH considera que cabe esperar razonablemente que la sociedad tolere cierto inconveniente para permitir que los individuos vivan con dignidad y valía de acuerdo con la identidad sexual elegida por ellos. (Párr.91).

- El Tribunal dictamina que el Gobierno demandado no puede alegar que la problemática está dentro de su “margen de apreciación”. Dado que no hay factores de interés público que puedan pesar sobre el interés de la demandante “en obtener el reconocimiento legal de su reasignación de sexo, llegando a la conclusión de que el justo equilibrio inherente al Convenio se inclina ahora decisivamente a favor de la demandante”. Por consiguiente, se produjo la violación del artículo 8 del Convenio. (Párr.93).

Respecto a la vulneración del artículo 12 del Convenio (derecho a contraer matrimonio):

- El Tribunal señaló que el artículo 12° garantiza el derecho fundamental de un varón y una mujer a casarse y fundar una familia. Sin embargo, el segundo aspecto no es una condición del primero y la incapacidad de una pareja para concebir o criar un hijo no puede considerarse que elimine por sí misma su derecho a disfrutar de la primera parte de esta disposición. El ejercicio del derecho a contraer matrimonio tiene consecuencias sociales, personales y jurídicas. Está sujeto a las leyes nacionales de los Estados parte, pero las limitaciones así introducidas no deben restringir o reducir el derecho de tal manera que perjudique la esencia misma del derecho. (Párrafos 98 y 99).
- “El Tribunal no encuentra ninguna justificación para impedir que el transexual disfrute del derecho a contraer matrimonio en cualquier circunstancia, llegando a la conclusión de que ha habido una violación del artículo 12 de la Convención en el presente caso”. (Párrafos 103 y 104).
- En relación a la vulneración del al artículo 14, el Tribunal concluyó que la falta de reconocimiento jurídico del “cambio de género de un transexual postoperatorio” es el núcleo de las reclamaciones de la demandante en virtud del artículo 14 del Convenio (numerosos prejuicios y experiencias discriminatorias, el hecho de la pensión o el pase libre en el transporte público para mujeres a partir de los 60 años). En consecuencia, se ha llegado a la conclusión de que se ha violado el artículo 8° del Convenio.

En relación a la violación del artículo 13 del Convenio (interposición de un recurso efectivo).

- La demandante se quejó de que no disponía de ningún recurso efectivo con respecto a los asuntos denunciados anteriormente. El Tribunal estima que en la medida en que no existía ningún recurso en el derecho interno antes del 2 de octubre de 2000, fecha en que entró en vigor la *Human Rights Act 1998*, las reclamaciones del demandante incumplen este principio. Después de esa fecha, la demandante habría podido presentar sus quejas ante los tribunales nacionales, ya que tuvo a su disposición una serie de posibles recursos. El Tribunal considera que, en estas circunstancias, no se ha infringido el artículo 13 de la Convención en el presente caso.

En conclusión, el Tribunal sostiene por unanimidad que ha habido una violación del artículo 8° y 12° de la Convención, además no existe relación con la vulneración del artículo 14° de la Convención; asimismo, se resuelve por unanimidad, que no se ha violado el artículo 13° de la Convención.

3.1.11. “*Karner c. Austria. Aplicación no. 40016/98. Sentencia del 24 de octubre de 2003*”

DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

La causa tiene como solicitud (N° 40016/98) y fue interpuesta contra la República de Austria presentada ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, con arreglo al antiguo artículo 25 del Convenio, por el Sr. Siegmund Karner, el 24 de julio de 1997.

Desde 1989 el demandante vivía con el Sr. W., con quien tenía una relación homosexual, en un departamento en Viena que este último había alquilado un año antes. Compartieron los gastos del departamento.

En 1991 el Sr. W. descubrió que era portador de VIH, sin embargo, su relación con el solicitante continuó. En 1993, cuando el Sr. W. tuvo complicaciones con su salud a causa del SIDA, el solicitante lo cuidó. En 1994 el Sr. W. falleció después de designar al demandante como su heredero.

Luego de ello, en 1995, el propietario del departamento inició un procedimiento contra el solicitante para la terminación del alquiler. El 6 de enero de 1996 el Tribunal de Distrito de Favoriten desestimó la demanda, considerando que el párrafo 3 del artículo 14 de la Ley de arrendamientos,³⁶ estipulaba que los miembros de la familia tenían derecho a suceder en el arrendamiento, norma aplicable a una relación homosexual. El propietario apeló ante el Tribunal Civil de Viena, este, el 30 de abril de 1996 desestimó la apelación, pues consideró que el párrafo 3 del artículo 14 de la Ley de arrendamientos tenía por objeto proteger a las personas que habían vivido juntas durante mucho tiempo sin estar casadas contra la repentina falta de vivienda, aplicándose tanto a parejas heterosexuales como a las parejas del mismo sexo. Sin embargo, el 5 de diciembre de 1996, el Tribunal Supremo otorgó la razón al propietario, anulando la decisión del tribunal de Apelación, dando por terminado el contrato de arrendamiento. Consideró que la noción de "compañero de

³⁶ **Ley de arrendamientos (Mietrechtsgesetz).** Párrafo 3 del artículo 14.

3) Tendrán derecho a suceder en el arrendamiento a los efectos del apartado 2): el cónyuge, un compañero de vida, los parientes en línea directa, incluidos los hijos adoptivos, y los hermanos del antiguo arrendatario, en la medida en que esas personas tengan una necesidad apremiante de alojamiento y ya hayan vivido en la vivienda con el arrendatario como miembros del mismo hogar. A los efectos de esta disposición un "compañero de vida" es la persona que haya vivido en el departamento o casa con el antiguo inquilino hasta el fallecimiento de éste durante tres años por lo menos, compartiendo un hogar en condiciones económicas similares a las del matrimonio; se considerará que un compañero de vida ha vivido en el piso durante tres años si se mudó al mismo junto con el antiguo inquilino al principio".

vida" (*Lebensgefährte*) del párrafo 3 del artículo 14 de la Ley de arrendamientos debía interpretarse en el momento de su promulgación, época en la cual el legislador en 1974 no pensó en incluir a personas del mismo sexo.

El 26 de septiembre de 2000 el demandante murió.

Posición de las partes intervinientes en el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Derecho vulnerado	Argumentos de los demandantes	Argumentos del Estado
<p><i>Derecho al respeto a la vida privada y familiar Art. 8° en relación con el art. 14 (prohibición de discriminación), el artículo 12 (derecho a contraer matrimonio) y el artículo 1 del Protocolo núm. 1 del CEDH.</i></p>	<p>El abogado del demandante subrayó que el caso se refería a una cuestión importante del derecho austríaco y que el respeto de los derechos humanos requería que se siguiera examinando, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 37 <i>in fine</i>. El párrafo 1 del artículo 37 del Convenio dice lo siguiente: No obstante, la Corte continuará el examen de la solicitud, si así lo exige el respeto de los derechos humanos definidos en el Convenio y sus Protocolos. (Párr. 21).</p> <p>El demandante alegó que había sido víctima de discriminación por su orientación sexual, ya que el Tribunal Supremo en su decisión de 5 de diciembre de 1996, le había denegado la condición de "compañero de vida" del difunto Sr. W. en el sentido del artículo 14 de la Ley de arrendamientos, impidiéndole así suceder al Sr. W. en el alquiler. Se basó en el artículo 14 de la Convención tomado en relación con el artículo 8. (Párr. 29).</p> <p>El artículo 14 de la Ley de arrendamientos tenía por objeto proporcionar a los cohabitantes supervivientes protección social y financiera contra la falta de vivienda, por consiguiente, no había justificación para la diferencia de trato entre parejas homosexuales y heterosexuales. Razón por la cual, había sido víctima de discriminación por su orientación sexual. (Párr.34).</p>	<p>El Gobierno pidió que se suprimiera la solicitud de la lista de casos de conformidad con el párrafo 1 del artículo 37 de la Convención, ya que el solicitante había fallecido y no había herederos que desearan proseguir con la solicitud. (Párr. 20).</p> <p>El presente caso no entraba en el ámbito de aplicación del artículo 8 en lo que respecta a los elementos de "vida privada y familiar". La cuestión de si entraba en el ámbito del elemento "hogar" podía dejarse abierta, pero, en cualquier caso, no se había producido ninguna violación del artículo 14 de la Convención, considerado conjuntamente con el artículo 8. (Párr.31).</p> <p>La diferencia de trato tenía una justificación objetiva y razonable, ya que el objetivo de la disposición pertinente de la Ley de arrendamientos había sido la "protección de la familia tradicional". (Párr. 35).</p>

Análisis, fundamentación y resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- La práctica del Tribunal ha sido desestimar las solicitudes de casos en ausencia de cualquier heredero o pariente cercano que haya expresado el deseo de continuar con la solicitud. (Párr.23). Ahora, si en virtud del artículo 34° del Convenio³⁷ la existencia de

³⁷ Convenio Europeo de Derechos Humanos. **Artículo 34. Demandas individuales**

una "víctima de una violación", que se vea afectado por una presunta violación de un derecho prescrito en el Convenio, resulta imperioso que se operativicen los mecanismos de protección del Convenio. Los casos de derechos humanos vistos en el Tribunal, tienen por lo general también una dimensión moral que debe tenerse en cuenta al considerar si se debe continuar el examen de una solicitud después del fallecimiento del solicitante. Tanto más si la cuestión principal planteada por el caso trasciende a la persona y los intereses del solicitante. (Párrafos 25).

- En virtud a ello, el Tribunal considera que la problemática del presente recurso – “la diferencia de trato de los homosexuales en lo que respecta a la sucesión en los arrendamientos en la legislación austríaca” - implica una importante cuestión de interés general no sólo para Austria sino también para otros Estados Partes, en consecuencia, se prosigue con el examen de caso, rechazándose la petición del Gobierno de que se elimine la solicitud de l lista. (Párrafos 27 y 28).

En relación a la presunta violación del artículo 14 en relación con el artículo 8.

- El tribunal interpreta, que el solicitante había estado viviendo en el departamento que había alquilado el Sr. W. y si no hubiera sido por su orientación sexual, podría haber sido aceptado como compañero de vida con derecho a suceder en el contrato de alquiler de conformidad con el artículo 14 de la Ley de arrendamientos. Por lo tanto, se aplica el artículo 14 de la Convención. (Párr.33).
- El Tribunal ha reiterado en distintas jurisprudencias que “a efectos del artículo 14º, una diferencia de trato es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un objetivo legítimo o si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar. [...]

Al igual que las diferencias basadas en el sexo, las diferencias basadas en la orientación sexual requieren razones especialmente graves para su justificación. En relación a ello, el TEDH, ya ha manifestado que se puede aceptar que la protección de la familia en el sentido tradicional es, en principio, una razón de peso y legítima que podría justificar una diferencia de trato. Ante ello hay que probar si esta medida es proporcional de acuerdo al fin que se pretende alcanzar”. (Párrafos 37)

“El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho”.

- En casos como los de la salvaguarda de la familia, el “margen de apreciación de los Estados es estrecho” y “el principio de proporcionalidad no exige simplemente que la medida elegida sea, en principio, adecuada para realizar el objetivo buscado, sino, también debe demostrarse que para alcanzar ese objetivo es necesario excluir a determinadas personas -en este caso las personas que viven en una relación homosexual- del ámbito de aplicación del artículo 14° de la ley de arrendamientos. El Tribunal considera que el Gobierno no ha ofrecido razones convincentes y de peso que justifiquen la estrecha interpretación del párrafo 3 del artículo 14° de la Ley de arrendamientos que impide al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo, acogerse a esa disposición. Produciéndose la violación del artículo 14° de la Convención, considerado conjuntamente con el artículo 8°”. (Párrafos 41 y 42).
- Por las razones previas, 1. El Tribunal rechaza por seis votos a uno la petición del Gobierno de que se elimine la solicitud de la lista de casos; 2. Sostiene por seis votos a uno que ha habido una violación del artículo 14 de la Convención tomada en conjunto con el artículo 8°.

3.1.12. “Kozak c. Polonia. Aplicación no. 13102/02. Sentencia del 2 de junio de 2010”

DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

La causa se originó en una solicitud (N° 13102/02) contra la República de Polonia presentada ante el Tribunal por el Sr. Piotr Kozak, el 23 de agosto de 2001. El demandante alegó, en particular, la infracción del artículo 14° en relación con el artículo 8° del Convenio, afirmando que había sido discriminado por su orientación homosexual, puesto que se le había negado el derecho a suceder a un inquilino después de la muerte de su pareja.

En 1989 el demandante se mudó a un departamento municipal alquilado por el señor T.B, pareja del solicitante, con quien había sostenido una relación, ambos compartieron los gastos de la vivienda. El 1 de abril de 1998 T.B. murió. En fecha posterior, el demandante solicitó al alcalde de Szczecin que se de por concluido el arrendamiento con el difunto, siendo el demandante el nuevo arrendador. Luego de un proceso judicial de desalojo, se determinó que el demandante no tenía ningún título legal sobre la vivienda en litigio y que debía concederse la orden de desalojo.

Posteriormente, el 14 de junio de 2000, el señor Kozak demandó ante el Juzgado de Distrito, al Municipio (proceso de sucesión de arrendamiento), solicitando que se le declare sucesor de T.B en el arrendamiento de la vivienda. El 22 de febrero de 2001, el Tribunal resuelve declarar infundada su petición con los siguientes argumentos *"En virtud del párrafo 1 del artículo 8 de la Ley de 1994, una persona puede hacerse cargo de un arrendamiento si ha cumplido conjuntamente las cuatro condiciones siguientes: 1) tenía una relación estrecha con el inquilino fallecido por parentesco, adopción o cohabitación marital de hecho; 2) residía permanentemente con el inquilino hasta su muerte; 3) no había renunciado a este derecho al propietario y 4) a la muerte del inquilino no tenía título de propiedad de otro piso"*.

El demandante precisó que si bien, había terminado su relación afectiva con el señor T.B, incumpléndose así uno de los requisitos de la sucesión arrendadora; y aun suponiendo que existieran todos los requisitos mencionados para una relación marital de hecho, la convivencia entre el solicitante y T.B no podía considerarse como tal. De conformidad con la legislación polaca, el matrimonio sólo puede contraerse entre

una mujer y un hombre³⁸. En consecuencia, la legislación solo reconoce las convivencias de personas de distinto sexo.

Esta decisión fue apelada al Tribunal Regional, que con fecha 1 de junio de 2001, confirma la Resolución del Tribunal de distrito, manifestando que el párrafo 1 del artículo 8 de la Ley de 1994³⁹ se refiere a las personas que permanecen en una relación de hecho de personas de distinto sexo con vínculos físicos, emocionales y económicos estables, que imitan un matrimonio, el apelante no puede suponer que esta ley se aplica también a las relaciones homosexuales, ya que la convivencia marital de hecho sólo tiene lugar entre una mujer y un hombre que cohabitan juntos y que tienen aptitud para casarse. Por tanto, en el caso del señor Kozac y su pareja no es admisible el matrimonio para que se cumpla con esta institución, los contrayentes solo pueden ser de sexo opuesto. La ley polaca no reconoce las convivencias de personas del mismo sexo. Existe el principio constitucional de la protección de la familia fundada en la unión de una mujer y un hombre. Alegan que las disposiciones de los tratados internacionales ratificados por Polonia, es decir, el artículo 12 del Convenio y el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantizan la protección jurídica sólo en lo que respecta a las relaciones heterosexuales.

Posición de las partes intervinientes en el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Derecho vulnerado	Argumentos de los demandantes	Argumentos del Estado
<p><i>Derecho al respeto a la vida privada y familiar Art. 8° en relación con el art. 14 (prohibición de discriminación), del CEDH.</i></p>	<p>El demandante reconoció que él y T.B. tuvieron una discusión hace un año y medio antes de la muerte de este último, dejando de pagar el alquiler y se había mudado por algún tiempo. Sin embargo, nueve meses antes de la muerte de T.B. se habían reconciliado y habían reanudado su relación. (Párr. 12).</p> <p>En cuanto al funeral de T.B., el demandante declaró que, oficialmente, había sido la ex esposa de T.B. quien había organizado el funeral y había recibido un reembolso parcial de los gastos de la Seguridad Social, pero que él la había ayudado a organizarlo y había participado en la ceremonia. (Párr.13).</p>	<p>El Gobierno sostuvo que el solicitante y T.B. tuvieron un conflicto, razón por la cual, T.B. solicitó a las autoridades que suprimieran el nombre del demandante del registro de residentes (agosto de 1978), concediéndosele la solicitud, además tenía la intención de iniciar un procedimiento de desalojo en su contra. Ambos dejaron de vivir en la casa por casi un año y medio antes de la muerte de T.B. dejando de pagar el alquiler de la vivienda. Tres meses antes de su muerte, T.B. se quedó en la casa de su hermano, pero volvió a la vivienda a mediados de febrero de 1998.</p> <p>El demandante no vivía en el departamento al momento de la muerte de T.B. además que el solicitante no había asumido la responsabilidad del funeral de T.B. (Párr.11).</p> <p>Se había establecido en los procedimientos internos que el demandante había vivido</p>

³⁸ **Código de Familia y Custodia.** Artículo 1 § 1. "Se contraerá matrimonio cuando un hombre y una mujer presentes simultáneamente hayan declarado ante el Registro del Estado Civil que se casan." La Constitución señala en su artículo 18, que "El matrimonio, que es la unión de un hombre y una mujer, así como la familia, la maternidad y la paternidad se pondrán bajo la protección y el cuidado de la República de Polonia".

³⁹ El artículo 8.1 del Acta de 1994:

"1. En caso de fallecimiento del inquilino, sus descendientes, ascendientes, hermanos adultos, padres adoptivos o hijos adoptivos o una persona que haya convivido con un inquilino en convivencia marital de hecho, sucederán al contrato de arrendamiento y adquirirán los derechos y obligaciones del inquilino relacionados con [el arrendamiento de] la vivienda, a menos que renuncien a ese derecho ante el propietario. Esta disposición no se aplicará a las personas que, al fallecer el inquilino [original], tenían el título de propiedad de otra vivienda.

permanentemente en el piso de E.B. en Calle J. y que sólo estaba registrado como residente permanente en el piso de T.B. Por lo tanto, el solicitante que no había cumplido la condición de residencia permanente con T.B. y no había desarrollado ninguna relación estrecha con él, no había cumplido los demás criterios establecidos en el artículo 8 1). (Párr. 89). No existió discriminación en el presente caso y, por consiguiente, no había habido violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 de la Convención.

Análisis, fundamentación y resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

Respecto a la vulneración del artículo 14 en relación al artículo 8 del Convenio:

- El demandante alegó que, el hecho que los tribunales polacos le negaran el derecho de suceder en el arrendamiento a su pareja era discriminatorio en base a su orientación sexual. Ante ello, el Tribunal señala que la orientación sexual corresponde a la vida íntima de una persona y por ende encuentra garantía en el artículo 8 del Convenio. Además, que consta que el demandante estaba inscrito en el registro como residente, cuando el proceso de sucesión estaba pendiente. Estos hechos son parte de lo que se denomina “hogar”, en el sentido del artículo 8, por lo tanto, el Tribunal sostiene que el artículo 14 del Convenio se aplica en el presente caso. (Párrafos 83 y 84).
- En el disfrute de los derechos y libertades garantizados por el Convenio, el artículo 14° ofrece protección contra “el trato diferente sin una justificación objetiva y razonable de personas en situaciones similares”, sin embargo, debe tenerse en cuenta que no todas las diferencias de trato equivalen a una violación de esta disposición, por tanto los Estados gozan de un “margen de apreciación” que les permite hacer diferenciaciones siempre que protejan un fin legítimo y además sean objetivos, razonables y proporcionales. Por otro lado, “la orientación sexual es una categoría protegida por el artículo 14° del Convenio, además, cuando la distinción en cuestión opera en esta esfera íntima y vulnerable de la vida privada de un individuo, es necesario presentar ante el Tribunal razones de especial peso para justificar la medida adoptada. Cuando una diferencia de trato se basa en el sexo o la orientación sexual, el margen de apreciación del Estado es estrecho y en tales situaciones, el principio de proporcionalidad no sólo exige que la medida elegida sea adecuada para realizar el objetivo buscado, sino que además debe demostrarse que es necesaria en las circunstancias”. (Párrafos 91 y 92).
- El TEDH advierte que los tribunales nacionales, en particular el Tribunal Regional, se concentraron en un solo aspecto de los hechos alegados por el demandante como era el

carácter homosexual de su relación con T. B. así lo resaltó el Tribunal de primera instancia al señalar que se rechazó la demanda porque, con arreglo a la legislación polaca, sólo una relación de distinto sexo reunía las condiciones para la cohabitación de hecho lo que excluye a las parejas del mismo sexo de la sucesión a un arrendamiento; en el mismo sentido, el Tribunal de Apelación manifestó que *"la legislación polaca no reconoce las relaciones de las personas del mismo sexo", "la cohabitación de hecho sólo tiene lugar si una mujer y un hombre cohabitan juntos" y que "no se refiere a las parejas que tienen relaciones homosexuales, aunque tengan vínculos emocionales y físicos estables"*. (Párr. 96).

- Como puede verse, a diferencia de lo que argumentó el Gobierno, el elemento determinante no era la cuestión de la residencia del demandante en la vivienda o la estabilidad emocional, económica o de otro tipo de su relación con T.B., sino el carácter homosexual de esa relación, que de por sí lo excluía de la sucesión. (Párr. 97) ante ello, hay que analizar si esta diferenciación tiene una justificación objetiva y razonable.
- En relación a ello, el objetivo a garantizar es el de protección de la familia fundada en la "unión de un hombre y una mujer", como prescribe el artículo 18º de la Constitución de Polonia; considerándose este como un objetivo legítimo y para lograr esto. *"El Estado, tiene una serie de medios destinados a proteger a la familia como lo exige el artículo 8, además de asegurar el respeto de la vida familia, teniendo en cuenta la evolución de la sociedad y los cambios en la percepción de las cuestiones sociales, del estado civil y de las relaciones incluido el hecho de que no hay una sola manera o una sola elección en la esfera de la conducción y la vida familiar o privada"*. (Párr.98).
- La búsqueda de un "equilibrio entre la protección de la familia tradicional y los derechos de las minorías sexuales consagrados en el Convenio" es un ejercicio difícil y delicado. [...] No obstante, teniendo en cuenta el estrecho margen de apreciación del Estado al adoptar medidas que dan lugar a una diferenciación basada en la orientación sexual, el TEDH no puede aceptar la exclusión de las parejas que viven en una relación homosexual de la sucesión, ello es imperioso para la protección de la familia tradicional, máxime si el gobierno de Polonia tampoco ha aducido ninguna razón convincente o apremiante para justificar la distinción en el trato de las parejas heterosexuales y homosexuales en el momento de los hechos. (Párr. 99).
- El Tribunal estima que los funcionarios polacos, al rechazar la demanda del recurrente por su relación homosexual con T. B., no esgrimieron una relación razonable de

proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios empleados.

Por consiguiente, el Tribunal resuelve que se ha violado el artículo 14°, conjuntamente con el artículo 8° de la Convención.

3.1.13. “Shalk y Kopf c. Austria. Aplicación no. 30141/04. Sentencia del 22 de noviembre de 2010”.

DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

El caso (núm. 30141/04) se interpuso el 5 de agosto de 2004, contra la República de Austria interpuesta por los señores D. Horst Michael Schalk (1962) y D. Johan Franz Kopf (1960) (los «demandantes»), quienes alegan haber sido discriminados al denegárseles, como pareja del mismo sexo residentes en Viena, el acceso de contraer matrimonio u obtener otro reconocimiento legal de su relación.

El 10 de septiembre de 2002, los demandantes solicitaron a la Oficina de Asuntos de Estado Civil (Standesamt) la realización de los trámites para contraer matrimonio. Esta oficina denegó su solicitud mediante decisión del 20 de diciembre de 2002, considerando, conforme al artículo 44° del Código Civil⁴⁰, que sólo pueden contraer matrimonio dos personas de distinto sexo. Según reiterada jurisprudencia en el país, el matrimonio entre dos personas del mismo sexo es nulo. Al ser los demandantes dos hombres, no podían contraer matrimonio. Los demandantes recurrieron la resolución ante el Gobernador Regional de Viena sin resultado favorable, señalando entre otros argumentos, que el artículo 12° del Convenio reserva el derecho al matrimonio a las personas de distinto sexo.

En un recurso constitucional, los demandantes señalaron que la denegatoria de acceder a la figura del matrimonio constituye una vulneración de su derecho al respeto a la vida privada y familiar y del principio de no discriminación. En particular, precisaron que “la procreación y la educación de los hijos no constituyen ya parte esencial del matrimonio, que, en la percepción actual es una unión permanente que afecta a todos los aspectos de la vida”. No existe motivación para excluir de él a las parejas del mismo sexo, especialmente teniendo en cuenta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que las diferencias basadas en la orientación sexual requieren motivos especialmente sólidos. Otros países europeos permiten el matrimonio homosexual o han modificado sus leyes para conceder un mismo estatus a las parejas del mismo sexo, ello sumado a que, si en el supuesto que uno de ellos fallezca el compañero superviviente no tendría ningún derecho en los bienes y beneficios de su pareja.

El 12 de diciembre de 2003, el Tribunal Constitucional (Verfassungsgerichtshof) desestimó la demanda, argumentando que “el respeto del concepto tradicional es un motivo suficiente para continuar aplicando los criterios biológicos al determinar el sexo de una persona a los efectos del matrimonio. El hecho de que las relaciones entre personas del mismo sexo estén incluidas en el concepto de la vida privada y, por tanto, disfruten de la protección del artículo 8 del CEDH, que también prohíbe la discriminación por razones no objetivas (artículo 14 del CEDH) no crea una obligación de modificar la regulación legal del matrimonio.”

⁴⁰ **El artículo 44 del Código Civil (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch)** «El contrato matrimonial es la base de las relaciones familiares. Por el contrato matrimonial, dos personas del sexo opuesto declaran su propósito legítimo de vivir juntas en matrimonio indisoluble, engendrar y criar a los hijos y apoyarse mutuamente». Por otro lado, en Austria, ya se encontraba regulada la **Ley de Uniones Registradas**, que entró en vigor el 1 de enero de 2010. En su artículo 2 establece lo siguiente: «Sólo podrán formar uniones registradas dos personas del mismo sexo (los miembros de la unión registrada). Al hacerlo, se comprometen en una relación duradera, con derechos y obligaciones mutuos». La Ley de Uniones Registradas contiene también una amplia gama de modificaciones de la legislación vigente para otorgar a los miembros de la unión registrada la misma situación legal que los esposos en diversos ámbitos jurídicos, como la sucesión hereditaria, la normativa laboral, social y de seguridad social, el derecho tributario, el procedimiento administrativo, la legislación de protección de datos y las cuestiones de servicio público, pasaporte y registros, así como en materia de extranjería. (Párr.22). Asimismo, los miembros de la unión registrada no pueden adoptar hijos; ni la adopción de los hijos de su pareja, ni la inseminación artificial.

Posición de las partes intervinientes en el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Derecho vulnerado	Argumentos de los demandantes	Argumentos del Estado
<p><i>Derecho al respeto a la vida privada y familiar Art. 8° en relación con el art. 14 (prohibición de discriminación), el artículo 12 (derecho a contraer matrimonio) y el artículo 1 del Protocolo núm. 1 del CEDH.</i></p>	<p>La negativa del Estado a permitirles contraer matrimonio contraviene el artículo 12° del Convenio, que establece lo siguiente: «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».</p> <p>La evolución de la institución del matrimonio, no permite la existencia de motivos para proscribir su acceso a las parejas del mismo sexo. La redacción del artículo 12° no debe interpretarse en el sentido de que el hombre y la mujer sólo tienen derecho a casarse con una pareja del sexo contrario. (Párr.44).</p> <p>No hay nada que indique “que la exclusión del matrimonio de las parejas del mismo sexo sea necesaria para proteger a la familia tradicional. Las diferencias entre el matrimonio y la unión registrada, continúan siendo discriminatorias”. (Párrafos 77 y 78).</p>	<p>La normativa sobre “Uniones Registradas” permite a las parejas homosexuales, obtener un estado legal lo más aproximado al matrimonio de las parejas de distinto sexo. (Párr. 35).</p> <p>El derecho a casarse está, por su propia naturaleza, limitado a las parejas de distinto sexo, no obstante, se admite que desde la aprobación del Convenio se han dado cambios en la institución del matrimonio, pero que no existe aún un consenso europeo para otorgar a las parejas del mismo sexo el derecho a casarse y que este derecho no puede inferirse tampoco del artículo 9° de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. “Pese a su distinta redacción, este último remite la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo a la legislación nacional”. (Párr.43)</p>

Análisis, fundamentación y resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- El Tribunal señala que el artículo 12° del Convenio otorga el derecho a casarse a «el hombre y la mujer, sin embargo, debe tenerse en cuenta el contexto histórico en el que se adoptó el Convenio. En la década de 1950 el matrimonio se entendía claramente en el sentido tradicional de la unión entre personas de distinto sexo. En cualquier caso, los demandantes no basan su demanda en la interpretación textual del artículo 12, sino fundamentalmente en la jurisprudencia del Tribunal que considera el Convenio como un instrumento vivo, que ha de interpretarse en las condiciones actuales, y que según los demandantes, en las condiciones actuales debe interpretarse que el artículo 12 garantiza a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio o que obliga a los Estados miembros a proporcionar este acceso en sus leyes nacionales. (Párrafos 54, 55 y 57).
- El Tribunal constata que “no existe un consenso europeo respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo” y que, a la fecha de la presentación del caso, sólo lo permiten seis de los 47 Estados miembros del Convenio (Bélgica, los Países Bajos, Noruega,

Portugal, España y Suecia.) (Párrafos 27, 58).

- Al remitirse a las Leyes nacionales, el artículo 9° de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea,⁴¹ otorga a los Estados la facultad de legislar o no sobre el matrimonio igualitario, no obstante, esto no es una exigencia obligaciones para los Estados. En conclusión, el Tribunal considera que el artículo 12° del Convenio no impone al Estado demandando la obligación de permitir el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo, como los demandantes. Por lo tanto, no se ha vulnerado el artículo 12° del Convenio. (Párrafos 59, 60, 61, 63 y 64).

Respecto a la supuesta violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio.

- Los demandantes sostienen que su demanda se sostiene en la discriminación sufrida por ser una pareja del mismo sexo coincide con la postura del Gobierno respecto a la aplicabilidad del artículo 14°, interpretado conjuntamente con el artículo 8°, que afirma que “al igual que las diferencias por razón de género, las diferencias por razón de orientación sexual requieren motivos especialmente graves de justificación”. A juicio de los demandantes, el Gobierno no ha aportado tales motivos para privarles del acceso al matrimonio. Bien, el Tribunal da por sentado que la relación entre dos personas del mismo sexo, constituye “vida privada”, no obstante, se debe determinar si esto mismo constituiría “vida familiar”, para ello el Tribunal precisa que, a la luz de la evolución en lo que respecta a relaciones afectivas, se considera artificial mantener el planteamiento de que, a diferencia de las parejas de distinto sexo, las del mismo sexo no pueden disfrutar de «vida familiar» a los efectos del artículo 8. Por ello, la convivencia de hecho de los demandantes pertenece al ámbito de «vida familiar», al igual que una pareja de distinto sexo en la misma situación. Por consiguiente, es de aplicación el artículo 14°, tomado en conjunción con el artículo 8°. (Párrafos 94 y 95).
- Respecto a la reclamación de los demandantes sobre la inexistencia de otra forma de reconocimiento jurídico, el Tribunal constata que en el momento en que formularon su demanda, carecían de una vía para obtener reconocimiento de su relación conforme a la Ley de Austria. Esta situación se mantuvo hasta el 1 de enero de 2010, cuando entró en vigor la “Ley de Uniones Registradas”. Sin embargo, los demandantes tienen actualmente la posibilidad de acceder a una unión registrada, por lo que el Tribunal examinará “si la

⁴¹ **Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea** (7 de diciembre de 2000 y en vigor el 1 de diciembre de 2009). Artículo 9. “Derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia. Se garantiza el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia según las leyes nacionales que regule su ejercicio”.

inexistencia de algún medio de reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo constituiría una vulneración del artículo 14°, tomado en relación con el artículo 8°, como si esta circunstancia persistiera actualmente. Lo que se examinará es, si el Estado demandado debió proporcionar a los demandantes un medio alternativo de reconocimiento jurídico de su unión antes de la modificación en la legislación”. (Párr.102, 103 y 104).

- Si bien, la “Ley de Uniones Registradas” de Austria, entró en vigor el 1 de enero de 2010, refleja la evolución en las relaciones afectivas formando parte de este nuevo consenso europeo. Sin embargo, no puede reprocharse al Estado el no haber legislado sobre esta situación con antelación, además que la Ley de Uniones Registradas ofrece a los demandantes la posibilidad de obtener una situación jurídica igual o similar al matrimonio en muchos aspectos, de acuerdo a ello, no corresponde en el presente caso al Tribunal analizar detalladamente todas y cada una de estas diferencias. El Tribunal no observa que el Estado demandado haya excedido su margen de apreciación “en la elección de los derechos y las obligaciones conferidos a las uniones registradas”. En conclusión, el Tribunal considera que no se ha producido ninguna vulneración del artículo 14 del Convenio, tomado en relación con el artículo 8. (Párr. 107, 109 y 110).
- En lo que tiene que ver sobre la vulneración del artículo 1° del Protocolo núm. 1 (derecho al respeto de sus bienes y propiedad), el Tribunal observa que los demandantes mencionaron en su demanda ante el Tribunal Constitucional, la cuestión de la discriminación en la esfera económica, en particular en la legislación tributaria, para ilustrar su reivindicación principal relativa a la discriminación sufrida como pareja del mismo sexo por carecer de acceso al matrimonio, sin embargo, en las circunstancias del presente caso, no corresponde al Tribunal resolver la cuestión de si los demandantes agotaron o no las vías de recursos internas, tal como alega el Estado, sino concluir que en su demanda ante el Tribunal, los demandantes no ofrecieron ningún dato respecto a la supuesta violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1. Por ello, el Tribunal manifiesta que no se ha fundamentado esta reclamación. Por tanto, la demanda está manifiestamente mal fundamentada y debe ser desestimada. (Párrafos 113, 114 y 115).

En conclusión: 1° Se desestima por unanimidad la solicitud del Gobierno de archivar la demanda; 2° Declara por seis votos a uno admisible la reclamación de los demandantes al amparo del artículo 12° del Convenio; 3° Declara por unanimidad admisible la reclamación de los demandantes al amparo del artículo 14, tomado en conjunción con el artículo 8 del Convenio. 4° Declara por unanimidad inadmisibile el resto de la demanda; 5° Considera por unanimidad que no

se ha producido una vulneración del artículo 12° del Convenio; 6° Considera por cuatro votos a tres que no se ha producido una vulneración del artículo 14, conjuntamente con el artículo 8° del Convenio.

3.1.14. “Oliari y otro c. Italia. Aplicaciones nos. 18766/11 and 36030/11). Sentencia de 21 de octubre de 2015”

DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

El caso se originó el 21 de marzo y el 10 de junio de 2011, con las demandas (números **18766/11 y 36030/11**) contra el Estado de Italia, presentadas ante el Tribunal en virtud del artículo 34 del Convenio, por los Sres. Enrico Oliari, A., Gian Mario Felicetti, Riccardo Perelli Cippo, Roberto Zaccheo y Riccardo Zappa ("los demandantes"). A continuación, se determinarán los hechos en particular por cada pareja:

1. Respecto de El Sr. Oliari y el Sr. A.: En julio de 2008, esta pareja solicitó contraer matrimonio a la Oficina del Estado Civil de la Comuna de Trento, su solicitud fue denegada. Se impugnó dicha decisión ante el Tribunal de Trento argumentando que la legislación italiana no prohibía expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo y si fuera así, tal prohibición sería inconstitucional. El 24 de febrero de 2009, el Tribunal de Trento rechazó su demanda. Sus argumentos, en líneas generales, fueron que si bien, la Constitución no establecía el requisito de la diferencia de sexo para contraer matrimonio⁴² el Código Civil sí prescribía que los cónyuges fueran del sexo opuesto. Así pues, un matrimonio entre personas del mismo sexo carecía de uno de los elementos esenciales para que fuera un acto jurídico válido. En cualquier caso, no existía un derecho fundamental al matrimonio. Esta sentencia se apeló al Tribunal de Apelación de Trento, que confirmó la sentencia de primera instancia, no obstante, remitió el caso al Tribunal Constitucional, en relación a la supuesta inconstitucionalidad de los artículos relacionados al matrimonio en el Código Civil.

El Tribunal Constitucional italiano, en la sentencia N° 138, de 15 de abril de 2010 declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 93, 96, 98, 107, 108, 143, y 231 del Código Civil italiano, ya que estaba dirigido a la obtención de normas adicionales no previstas por la Constitución, aunque consideró que era cierto que los conceptos de familia y matrimonio no podían concebirse como "cristalizados", en referencia al momento en que la Constitución entró en vigor, dado que los principios constitucionales deben interpretarse teniendo en cuenta los cambios en el ordenamiento jurídico y la evolución de la sociedad y sus costumbres. Sin embargo, dicha interpretación no podía extenderse hasta el afectar la esencia misma de las normas jurídicas, modificándolas de tal manera que incluyeran fenómenos y problemas que no habían sido considerados de ninguna manera cuando se promulgó. No obstante, el Tribunal Constitucional señaló que el legislador debía actuar con prontitud para resolver el vacío legal que causaba la falta de protección de esta pareja.

2. Respecto al Sr. Felicetti y el Sr. Zappa: Tuvieron una relación estable desde el 2003. El 19 de febrero de 2011 solicitaron iniciar los trámites del matrimonio, siendo su solicitud rechazada sobre la base de la legislación y la jurisprudencia relativas a la materia. No se interpuso ningún otro recurso debido a la sentencia del Tribunal Constitucional.

3. Respecto al Sr. Perelli Cippo y el Sr. Zacheo: Viven juntos desde el año 2002. En el año 2007, su convivencia se inscribió en los registros de las autoridades. Dos años más tarde, solicitaron casarse, rechazando su solicitud rechazada en virtud a idénticos argumentos de los casos anteriores. Se apeló dicha resolución al Tribunal de Milán, siendo declarada infundada en base a lo señalado por el Tribunal Constitucional. Los demandantes no interpusieron ningún recurso.

⁴² **Constitución de la República de Italia.** Artículo 29. "La República reconoce los derechos de la familia como una sociedad natural fundada en el matrimonio. El matrimonio se basa en la igualdad moral y jurídica de los cónyuges dentro de los límites establecidos por la ley para garantizar la unidad de la familia."

Posición de las partes intervinientes en el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Derecho vulnerable	Argumentos de los demandantes	Argumentos del Estado
<p><i>Derecho al respeto a la vida privada y familiar Art 8., derecho a contraer matrimonio, prescrito en el art. 12° en relación con el art. 14 (prohibición de discriminación), del CEDH.</i></p>	<p>No disponen de medios para salvaguardar legalmente su relación, ya que es imposible acceder a un tipo de unión civil en Italia. Los demandantes en la solicitud No. 18766/11, invocaron únicamente el artículo 8, y los solicitantes No. 36030/11, señalaron que se les discriminó violando el artículo 14° en relación con el artículo 8° del Convenio.</p> <p><i>En la solicitud N° 18766/11</i>, los demandantes se refirieron a la evolución de la figura del matrimonio, manifestando que se había regulado el matrimonio igualitario en una serie de países, además de ello, precisaron que el Tribunal Constitucional italiano había considerado que el Estado tenía la obligación de legislar sobre alguna forma de unión civil para las parejas del mismo sexo. (Párr. 105).</p> <p>Manifestaron que el Gobierno no había dado ninguna justificación para no legislar en este sentido. [...] Además, los solicitantes señalan que el Gobierno no ha fundamentado la relación entre “la protección de la familia en su sentido tradicional y el reconocimiento legal de una relación estable de una pareja del mismo sexo”. (Párr. 106).</p> <p>A falta de matrimonio, el Estado debería, al menos, dar acceso a una unión reconocida mediante una institución jurídica solemne, basada en un compromiso público y capaz de ofrecerles seguridad jurídica. En la actualidad se les niega dicha protección en la ley, y las parejas del mismo sexo sufren un estado de incertidumbre. (Párr.107).</p> <p>En relación con el artículo 14, los demandantes reiteraron que el margen de apreciación del Estado era estrecho cuando la justificación para eludir esa obligación se basaba en la orientación sexual de las personas, máxime si las parejas heterosexuales tenían la oportunidad de casarse, mientras que las parejas homosexuales no tenían ningún tipo de protección de este tipo. (Párr.109).</p> <p><i>Los demandantes de la solicitud N° 36030/11</i>, señalaron que el Tribunal debía imponer a los Estados la obligación de garantizar que las parejas del mismo sexo tuvieran acceso a una institución, cualquiera</p>	<p>Las disposiciones contenidas en los artículos 8°, 12° y 14° del Convenio, no obligan a los Estados parte, a reconocer el matrimonio homosexual, ya que éstos gozaban de un “margen de apreciación amplio en la adopción de cambios legislativos capaces de satisfacer el sentido común de la comunidad”. (Párr.122).</p> <p>El TEDH no tiene el poder para imponer la obligación de reconocer el matrimonio igualitario, ni tampoco se pueden recibir presiones de otros Estados que recientemente hayan adoptado una norma de reconocimiento, como resultado de un proceso interno de maduración social. [...] Ninguna obligación positiva de legislar en materia de parejas homosexuales descendía de ningún artículo de la Convención, por lo tanto, correspondía exclusivamente al Estado decidir si prohibía o permitía las “uniones entre personas del mismo sexo, y en la actualidad no había ninguna iniciativa legislativa en ese sentido”. (Párr.124).</p> <p>El Tribunal Constitucional había reconocido la importancia de que las parejas del mismo sexo pudieran ver reconocida legalmente su unión, pero había dejado que el Parlamento determine el momento, los métodos y los límites de ese marco normativo. (Párr.125).</p> <p>El Gobierno subrayó además que las parejas del mismo sexo que deseen otorgar un marco jurídico a diversos aspectos de su vida comunitaria podían concertar acuerdos de cohabitación (<i>contratti di convivenza</i>). Esos acuerdos permitían a las parejas del mismo sexo regular: i) la forma de compartir los gastos comunes, ii) los criterios de asignación de la propiedad de los bienes adquiridos durante la cohabitación; iii) la forma de uso de la residencia común (ya sea de propiedad de uno o de ambos miembros de la pareja); iv) el procedimiento de distribución de los bienes en caso de terminación de la</p>

que fuera su nombre, que sea equivalente al matrimonio, dado que en Italia el Tribunal Constitucional había sostenido la necesidad de que las uniones homosexuales fueran reconocidas por ley con los derechos y deberes correspondientes; a pesar de ello, el legislador había permanecido inerte. (Párr.110).

Los demandantes afirmaron que el hecho de que 155 de los 8.000 municipios existentes en el país hubieran instituido recientemente lo que se conoce como "*registros de uniones civiles*" no había corregido la situación, pues solo tienen importancia simbólica que no conferían ningún derecho legal. (Párr.117).

cohabitación; v) normativa en relación a los derechos en caso de enfermedad o incapacidad física o mental; y vi) los actos de disposición testamentaria a favor de la pareja que cohabita. (Párr.129).

El Gobierno señaló además que desde 1993 un número creciente de municipios (hasta la fecha 155) había establecido un Registro de Uniones Civiles, que permite a las parejas homosexuales inscribirse para permitir su reconocimiento como familias a efectos de la política administrativa, política, social y de bienestar de la ciudad. (Párr. 130).

Análisis, fundamentación y resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

Sobre la presunta violación del artículo 8º del Convenio y la vulneración del artículo 14 en relación con el artículo 8 del mismo cuerpo normativo, el Tribunal señala lo siguiente:

En relación al artículo 8 del Convenio:

- Si bien el objeto esencial del artículo 8 es resguardar a las personas contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas, también puede imponer a un Estado ciertas obligaciones positivas para garantizar el respeto efectivo de estos. [...] Estas obligaciones pueden entrañar la adopción de medidas destinadas a garantizar el “respeto de la vida privada o familiar incluso en la esfera de las relaciones de los individuos entre sí”. [...] Sin embargo, para el cumplimiento de estas obligaciones positivas, el Estado tiene un margen de apreciación, que dependerá de algunos factores. En el contexto de “vida privada” en relación a la identidad u orientación sexual de la persona, “el margen concedido al Estado es restringido. No obstante, cuando no haya consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa el margen será más amplio”. (Párrafos 159 y 162).
- En el presente caso, los demandantes todavía no tienen la posibilidad de celebrar una unión civil o una unión registrada en Italia. Por consiguiente, corresponde al Tribunal determinar si Italia en la fecha del análisis (2015), incumplió la obligación de salvaguardar el “respeto de la vida privada y familiar de los demandantes, en particular mediante el establecimiento de un marco jurídico que permita que su relación sea reconocida y protegida por el derecho interno”. (Párr.164).

- El Tribunal reitera que “las parejas del mismo sexo son tan capaces como las parejas de distinto sexo de entablar relaciones estables y comprometidas encontrándose en una situación similar a la de una pareja heterosexual en lo que respecta a su necesidad de reconocimiento jurídico y protección de su relación”. (Párr. 165).
- El Tribunal observa que los demandantes no han podido contraer matrimonio, por no existir un marco jurídico que les proporcione el reconocimiento de su condición, garantizándoles derechos como pareja de una relación estable y comprometida. En cuanto a la inscripción de las uniones del mismo sexo de los demandantes en los "registros locales de uniones civiles", el Tribunal observa que cuando ello es posible (es decir, en menos del 2% de los municipios existentes), esta medida tiene un valor meramente simbólico, es decir, no confiere a los demandantes ningún estado civil oficial ni algún derecho que se derive de su condición. (Párrafos 167 y 168).
- La situación actual de los solicitantes en el contexto jurídico interno sólo puede considerarse una unión "*de hecho*" que puede estar regulada por ciertos acuerdos contractuales privados de alcance limitado. En lo que respecta a los acuerdos de cohabitación mencionados, el Tribunal observa que, si bien prevén algunos arreglos internos en relación con la cohabitación no satisfacen algunas necesidades básicas que son fundamentales para la regulación de una relación entre una pareja estable y comprometida, *inter alia*, los derechos y obligaciones mutuas que tienen entre sí, incluido el apoyo moral y material, las obligaciones de manutención y los derechos de sucesión. (Párr. 169).
- A juicio del Tribunal, “la necesidad de recurrir reiteradamente a los tribunales nacionales para pedir la igualdad de trato respecto de cada uno de los múltiples aspectos que atañen a los derechos y deberes de una pareja, especialmente en un sistema de justicia sobrecargado como el de Italia, constituye un obstáculo a los esfuerzos de los demandantes por lograr el respeto de su vida privada y familiar”. (Párr. 171).
- El Tribunal considera que en ausencia de matrimonio, las parejas del mismo sexo tienen un interés particular en obtener la opción de concertar una forma de unión civil o de unión registrada, ya que ésta sería la forma más adecuada de que se reconozca legalmente su relación y que les garantizaría la protección pertinente, que corresponde a una pareja en una relación estable y comprometida sin obstáculos innecesarios. Además, el Tribunal ya ha sostenido que esas uniones civiles tienen un valor intrínseco aportando un sentido de legitimidad a las parejas del mismo sexo. (Párr.174).

- Volviendo a la situación en Italia, el Tribunal observa que, si bien el Gobierno suele estar en mejores condiciones de evaluar los intereses de la comunidad, en el presente caso el legislador italiano no parece haber concedido especial importancia a las indicaciones de la comunidad nacional y a las más altas autoridades judiciales de Italia. El Tribunal considera que esta repetida falta de consideración por parte de los legisladores de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, puede socavar la función del poder judicial y en el presente caso dejó a los interesados en una situación de incertidumbre jurídica que debe tenerse en cuenta. (Párr. 179, 184).
- En conclusión, a la falta de interés presentada por el Gobierno italiano, con el cual equilibraría los intereses de los demandantes como se ha identificado anteriormente, y a la luz de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el asunto y que no fueron atendidas, el Tribunal considera que “el Gobierno italiano se ha excedido en su margen de apreciación y no ha cumplido su obligación positiva de garantizar que los demandantes dispongan de un marco jurídico específico que prevea el reconocimiento y la protección de sus uniones del mismo sexo”. (Párr.185). **Por consiguiente, se ha producido una violación del artículo 8° del Convenio.** (Párr. 188).

En relación a la presunta transgresión del artículo 12° y del artículo 14° del Convenio:

- El Tribunal observa que a pesar de la paulatina evolución de la concepción de matrimonio en los Estados (hasta el 2015, y que once Estados del Consejo de Europa hayan reconocido el matrimonio igualitario), el artículo 12° del Convenio no obliga a los Estados parte a conceder a una pareja del mismo sexo el acceso al matrimonio.
- De manera similar, en *Schalk y Kopf*, el Tribunal sostuvo que “el artículo 14° tomado en conjunto con el artículo 8°, no puede interpretarse como una imposición de reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo. El Tribunal considera que lo mismo puede decirse del artículo 14° en relación con el artículo 12°, por lo tanto, la demanda en este extremo es infundada y debe ser rechazada de conformidad con los párrafos 3 y 4 del artículo 35° del Convenio”. (Párrafos 192 y 194).

En consecuencia, el TEDH, resuelve que existió una violación del artículo 8 de la Convención; y que no hay necesidad de examinar la denuncia en virtud del artículo 14 en relación con el artículo 8 de la Convención.

3.1.15. “Aldeguer Tomás c. España. Aplicación nº 35214/09, sentencia del 14 de junio de 2016”

DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

El demandante, el señor Tomás Aldeguer, nació en 1955 y vive en Madrid, convivió con su pareja del mismo sexo, hasta la muerte de este último el 2 de julio de 2002 (convivieron en el departamento de la pareja fallecida).

El 19 de septiembre de 2003 el demandante reclamó el subsidio de la seguridad social en calidad de cónyuge supérstite, de conformidad con la Ley General de la Seguridad Social, alegando que habían convivido varios años. El 22 de septiembre de 2003, el “Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS)” rechazó otorgar al demandante la pensión de viudez puesto que no era cónyuge del fallecido. Dicha resolución se notificó formalmente el 13 de junio de 2005. Se interpuso un recurso de reclamación contra esa resolución, confirmándose la denegatoria de la pensión de viudez.

Ante ello, el solicitante apeló dicha resolución ante el Juzgado de lo Social de Madrid el 26 de setiembre de 2005. Mediante sentencia de 14 de noviembre de 2005, el Juzgado resolvió a favor del demandante, destacando, que “los hechos del caso debían evaluarse a la luz de la nueva Ley 13/2005 (Ley de matrimonio igualitario, promulgada el 1 de julio de 2005)⁴³, que ya estaba en vigor y era considerada constitucional por el juzgado”. Respecto al fondo, el Juzgado señaló, que “la controversia era si el demandante, en calidad de pareja supérstite de una relación homosexual que finalizó antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, tenía derecho a una pensión de viudez”. El Juzgado precisó que, aplicando la jurisprudencia, el cónyuge supérstite de pareja de convivencia, no tenía derecho a la pensión de viudez conforme a la Ley General de la Seguridad Social,⁴⁴ siendo el “matrimonio un elemento constitutivo para acceder a cualquier beneficio de la seguridad social; al demandante se le impidió casarse con su pareja ya que el matrimonio homosexual no estaba reconocido cuando falleció su pareja; sin embargo, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, los cónyuges de matrimonios homosexuales tenían derecho a una pensión de viudez en pie de igualdad con los supervivientes de matrimonios heterosexuales”. Ello además de recordar que “la disposición adicional décima de la Ley 30/1981⁴⁵, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil, reconocía el derecho de obtener una pensión de viudedad a quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, y que uno de ellos hubiera fallecido con anterioridad a la vigencia de la Ley 30/1981”.

El Juzgado sentenció a favor del demandante; no obstante, el ISS y Tesorería General de la Seguridad Social interpusieron “recurso de suplicación” contra dicha sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia. “El 18 de setiembre de 2016, se estimó el recurso de suplicación manifestando que la intención del legislador no era que la Ley 13/2005 amparase las uniones homosexuales que finalizasen a causa del fallecimiento de uno

⁴³ **Ley 13/2005.** Artículo único. *Modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.* “El Código Civil se modifica en los siguientes términos: Uno. Se añade un segundo párrafo al artículo 44, con la siguiente redacción: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.»

⁴⁴ **Ley General de la Seguridad Social.** Artículo 174.1.- “Las relaciones extramatrimoniales no generan derecho a una pensión de viudedad al superviviente incluso cuando haya existido convivencia entre ambos. En consecuencia, la concesión de una pensión de viudedad está condicionada a la existencia de un matrimonio válido entre el fallecido y el demandante/superviviente. El matrimonio se considera “válido” si se ha celebrado de conformidad con una de las formas establecidas en el artículo 49 del Código Civil”.

⁴⁵ **Ley 30/1981,** de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. [...] **Segunda.** “Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que se establece en el apartado siguiente”.

de sus miembros antes de que la citada ley entrase en vigor, ni que la falta de protección de dichas uniones fuera considerada discriminatoria a la luz del artículo 14 de la Constitución Española⁴⁶. El Tribunal manifestó que “la Ley 13/2005 no tenía efectos retroactivos, salvo disposición expresa en contrario, que no se produce en el presente caso, en ese sentido, la ley se refiere exclusivamente a parejas homosexuales existentes en ese momento y con intención de contraer matrimonio en el futuro”. El señor Aldeguer interpuso recurso de casación (27 de junio de 2007), declarando la Sala Social del Tribunal Supremo la inadmisibilidad del recurso. Posteriormente se interpone un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, declarándose inadmisibile.

Finalmente, el caso llegó al TEDH con la demanda (nº 35214/09) contra el Reino de España, interpuesta el señor Aldeguer el 22 de junio de 2009. El demandante señaló que fue discriminado por el solo hecho de su orientación sexual, transgrediendo el artículo 14º del Convenio en relación con el artículo 8º, el demandante señaló que se le denegó la pensión de viudez después del fallecimiento de su pareja con el que había logrado una unión de hecho durante doce años. Además, basó su pretensión en el derecho de propiedad del Art. 1 del Protocolo 1.

Posición de las partes intervinientes en el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Derecho vulnerado	Argumentos de los demandantes	Argumentos del Estado
<p><i>Derecho al respeto a la vida privada y familiar Art. 8º en relación con el art. 14 (prohibición de discriminación) del CEDH, y Artículo 1 del Protocolo 1⁴⁷</i></p>	<p>El demandante reclama “haber sido discriminado a causa de su orientación sexual puesto que, como superviviente de una unión homosexual de hecho se le había denegado la pensión de viudez. Se configuró una diferencia de trato entre las parejas homosexuales de hecho que habían sido incapaces de lograr reconocimiento jurídico antes de la legalización del matrimonio homosexual en 2005 y las parejas solteras heterosexuales a quienes no se les permitió casarse antes de que el divorcio se legalizase en España en 1981. El demandante fundamentó los hechos en el artículo 14º en relación al artículo 8º del Convenio”. (Párr.56)</p> <p>“La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que rechazó la pensión de viudez, se mostró contraventora de su derecho a no ser discriminado a causa de su orientación sexual. Declaró que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid debió interpretar la normativa interna de igual forma que el Juzgado de lo Social, con el fin de evitar un trato discriminatorio,</p>	<p>El Gobierno señaló que “el señor Aldeguer no invocó el derecho a la propiedad (Art. 1 del Protocolo 1) en el procedimiento interno en su demanda ante el Tribunal. Por lo que se solicita al Tribunal declarar inadmisibile esta parte de la demanda puesto que no se agotó los recursos internos de conformidad con el artículo 35.1 del Convenio”. (Párr.59).</p> <p>“No es el TEDH quien deba determinar qué normativa interna debe aplicarse al caso concreto. Por ello, el aspecto jurídico en el caso actual es evaluar si la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que declaró que la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981 no aplica al caso, debido al incumplimiento expreso de reconocimiento retroactivo del derecho a una pensión de viudez en la Ley 13/2005, equivale a discriminación con arreglo al artículo 14º del Convenio”. (Párr.67).</p> <p>La demanda “no suscita controversia alguna con arreglo al artículo 14º del Convenio porque la situación del</p>

⁴⁶ **Constitución del Reino de España.** Artículo 14.- “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

⁴⁷ Artículo 1 del Protocolo: “Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas”.

y reconocer su derecho a una pensión de viudez”. (Párr.64).

El demandante, hizo referencia a la sentencia del Juzgado de lo Social, que señaló que “era una situación absolutamente análoga a la del miembro superviviente soltero de una relación heterosexual con derecho a una pensión de viudez de conformidad con la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981. Alegó que había sido víctima de una diferencia de trato basada únicamente en su orientación sexual y que dicha discriminación carecía de justificación objetiva”. (Párr.66).

demandante no era en absoluto parecida a la situación de aquellos a quienes el legislador intentó beneficiar con la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981. Por ello, afirma que esta disposición, no es parámetro de comparación, en tanto que tenía el objetivo de aportar una solución provisional y extraordinaria a la situación de parejas heterosexuales a quienes se les impidió casarse debido a la prohibición del divorcio que había estado en vigor hasta la promulgación de la Ley 30/1981”. (Párr.68).

“Mediante la Ley 30/1981, el legislador derogó la prohibición del divorcio, que era contraria al consenso europeo entonces en vigor, cuya disposición adicional 10.2 estaba dirigida a proteger a los particulares privados de su derecho al matrimonio en aplicación de dicha prohibición y que en consecuencia no tenían derecho a una pensión de viudez. La Ley 13/2005, por el contrario, establecía una nueva institución sobre la que no se había obtenido consenso en Europa. En consecuencia, no hubo diferencia de trato discriminatorio en la decisión de restringir el derecho a una pensión de viudez a las parejas homosexuales casadas tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005”. (Párr.69)

Análisis, fundamentación y resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- El Tribunal señala que en el caso de autos, “aunque el demandante no se refirió expresamente al derecho de propiedad (artículo 1 del Protocolo 1 con arreglo al artículo 33º de la Constitución Española) ante el Juzgado de lo Social o del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el objeto de la controversia ante dichos juzgados estaba relacionado con la supuesta vulneración del artículo 14º del Convenio en relación con el artículo 1º del Protocolo 1 por la diferencia de trato entre parejas homosexuales y heterosexuales, con referencia a la obtención de una pensión de viudez. El TEDH ha manifestado con anterioridad, que el interés en recibir una pensión de viudez estatal puede entrar en el ámbito del artículo 1 del Protocolo 1. En dichas circunstancias, el Tribunal considera que el demandante interpuso ante los tribunales internos, al menos en cuanto al fondo, la demanda respecto a su derecho a una pensión de viudedad”. (Párr.61).

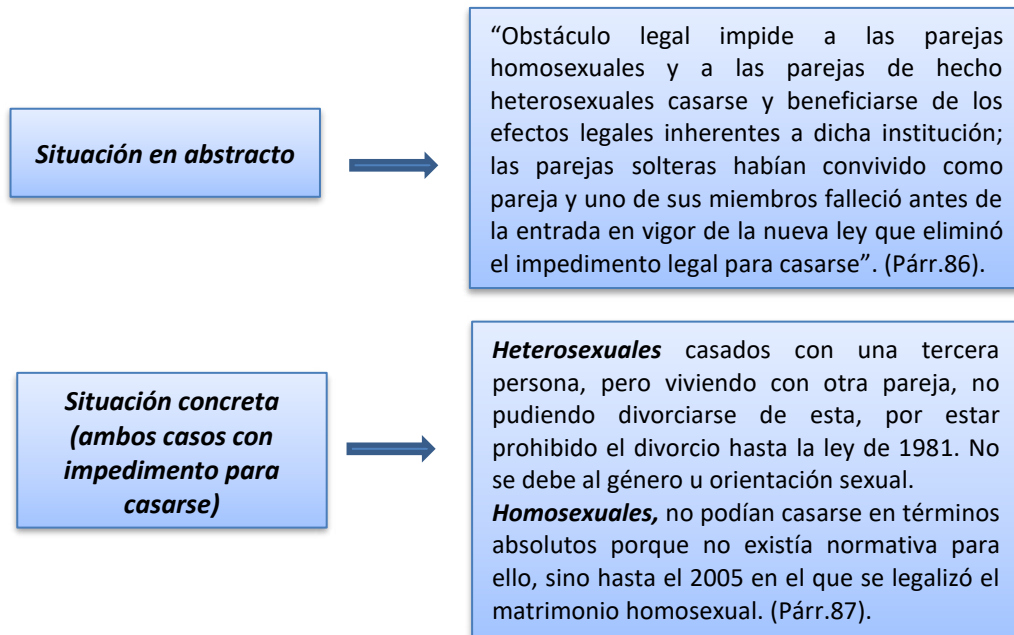
Aplicación del artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio y el artículo 1 del Protocolo 1.

- El Tribunal refiere que “el artículo 8° del Convenio no garantiza como tal el derecho a beneficiarse de un régimen de la seguridad social concreto o un derecho de pensión de viudedad, no obstante, el Tribunal señala que el art. 8° incluye los intereses materiales. Además de ello, no hay duda que la relación o unión de hecho estable del demandante con su pareja tiene cabida dentro de lo que es la vida privada y vida familiar”. (Párrafos 72,75 y 76). La legislación española mantenía el derecho a la pensión de viudez a los cónyuges o parejas supervivientes de los heterosexuales, quienes tenían prohibido el divorcio antes de vigencia de la Ley 30/1981 (Ley del divorcio). En consecuencia, “el Estado con arreglo al artículo 8° creó citado derecho, y en aplicación de ello, tomó medidas discriminatorias en el sentido del artículo 14. Por lo tanto, el caso se adscribe de acuerdo al artículo 14° en relación con el artículo 8° del Convenio”. Asimismo, el TEDH, ha manifestado previamente que el interés en recibir una pensión de viudedad por parte del Estado puede entrar en el ámbito del artículo 1 del Protocolo 1. Por tanto, el artículo 14 se aplica igualmente puesto en relación con el artículo 1 del Protocolo 1.

Conformidad con el artículo 14 en relación con el artículo 8 y el artículo 1 del Protocolo 1.

“Para determinar un hecho de acuerdo al artículo 14°, partimos de la premisa que la diferencia de trato es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable; en otras palabras, si no persigue una finalidad legítima o si no hay una relación de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y la finalidad que se intenta conseguir. La noción de discriminación en el sentido del artículo 14° incluye aquellos casos en los que a una persona o a un grupo se les trata, sin justificación adecuada, de forma menos favorable que a otros, incluso cuando el trato más favorable no se plantea en el Convenio”.

Nuevamente, el TEDH reitera que la orientación sexual es un concepto incluido en el artículo 14° y que las diferencias basadas en el género u orientación sexual requieren “razones particularmente convincentes y onerosas” para justificarlas. Por otro lado, en materia de seguridad social y económica, los estados tienen amplio margen de apreciación, toda vez que ellos están en una mejor posición para conocer los requerimientos de su sociedad, pudiendo apreciar de mejor manera el interés público. (Párrafos 79, 81 y 82). La cuestión a abordar por el Tribunal fue la siguiente: *“Si la situación del demandante es comparable a la situación suscitada en España un cuarto de siglo antes, respecto a un miembro superviviente de una pareja de hecho heterosexual, en la que una o ambas partes no puede volver a casarse porque están todavía casados con una tercera persona de la que no podían divorciarse con arreglo a la legislación en vigor en ese momento”.*



Impedimentos de diferente naturaleza no comparables

- En consecuencia, “la Ley del 2005 que aprobó el matrimonio igualitario (permitiendo así a las parejas homosexuales casadas beneficiarse de una pensión de viudez, extendiendo en el 2007, el derecho a una pensión de viudedad a uniones de hecho estables, heterosexuales y homosexuales bajo ciertas condiciones), ello no afecta en nada el hecho concreto del demandante. Por tanto, la aprobación de esta normativa no puede entenderse como el reconocimiento por parte de las autoridades internas que, la falta de legislación sobre el matrimonio homosexual era incompatible con el Convenio, ya que este no obliga a los Estados a otorgar el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales, es por ello, que el legislador no puede ser censurado con arreglo a los términos del Convenio, por no haber aprobado la legislación de 2005 o de 2007 en una fecha anterior que hubiera permitido al demandante obtener el derecho a una pensión de viudedad”. (Párrafos 89 y 90).
- En conclusión, el “Tribunal considera que el demandante no se encuentra en una situación análoga a aquella del miembro superviviente de una pareja heterosexual que no podía volver casarse por impedimento legal antes de 1981, afectando a uno o a ambos miembros. En consecuencia, el Tribunal manifiesta de forma unánime que no ha habido discriminación y, por tanto, no se ha vulnerado el artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio y el artículo 1 del Protocolo 1”.

3.1.16. “Charpentier c. Francia. Aplicación no. 40183/07, sentencia del 09 de setiembre de 2016”

DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

La demanda N° 40183/07 fue presentada contra la República de Francia ante el TEDH el 6 de septiembre de 2007 en virtud del artículo 34° del Convenio por los Sres. Stéphane Chapin y Bertrand Charpentier ("los demandantes").

En mayo de 2004, los demandantes presentaron una solicitud de matrimonio ante los servicios de estado civil del ayuntamiento de Bègles (Gironda). El 27 de mayo y el 3 de junio de 2004, el representante del Tribunal Superior de Burdeos (Tribunal De Grande Instance De Bordeaux), manifestó su oposición al funcionario del estado civil del municipio de Bègles, que pretendía celebrar la unión civil, así como a los solicitantes. El 5 de junio de 2004, a pesar de esta oposición, el alcalde de Bègles, en su calidad de registrador y funcionario del estado civil, celebró el matrimonio de los demandantes inscribiéndolo en los registros civiles. El 22 de junio de 2004, el fiscal hizo que se citara a los demandantes a comparecer ante el Tribunal De Grande Instance De Bordeaux con la finalidad de declarar la nulidad del matrimonio.

Mediante la sentencia del 27 de julio de 2004, el tribunal anuló el matrimonio de los demandantes y ordenó la transcripción de la sentencia al margen de sus certificados de nacimiento y matrimonio, bajo el en la legislación francesa la diferencia de sexo era una condición del matrimonio, normativa que no constituía una infracción de los artículos 12, 8 y 14 del Convenio, tal como había resuelto el TEDH, además concluyó que, si los cambios en la moral o el respeto de un principio de igualdad podían dar lugar a una redefinición del matrimonio, esa cuestión debía debatirse y requería la intervención del poder legislativo. Los ahora solicitantes, apelaron la sentencia.

El Tribunal de Apelación ratificó la sentencia, coincidiendo con los argumentos del Tribunal inferior y agregando que la legislación francesa regula el “*Pacto de solidaridad civil*” a disposición de las parejas del mismo sexo, no constituyendo discriminación alguna al derecho de fundar una familia y a vivir en pareja, derecho garantizado tanto a parejas heterosexuales y homosexuales, finalmente remarcó que de reconocerse el matrimonio de esta pareja se produciría una "perturbación de los principios" que rigen las normas de filiación, por lo que a su judicatura no le correspondía pronunciarse sobre ese tema, ello sólo podía ser objeto de una intervención legislativa. Esta decisión fue llevada hasta el Tribunal de Casación, invocando los artículos 8°, 12° y 14° del Convenio, sin embargo, el Tribunal en una decisión con fecha 13 de marzo de 2007, desestimó el recurso, señalando que "en el derecho francés, el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer" (*le mariage est l'union d'un homme et d'une femme*)⁴⁸, cuestión que no contradice ni el Convenio, ni la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Posición de las partes intervinientes en el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Derecho vulnerado	Argumentos de los demandantes	Argumentos del Estado
<i>Derecho al respeto a la vida privada y</i>	Los demandantes afirman haber sido discriminados por su orientación sexual, puesto que le negaron el derecho al matrimonio garantizado por el artículo 12. del Convenio. Sostienen que, de haber tenido una orientación heterosexual, si habrían tenido acceso a los tres regímenes de protección de la	Tomando como referencia sentencia <i>Schalk y Kopf</i> , en la cual el TEDH, manifestó que el artículo 12 no impone a los Estados parte la obligación de reconocer el derecho al matrimonio a una pareja homosexual como pretenden los demandantes", el Gobierno deduce que los demandantes no pueden alegar ninguna discriminación contra ellos,

⁴⁸ Tras la aprobación de la Ley N° 2013-404, de 17 de mayo de 2013, se regula el matrimonio para las parejas del mismo sexo, el nuevo artículo 143 del Código Civil dice lo siguiente: "El matrimonio es contraído por dos personas de diferente o mismo sexo". («*Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe*»).

**familiar Art 8.,
el derecho a
contraer
matrimonio,
prescrito en el
art. 12° en
relación con el
art. 14
(prohibición de
discriminación),
del CEDH.**

pareja (cohabitación, Pacto de Solidaridad (Pacs) y matrimonio).

La protección jurídica que ofrecen los Pacs es inferior a la del matrimonio, puesto que no regula el derecho de residencia, nacionalidad, pensión de supervivencia o los bienes adquiridos dentro de la unión. Consideran que la diferencia de trato que han sufrido no tiene un objetivo legítimo y no es proporcionada. (párrafos 32 y 40).

Los denunciantes consideran que han sido víctimas de discriminación basada en su orientación sexual en el ejercicio de su derecho al respeto de su vida privada y familiar. (Párr.37).

debido a que la legislación francesa reserva el matrimonio a las parejas formadas “por un hombre y una mujer”.

Las parejas del mismo sexo pueden optar por un Pacs, cuyo régimen jurídico les permite ser reconocidos como pareja y tiene consecuencias muy similares a las del matrimonio en diferentes ámbitos de su vida (fiscalidad, derecho de arrendamiento, donaciones, régimen de propiedad, derecho laboral).

En sus observaciones finales, el Gobierno señala que, tras la vigencia de la Ley de 17 de mayo de 2013, los demandantes ya pueden contraer matrimonio de conformidad con las leyes de la República. (Párr.34).

Análisis, fundamentación y resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

Sobre la presunta vulneración del artículo 14° en relación al artículo 12°, el Tribunal manifestó lo siguiente:

- En una revisión sistemática de la jurisprudencia del TEDH, se concluye que ni el artículo 12° ni el artículo 14°, en relación con el artículo 8, que es más general en cuanto a su propósito y alcance, podrían interpretarse en el sentido de imposición a los Estados parte, de conceder el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo. “De ello se deduce que el mismo enfoque era válido para el artículo 12° en relación con el artículo 14°. Por ello El Tribunal no ve ninguna razón para llegar a una conclusión diferente en el presente caso”. (Párrafos 34 y 35).
- El TEDH Observa además que, desde la presentación de la demanda, hasta la promulgación de la Ley de 17 de mayo de 2013 se ha aprobado el matrimonio a las parejas del mismo sexo, en consecuencia, ahora los solicitantes son libres de casarse. “De ello se desprende que en el presente caso no se ha violado el artículo 12° en relación con el artículo 14° de la Convención”. (Párr.36).
- Sobre la vulneración del artículo 14° en relación al artículo 8° del Convenio, el Tribunal recuerda que “los Estados siguen siendo autónomos en virtud del artículo 14° en conjunción con el artículo 8°, solo de reconocer el matrimonio heterosexual y que gozan de un cierto margen de apreciación para decidir sobre la naturaleza exacta de las demás formas de reconocimiento jurídico de las parejas conformadas por personas del mismo sexo”. (Párr. 42)

- Los demandantes podían haber optado por el Pacto de Solidaridad Civil que les confiere a los socios una serie de derechos y obligaciones en materia fiscal, patrimonial y social. (Párr. 43). Respecto a las diferencias entre los dos regímenes, no corresponde al Tribunal el pronunciarse sobre cada uno de ellos, por lo tanto, el Tribunal considera que no ha habido violación en el presente caso del artículo 8° en relación con el artículo 14° de la Convención, ni vulneración del artículo 14° en relación con el artículo 12°.

3.2 Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH, ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre cuatro casos en relación a la problemática LGBTI, tomando como premisa transversal el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación, interpretado conjuntamente con el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que se refiere “al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana”.

El primer caso abordó la orientación sexual y relaciones familiares con el caso *Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile* con sentencia del año 2012, trece años después de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el caso *Salguero Da Mouta Silva vs. Portugal* (1999). Lo relevante en esta sentencia, es que la Corte Interamericana, deja por sentado que la categoría “orientación sexual o identidad de género” se encuentran protegidas bajo la Convención Americana de Derechos Humanos en el art. 1.1 que señala “*cualquier otra condición social*”, mencionando que este artículo se interpreta de acuerdo al Principio de norma más favorable al ser humano, asimismo, resalta que el Interés Superior del niño no puede ser un pretexto o fundamento de los jueces para discriminar o reducir derechos que en principio corresponden a todo ser humano como es el hacerse cargo del cuidado de sus hijos.

Posteriormente en el caso *Duque Vs. Colombia* con sentencia en el 2016, se parte del análisis de la normativa colombiana en materia de pensiones de parejas supérstites del mismo sexo, observándose que esta normativa era discriminatorias a la luz de lo establecido en el artículo 24 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de la misma Convención , máxime si el Estado no brindó motivos especialmente relevantes, ni objetivos o razonables para mantener dicha diferenciación en el acceso a la pensión del cónyuge o compañero permanente supérstite entre parejas heterosexuales y las del mismo sexo.

El tercer caso, fue el de *Flor Freire Vs. Ecuador*, con Sentencia en el año 2016, tiene como marco el fuero militar y su normativa disciplinaria, determinándose la diferenciación de trato que discrimina ciertos actos sexuales con penas graves para los actos sexuales entre personas del mismo sexo y con penas menos severas para los actos sexuales entre personas de diferente sexo, ello a la luz del artículo 24° de la Convención, vulnerando el derecho a la honra y dignidad.

Finalmente, el reciente *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, sentencia del 12 de marzo de 2020, determinando una serie de violaciones contra los derechos humanos de la señora Azul Rojas, advirtiéndose, entre otros, la privación de la libertad ilegal, por no cumplir con los requisitos de la legislación peruana, hecho que constituyó la violación al artículo 7.2° de la Convención. Además, se concluyó que la detención fue arbitraria porque esta se dio por motivos discriminatorios, puesto que se privó de su libertad a la peticionante por sus características distintivas reales o aparentes, no señalar o informar los motivos de la detención, además que el Estado no actuó con la diligencia debida para investigar los hechos de violación sexual de la señora Azul.

Como se aprecia, la Corte IDH tiene un número menor de casos resueltos en materia de derechos de minorías sexuales en comparación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no obstante, en el desarrollo de su jurisprudencia ha sido transversal el “principio de igualdad y no discriminación”, abordando en pocos años, casos referidos a orientación sexual y familia, leyes discriminatorias en desmedro de parejas del mismo sexo y de reglamentación disciplinaria en el fuero militar, además de sentenciar por primera vez sobre tortura y privación de la libertad contra una persona por su orientación sexual, sin embargo, un tema relevante es el derecho al matrimonio igualitario, de acuerdo al inciso 2 del artículo 17 de la Convención.

Sabemos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no impone una obligación de aceptar el matrimonio igualitario, sino que deja esto a la legislación interna de cada Estado, a diferencia de este, la Corte IDH tiene una posición garantista y eso se puede interpretar de la Opinión Consultiva OC-24/17 de fecha 24 de noviembre de 2017, que hace un recuento de todos los Estados de la región que han legislado sobre las uniones o matrimonios igualitarios (párrafos 206 al 213), así como manifiesta que la palabra matrimonio y familia han variado con el paso del tiempo. La Corte es explícita al señalar que,

Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna. (Opinión Consultiva OC-24/17 Párr.221).

A continuación, el siguiente cuadro con las sentencias relacionadas a los derechos LGBTI que la Corte IDH ha resuelto.

Corte	Derecho	Informe/Sentencia
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	“Derecho a la igualdad y no discriminación, derecho a la vida privada y familiar y a las garantías judiciales”	Caso: Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile Informe No. 139/09. Caso 12.502 Fondo (17 de setiembre de 2010).
		“Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”
	“Derecho a la igualdad y no discriminación, vida e integridad personal”	“Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (10 de febrero de 2017). Supervisión de cumplimiento de Sentencia”.
		Caso: Duque Vs. Colombia Informe No. 5/14 Caso. 12.841 Fondo 2 de abril de 2014
	“Derecho a la igualdad y no discriminación,	“Sentencia de 26 de febrero de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”
		“Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (12 de marzo de 2020). Supervisión de cumplimiento de Sentencia”.
“Derecho a la igualdad y no discriminación,	Caso Flor Freire Vs. Ecuador Informe No. 81/13. Caso 12.743 Fondo 4 de noviembre de 2013	

vulneración al principio de legalidad, protección a la honra y dignidad y garantías judiciales”	<i>“Sentencia de 31 de agosto de 2016 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”</i> <i>“Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (07 de octubre de 2019). Supervisión de cumplimiento de Sentencia”.</i>
“Derecho a la igualdad y no discriminación, a la libertad e integridad personal, a la vida privada y a las garantías judiciales”	<i>Azul Rojas Marín y otra vs. Perú</i> <i>Informe No. 24/18. Caso 12.982</i> <i>Fondo</i> <i>El 15 de abril de 2018</i>
	<i>“Sentencia de 12 de marzo de 2020. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”.</i>

3.2.1. “Caso 12.502: “Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”.

DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

La señora Jacqueline Karen Atala Riffo contrajo matrimonio con el señor Ricardo Jaime López Allendes en el año de 1993, producto de ello, nacieron las niñas “M”, “V” y “R” de 8, 4 y 3 años de edad respectivamente (a la fecha de la interposición de la demanda de tuición en primera instancia). Luego de la separación de hecho, por el reconocimiento de la Señora Karen de su orientación sexual (lesbiana), con fecha 14 de enero de 2003 el señor Ricardo López Allendes interpone demanda de tuición a favor de las menores y en contra de la Señora Atala. La demanda estuvo fundamentada, principalmente, en el hecho del reconocimiento de la señora Karen Atala de su condición de lesbiana y su nuevo rol marital con su nueva pareja del mismo sexo, hecho que provoca, según el señor López Allendes, un concepto distorsionado de familia y deterioro psicológico y físico en las menores.

El Juzgado de primera instancia de letras de Villarrica⁴⁹, resolvió de la siguiente manera:

1.- *En relación a la supuesta causal de inhabilidad de la madre, la señora Karen Atala, “por su orientación sexual de lesbiana”*, diversos informes de entidades de salud concluyen que la “homosexualidad es una forma normal de sexualidad humana no asociada a rasgos psicopatológicos. Por tanto, se concluye que la condición homosexual lésbica de la madre no constituye por sí sola una causal de inhabilidad” (Sentencia de Primera Instancia).

2.- *En relación a la supuesta causal de inhabilidad referida a la “convivencia de la señora Karen Atala con su pareja, la señora Emma de Ramón en la casa en que la demandada vive con sus hijas”*: El Juzgado de Menores concluye que “los niños y niñas que viven con parejas homosexuales o lesbianas no presentan diferencias con los niños que viven con parejas heterosexuales, por tanto la presencia de la pareja de la madre no configura causal de inhabilidad para ejercer el cuidado personal de sus hijas”.

⁴⁹ Con el objetivo de determinar, si la orientación sexual de la señora Atala era una causal calificada de inhabilidad parental para ejercer la custodia de sus hijas contemplada en el artículo 225° del Código Civil en relación con el artículo 42° de la Ley de Menores, Ley N° 16.618, el Juzgado de Letras tomó como referencias, los argumentos de las partes del proceso, los testimonios de familiares, maestros y maestras de las niñas, informes psicológicos del Señor Ricardo, de Karen y las niñas, certificados médicos de la señora Karen Atala y de la señora Emma, Certificados educacionales de las menores, informes sociológicos de los padres, informes científicos y sociales de diferentes instituciones académicas nacionales e internacionales.

3.- *Respecto del buen o mal ejemplo, el Juzgado de Menores*, señaló que, la orientación sexual de la madre no constituye ningún peligro para la moralidad de las menores porque es una condición normal de la sexualidad humana, en relación al plano de las enfermedades (VIH y Herpes), “se encuentra acreditado en virtud a informes médicos, que no existe riesgo de transmisiones sexuales a las menores, por lo que se tendrá por no probada la existencia de peligro material para las menores”.

Finalmente, el Juzgado de Menores de Villarrica, concluyó que no existió discriminación en contra de las menores y dejó por sentado que en Chile no se proporciona un concepto único de familia, determinando que no existe ninguna causa legal de inhabilitación de la señora Atala para que pueda ejercer la tenencia y el cuidado personal de sus hijas. Añadió además que el Interés Superior de las Menores, “es un principio que orienta, conduce, determina, fundamenta y limita la actuación de la sociedad respecto de los niños y que debe de manifestarse en todos los ámbitos”. El Juzgado concluye que el Principio del Interés Superior del Niño no se ha vulnerado, razón por la cual, el Juzgado de Letras resolvió rechazando la demanda e indicándose que el padre tendrá un régimen de visitas. La sentencia fue apelada ante la Corte de Apelaciones de Temuco por el padre de las menores, ratificando el Tribunal superior la decisión de la Corte de Menores.

El padre de las menores recurre al recurso de queja en contra de los Ministros y la Fiscal Judicial de la Corte de Apelaciones de Temuco por estimar que procedieron arbitraria e injustamente, pues confirmaron la sentencia que otorgó la tenencia de sus hijas a su madre. La Corte Suprema resolvió sobre el recurso de queja con los siguientes argumentos:

- a) “Que el Inciso primero del artículo 225° del Código Civil que previene que en los casos que los padres estén separados el cuidado personal de los hijos toca a la madre, no es una norma absoluta y que, en consecuencia, el Tribunal puede confiar el cuidado personal de los hijos al otro padre cuando exista una causal calificada que haga indispensable adoptar la resolución protegiendo el Interés Superior del niño”.
- b) “Los jueces recurridos han prescindido de la prueba testimonial, respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelven las niñas y que éstas podrían ser objeto de discriminación social derivada del hecho de la orientación sexual de la madre”.
- c) “La madre de las menores, al tomar la decisión de explicitar su condición de homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios intereses postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar donde viven sus hijas, situación que puede causar un impacto negativo en el bienestar, desarrollo psíquico y emocional de las niñas, así como la eventual confusión de roles sexuales que puede producirseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra del género femenino. Ello configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores”.
- d) “Las menores López Atala se encuentran en un estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegio, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que afectará su desarrollo personal. Estas condiciones descritas constituyen ampliamente la “causa calificada” del artículo 225° del Código Civil. Por tanto, autorizan al juez entregar el cuidado personal de los hijos al padre en lugar de la madre protegiendo el interés superior de las niñas”.

La Corte Suprema concluye que los jueces recurridos no apreciaron estrictamente “los antecedentes probatorios del proceso, dejando de lado el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social según el modelo tradicional que le es propio, incurriendo en falta o abuso grave, por ello se acogió el recurso de queja invalidándose las sentencias de las instancias inferiores y concediéndose al señor López Allende la tuición de las menores (M, V y R)”.

Por otro lado, una situación que casi pasa inadvertida cuando se analiza el caso Atala, es el proceso disciplinario laboral que se apertura en contra de la demandante:

La señora Karen Atala, es abogada y trabajaba como magistrada en el Tribunal Penal de Villarrica a la fecha de los hechos. El 17 de marzo de 2003, la Presidenta del Comité de Jueces del Tribunal de Justicia de Villarrica, puso en conocimiento del Ministro visitador de la Corte de Apelación de Temuco, el señor Lenin Lillo, una situación en la cual la señora Karen Atala había pedido a una subalterna que transcribiera, redactada e imprimiera oficios a nombre del Juzgado de Villarrica, en las cuales se pedían diligencias en el caso de tuición en el que ella era parte. Se designó mediante acuerdo al señor Lenin Lillo para que realizara una visita extraordinaria al Tribunal Penal de Villarrica (lugar de trabajo de la señora Karen Atala). La visita obedecía a dos hechos:

1. “Las publicaciones en los diarios “Las últimas noticias” y “La cuarta” en los cuales se hacía referencia al carácter de lesbiana de la señora Karen Atala”.
2. “Los hechos de la denuncia del 17.03.03”.

El señor Lenin Lillo presentó el informe ante la Corte de Apelaciones con las siguientes conclusiones:

1. “Utilización indebida de elementos y personal para las diligencias decretadas por el Juez de Menores (Juzgado de Letras de Villarrica)”.
2. “Utilización indebida del sello del tribunal (Juzgado de Letras de Villarrica)”.
3. “La peculiar relación afectiva de la señora Karen Atala ha trascendido el ámbito privado. Las publicaciones señaladas en los diarios dañan no solo la imagen de la señora Karen Atala, sino también la del Poder Judicial, lo cual constituye una situación grave que debiera ser valorada por la Corte de Apelaciones”.

El 2 de abril del mismo año, la Corte de Apelaciones aprobó la visita y el informe del señor Lenin Lillo y llamó severamente la atención a la señora Karen Atala por las conclusiones 1 y 2 del informe, sobre la conclusión 3, no hubo pronunciamiento.

El proceso ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos empezó con la denuncia presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante, (CIDH), por la señora Karen Atala Riffo y otros abogados (los peticionarios), el 24 de noviembre de 2004, quienes alegan la responsabilidad internacional del Estado de Chile por revocarle a la señora Karen Atala, mediante la sentencia de la Corte Suprema de Chile, la tuición de sus hijas, teniendo como único fundamento su orientación sexual. La CIDH analiza las posiciones de las partes intervinientes (los peticionarios y el Estado de Chile) así como los requisitos de la admisibilidad de la petición concluyendo en su Informe de Admisibilidad N°42/08 que la CIDH tiene competencia para conocer el fondo del caso y que la petición es admisible conforme a los artículos 46 y 47 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Posteriormente, al no haber cumplido el Estado con las recomendaciones del Informe de Fondo de la CIDH (139/09), la CIDH procede a demandar al Estado de Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso 12.502), por el trato discriminatorio, la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que sufrió la señora Karen Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro de la custodia de sus tres menores hijas.

Posición de las partes intervinientes en el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

RESPECTO AL PROCESO DE TUICIÓN

DERECHOS VULNERADOS	REPRESENTANTES	ESTADO	CIDH	CORTEIDH
<i>Respecto al derecho a la igualdad y no discriminación</i>	Se realizó un juicio de escrutinio a la vida privada de la Sra. Karen, sin considerar sus habilidades maternas, ese mismo escrutinio no se hizo al Sr. López, esto constituye un tratamiento diferenciado.	La orientación sexual no era una categoría sospechosa de consenso durante el 2004 (fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema de Chile), no resulta procedente pasar un Test de escrutinio estricto para una categoría en la cual el consenso interamericano es reciente. La orientación sexual de Karen fue considerada por sus efectos concretos adversos al bienestar de las niñas.	Los Estados reconocen que la discriminación con base en la orientación sexual se encuentra prohibida. La orientación sexual fue sustento de la decisión de la Corte Suprema en perjuicio de Karen. Se debe de aplicar el escrutinio estricto para casos relacionados con la orientación sexual.	La orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por el art. 1.1 de la CADH, y por ello está proscrito cualquier acto, norma o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de las personas. La falta de consenso al interior de los países sobre el respeto a los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerada como argumento válido para restringirles o negarles sus derechos. Respecto a la tuición provisoria del Juzgado de Menores, se concluye que se realizó una diferenciación de trato basada en la orientación sexual de la Sra. Karen.
<i>Respecto al Principio del Interés Superior del Niño (ISN) y las presunciones de riesgo</i>	El Estado no demuestra de manera objetiva el daño que la orientación sexual de la Sra. Karen y la convivencia con su pareja, causaron en el bienestar de las niñas.	El ISN, tiene prioridad sobre cualquier otro tipo de interés en procesos de custodia. Existe prueba de los efectos adversos que tuvo la expresión de la orientación sexual de la Sra. Karen en el bienestar de sus hijas, por la intensa actitud centrada en si misma. Las niñas iban a ser víctimas de discriminación.	El ISN constituye un fin legítimo y una necesidad imperiosa. La Corte Suprema y el Juzgado de Menores se basaron en presunciones de riesgo derivadas de prejuicios y estereotipos sobre los efectos de las relaciones entre personas del mismo sexo.	Para determinarse el ISN, en casos de custodia deben evaluarse comportamientos parentales específicos y su impacto en el desarrollo del niño (probados y reales, no especulativos). El ISN no puede ser utilizado para amparar la discriminación contra alguno de los padres por la orientación sexual de cualquiera de ellos. La posible discriminación social, “no era adecuada para <i>cumplir con la finalidad de proteger el interés superior de las niñas M, V y R</i> ”.
<i>Respecto al trato discriminatorio de las niñas M, V y R.</i>	La Corte Suprema vulneró el Interés Superior de las niñas, pues los niños no pueden	La sentencia de la Corte Suprema no nace de la discriminación en razón de la orientación	La Corte Suprema violó el ISN por la falta de determinaciones basadas en	Al haber tomado en cuenta la orientación sexual de la madre, la Corte Suprema discriminó a las tres niñas y esto fue el fundamento para

	ser discriminados por las condiciones de sus padres.	sexual de la Sra. Atala, sino del análisis de hechos concretos.	evidencias y hechos concretos.	decidir que no continuarán viviendo con su madre.
<i>Respecto al “derecho a la vida privada y derecho a la vida familiar”</i>	La interferencia es arbitraria porque la única justificación fue la manifestación de la orientación sexual de la madre que es propio de su identidad personal.	En juicios de tuición es posible investigar la vida íntima de los padres, el Interés Superior del menor debe primar sobre la concepción pética del derecho a la intimidad.	El art. 1.1 de la CADH abarca el derecho a la vida privada en todas sus esferas, incluyendo la identidad y orientación sexual. La interferencia del estado en la vida privada de Karen fue arbitraria, pues la decisión de tuición fue dada sobre prejuicios discriminatorios. No existe una definición única de familia.	El derecho a la vida privada no es absoluto, pero las injerencias no pueden ser ni abusivas ni arbitrarias. La orientación sexual de Karen es parte de su vida privada, la injerencia que hizo el estado no cumplió con los requisitos de idoneidad. La decisión de la Corte Suprema separaron a la familia (Karen, su pareja y las tres menores), lo que constituye una interferencia arbitraria en la vida familiar.
<i>Respecto a las “garantías judiciales y protección judicial en relación con la Sra. Atala”.</i>	Se acogió el Recurso de Queja, que no procedía vulnerándose el debido proceso, la independencia y la imparcialidad judicial.	La Sra. Atala, puede solicitar una nueva petición de tuición sobre las niñas, sólo se debe acreditar que alguno de las factoras que motivaron la sentencia han cambiado.	La Sra. Atala, no contó con la garantía de imparcialidad por la aproximación estereotipada que los jueces tenían del caso al considerar la orientación sexual de Karen como elemento de inhabilidad para ser madre.	No existen suficientes elementos probatorios que permitan inferir la existencia de posiciones externas contra los jueces que conocieron la causa. El Estado no violó las garantías judiciales.
<i>“Derecho de las niñas M, V y R a ser escuchadas y a que se tengan en cuenta sus opiniones”.</i>	La Corte Suprema eligió dar mayor peso a opiniones basadas en estereotipos en detrimento de la opinión de las niñas.	En el Recurso de Queja no existe oportunidad procesal para reiterar las declaraciones de las niñas. Es contraproducente que las niñas vuelvan a declarar.	En el proceso de tuición, las preferencias y las necesidades de las niñas no fueron consideradas por la Corte Suprema, lo que si fue tomado en cuenta en las cortes inferiores.	El derecho a ser oídos, incluye también a los niños. La corte suprema no explica en su sentencia cómo tomó en consideración las declaraciones y preferencias de las menores que constaban en el expediente.

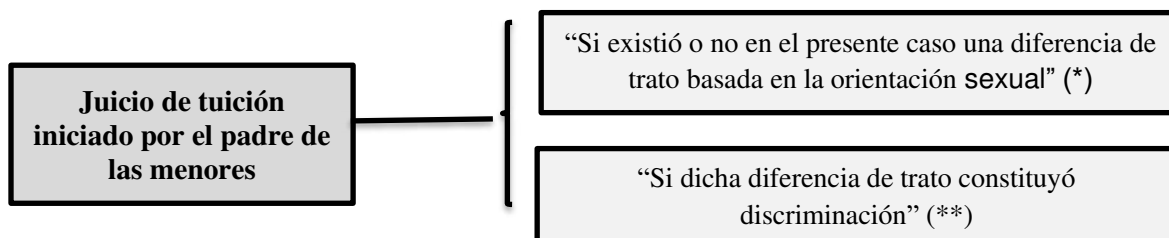
RESPECTO AL PROCESO DISCIPLINARIO CONTRA LA SRA. KAREN ATALA

DERECHOS VULNERADOS	REPRESENTANTES	ESTADO	CIDH	CORTEIDH
<i>“Derecho a la igualdad y</i>	La orden de “investigar y constituirse una visita al Tribunal en el que servía la jueza Atala,	“El severo llamado de atención a la Sra. Atala, no dice nada en relación con su homosexualidad,		La orientación sexual de la Sra. Atala, “fue parte de las consideraciones del informe del Ministro Lillo, así no se le haya sancionado.

prohibición de discriminación”	se basó en un rechazo discriminatorio a su orientación sexual”.	sino que corresponde a denuncias y hechos constatados por el Ministro visitador Lillo”.	La orientación sexual, no puede constituir fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no existe relación entre un correcto desempeño laboral y su orientación sexual”.	
“Derecho a la vida privada”	La investigación de la “vida privada” y su relación de pareja, se considera una injerencia a la vida privada de la Sra. Atala (actos como revisión de su computador, entrevistas, o en todo caso interrogatorios al personal del Tribunal.	No existió sanción administrativa.	“Si bien la investigación disciplinaria se inició con un fundamento legal y no terminó en una sanción por motivo de la orientación sexual de la Sra. Atala, si se indagó arbitrariamente sobre ello, lo que constituye una interferencia al derecho de la vida privada de la Sra. Atala”.	
“Garantías judiciales”	Se decide la visita extraordinaria porque se publicado en los diarios el lesbianismo de la Sra. Karen. La visita tuvo como causa un prejuicio, violándose la imparcialidad del visitador Lillo, quien participó en el otorgamiento de orden de no innovar.	No se pronunció sobre la visita extraordinaria. Respecto a los Ministros, el Estado señala que “al no haberse invocado la causal de inhabilidad, se entiende que aquella parte que podía invocarla y no lo hizo renunció al ejercicio de su derecho”.	La visita extraordinaria implica ausencia de imparcialidad y prejuicio discriminatorio. El Ministro Visitador, Lillo, “participó en la concesión de la orden de no innovar del 24.11.03”.	“Existían prejuicios y estereotipos que fueron manifestándose en el Informe, por lo tanto la visita extraordinaria y la investigación disciplinaria se realizaron sin la debida imparcialidad subjetiva necesaria, por otro lado el Ministro Lillo debió de apartarse de la decisión de no innovar del 24.11.03” (después de haber llevado a cabo la visita extraordinaria).

Análisis, fundamentación y resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

De los argumentos jurídicos de cada parte interviniente en el proceso, la Corte IDH determinó dos ejes principales, sobre los cuales se pronunciará declarando o no la responsabilidad del Estado, estos son: 1) El juicio de tuición iniciado por el padre de las niñas y 2) Proceso disciplinario llevado a cabo en contra de la señora Karen Atala.



* (Punto 3 del Considerando 77 de la sentencia de la Corte IDH).

** (Punto 4 del Considerando 77 de la sentencia de la Corte IDH).

Para ello, la Corte IDH analizó los siguientes aspectos:

a) Los alcances del derecho a la igualdad y no discriminación.- La Corte IDH ha establecido que “el art. 1.1 de la Convención Americana dispone la obligación de los Estados parte de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna”. Respecto al Principio de Igualdad, la Corte IDH señaló que la “noción de igualdad se desprende de la naturaleza de género humano y es inseparable de la dignidad de la persona”. (*Párrafos 78 y 79 de la sentencia*).

b) La orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana.- “Los criterios específicos de no discriminación del art. 1.1 de la Convención no son taxativos, sino por el contrario “otra índole social” incorpora nuevas categorías, donde está incluida la categoría orientación sexual de las personas”. (*Párrafos 85 de la sentencia*).

c) Diferencia de trato basado en la orientación sexual.- En el caso se alegó un “presunto trato discriminatorio respecto a la sentencia que resolvió el recurso de queja y la decisión de tuición provisional, concluyéndose que en el primero, la Corte Suprema otorgó relevancia significativa a la orientación sexual de la señora Karen Atala y en el segundo caso, se realizó una diferencia de trato basada en la orientación sexual en perjuicio de la señora Karen Atala”. (*Párrafos 97 y 98 de la sentencia*).

d) El Principio del Interés Superior del Niño.- “El objeto general de proteger el Principio del Interés Superior del Niño es en sí mismo un fin legítimo, sin embargo, no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra del padre o madre por la orientación sexual de cualquiera de ellos”. (*Párr. 108 de la sentencia*). La Corte analizó los cuatro (4) fundamentos de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, así tenemos: 1) sobre la presunta discriminación social, 2) la Alegada Confusión de roles, 3) el alegado privilegio de intereses y 4) sobre el alegado derecho a una familia “normal y tradicional”. La Corte IDH concluyó que “tanto la Corte Suprema de Chile como el Juzgado de Menores de Villarrica (al conceder la orden de no innovar al padre de las menores, el señor Jaime Ricardo López Allendes) no comprobaron el daño que causó a las menores la convivencia de su madre, la señora Karen Atala con su pareja Emma de Ramón. Ambas instancias judiciales utilizaron argumentos estereotipados y discriminatorios para fundamentar sus decisiones”. Por ello, el Estado violó el derecho a la igualdad consagrado en el art. 24 en relación con el art. 1.1 de la Convención en perjuicio de Karen Atala Riffo. (*Párrafos del 113 al 146 de la sentencia*).

e) Trato discriminatorio en contra de las niñas M, V y R.- “La prohibición de discriminación en casos relacionados a menores de edad, debe ser interpretada a la luz del art. 2° de la Convención sobre los derechos del niño. La Corte Suprema, al haber tomado como fundamento principal para su decisión, la orientación sexual de la madre, discriminó no solo a la señora Karen Atala, sino a las niñas también. Por tanto, la Corte concluyó que el Estado vulneró el art. 24 en relación con el art. 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M, V y R”. *(Párrafos 150, 154 y 155 de la sentencia).*

f) Derecho a la vida privada y familiar.- La Corte IDH ha sostenido que “el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento a las invasiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de autoridad pública. El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y puede ser restringido por el Estado siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias, persiguiendo un fin legítimo y cumpliendo con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad necesarias en una sociedad democrática”.

La orientación sexual de la señora Karen Atala es parte de su vida privada, la Corte IDH observó que “el alegado interés superior de las menores no era la medida adecuada y era desproporcionada para cumplir con el fin, pues la orientación sexual de la señora Karen Atala no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala maternidad. La Corte IDH concluye que el Estado violó el art. 11.2 en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de la señora Karen Atala”. *(Párrafos del 161 al 167 de la sentencia).*

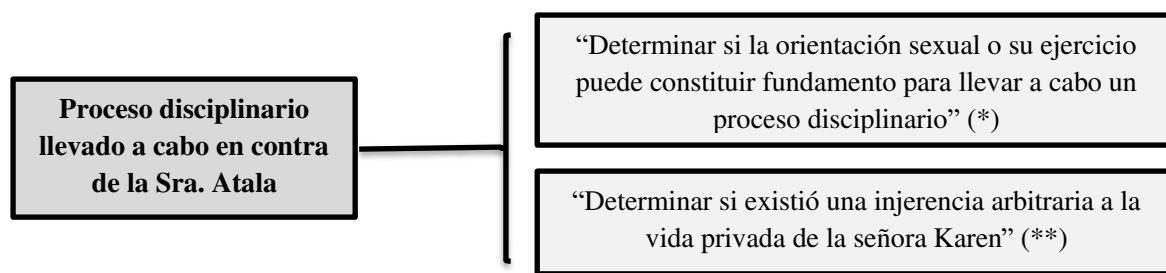
Respecto a la presunta violación de la vida familiar, la Convención Americana posee dos artículos que protegen a la familia (Art. 11.2 y Art. 17.1), la familia de la señora Karen Atala, es decir, ella, su pareja y sus tres hijas estaban protegidas bajo estos artículos. La Corte concluye que “el impacto de la sentencia de la Corte Suprema de separar a las niñas de su familia constituyó una interferencia arbitraria en la vida privada y familiar. Por ello el Estado vulneró los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención en perjuicio de la señora Karen Atala y las niñas (M, V y R) y sobre éstas últimas también se produjo la violación del artículo 19 de la Convención dado que fueron separadas de manera no justificada de su entorno familiar”. *(Párrafos del 175 al 178 de la sentencia).*

g) Garantías judiciales y protección judicial (Respecto a la imparcialidad de los jueces que resolvieron el recurso de queja).- Los elementos probatorios y concretos “deben

demostrar que los jueces se han dejado influenciar por criterios ajenos a las normas legales. Se constató que ni la Comisión Interamericana ni los representantes han aportado los medios probatorios específicos. Por lo tanto, la Corte IDH considera que el Estado no violó el art. 8° de la Convención”. (*Párrafos 187 y 192 de la sentencia*).

Por otro lado, respecto al derecho de las niñas “M”, “V” y “R” a ser escuchadas, este derecho debe ser interpretado a la luz del art. 8.1 y art. 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte constató que en la primera instancia las menores habían sido escuchadas pero que la Corte Suprema no había tomado en cuenta la opinión de las menores. La Corte concluye que el Estado violó el art. 8.1 de la Convención en relación con el art. 19 y 1.1 de la Convención en perjuicio de las niñas M, V y R. (*Párrafos 208 de la sentencia*).

Respecto al proceso disciplinario en contra de la señora Karen Atala



* (*Se infiere del Considerando 218 de la sentencia*).

** (*Se infiere del Considerando 230 de la sentencia*).

De los hechos sucedidos el 17 de marzo de 2003, se tiene que la Corte IDH determinó que “en relación al derecho a la igualdad y no discriminación, la orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario. El Estado vulneró el artículo 24 en relación con el artículo 1.1 de la CADH” (*Párrafos 221 y 222 de la sentencia*).

Respecto al derecho a la vida privada:

Se indagó de forma arbitraria la orientación sexual, lo que significa una interferencia arbitraria a su vida privada; la Corte IDH concluye que el Estado es responsable por la violación del derecho a la vida privada, reconocido en el artículo 11.2 en relación con el artículo 1.1 de la CADH en perjuicio de la señora Atala. (*Párrafos 230 de la sentencia*). Sobre las garantías judiciales, la Corte IDH establece que la visita extraordinaria y la investigación disciplinaria se realizaron

sin la imparcialidad subjetiva necesaria, por lo que el Estado violó el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la CAHD en perjuicio de la señora Atala (*Párrafos 236 y 237 de la sentencia*).

Por tanto, la Corte IDH, declara:

por unanimidad, que:

1. “El Estado es responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrada en el artículo 24, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Karen Atala Riffo”.

Por unanimidad, que:

2.” El Estado es responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrada en el artículo 24, en relación con los artículos 19 y 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas M., V. y R”.

Por unanimidad, que:

3. “El Estado es responsable por la violación del derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2, en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo”.

“El juez Diego García-Sayán y las juezas Margarete May Macaulay y Rhadys Abreu Blondet votaron a favor del siguiente punto resolutivo. Los jueces Manuel E. Ventura Robles, Leonardo A. Franco y Alberto Pérez Pérez votaron en contra. En consecuencia, en aplicación de los artículos 23.3 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y 16.4 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, se declara que:

4. “El Estado es responsable de la violación de los artículos 11.2 y 17.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo y de las niñas M., V. y R”.

Por unanimidad, que:

5. “El Estado es responsable por la violación del derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R., de conformidad con lo establecido en los párrafos 196 a 208 de esta Sentencia”.

Por unanimidad, que:

6. “El Estado es responsable por la violación de la garantía de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, respecto a la investigación disciplinaria, en perjuicio de Karen Atala Riffo, de conformidad con lo establecido en los párrafos 234 a 237 de esta Sentencia”.

Por cinco votos a favor y uno en contra, que:

7. “El Estado no violó la garantía judicial de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica, en los términos de los párrafos 187 a 192 de la presente Sentencia. Disiente la jueza Margarete May Macaulay”.

3.2.2. “Caso. 12.841, “Duque Vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”.

DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

De acuerdo al Informe de Fondo 5/14 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el 8 de febrero de 2005, la CIDH recibió una petición presentada por la “Comisión Colombiana de Juristas y Germán Humberto Rincón Perfetti” (los peticionarios) en la cual se alega la responsabilidad de la República de Colombia (el Estado) por la violación de varias disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la Convención Americana - CADH). Los peticionarios alegaron que “el señor Duque, quien había convivido con el señor JOJG de manera permanente durante diez años y tres meses hasta el fallecimiento de JOJG el 15 de setiembre de 2001, fue objeto de discriminación injustificada al negársele la pensión de sobreviviente de su pareja en base a su orientación sexual. Asimismo, manifestaron que esa situación discriminatoria colocó en una situación de desprotección al señor Duque y afectó, entre otras cosas, sus posibilidades de acceder a los servicios de salud requeridos en virtud de ser una persona que vive con VIH. Adicionalmente, señalaron que las autoridades colombianas interpretaron y aplicaron de manera restringida las normas sobre seguridad social y sustitución pensional, como así también que las respuestas a las acciones de reclamación no garantizaron el acceso a un debido proceso con las debidas garantías”.

Los peticionarios indicaron que “JOJG se encontraba afiliado a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A. (en adelante “COLFONDOS”), razón por la cual, tras su muerte, el 19 de marzo de 2002, el señor Duque presentó una solicitud ante esa entidad para acceder a la pensión de sobrevivencia, con fundamento en su calidad de compañero permanente de JOJG”. El 3 de abril de 2002, COLFONDOS respondió, que el solicitante “no acreditaba la calidad de beneficiario frente a la ley para poder acceder a la pensión de sobrevivencia y en consecuencia no se [podía] llevar a cabo el trámite solicitado”. La referencia fue la legislación colombiana sobre seguridad social - Ley 100 de 1993, que si bien permitía la pensión de sobrevivencia al cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, este excluía la “unión de dos personas del mismo sexo”.

Por otra parte, la Ley 54 de 28 de diciembre de 1990, “ley de uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, definía en su artículo 1 la unión marital de hecho en Colombia de la siguiente forma: “(...) se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forma parte de la unión marital de hecho”.

Ante la negativa de COLFONDOS, el 26 de abril de 2002, el señor Duque interpuso acción de tutela a fin de recibir la pensión de sobrevivencia por haber sido compañero permanente de JOJG, argumentando que, “en su caso, además, el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia implicaba la garantía de su acceso a la seguridad social en salud, puesto que el señor Duque era portador del VIH”. Sin embargo, el 5 de junio de 2002, el Juzgado Décimo Civil Municipal denegó la acción de tutela bajo los mismos argumentos de COLFONDOS, además de señalar que el caso se debe resolver en la vía contenciosa administrativa. Ante esto, el señor Duque apeló la decisión del Juzgado, pero que dicha decisión fue confirmada el 19 de julio de 2002 por el Juzgado Doce Civil del Circuito, bajo los mismos argumentos, agregando que “la pensión de sobrevivientes tiende a proteger la familia y, como se entiende, hasta ahora, en nuestro medio, la familia se forma por la unión de hombre y una mujer únicos potencialmente capaces de conservar la

especie, mediante la procreación de los hijos. Así, la unión homosexual de hombre con hombre o de mujer con mujer, en sí misma, no constituye una familia. Una cosa es la relación íntima que pueda existir entre las parejas del mismo sexo y otra la relación que conforma una familia.” Este juzgado remitió la tutela a la Corte Constitucional para su estudio y revisión, pero no fue escogida. En consecuencia, los peticionarios alegaron que “el señor Duque se ha visto en la necesidad de conseguir por su cuenta los recursos necesarios para poder permanecer afiliado a una EPS y mantener el tratamiento médico necesario”.

El 2 de noviembre de 2011, la Comisión aprobó el Informe No. 150/11, mediante el cual se declaró competente para conocer la petición y declaró que la misma era admisible. Posteriormente con su Informe de Fondo 5/14, de fecha 2 de abril de 2014, la Comisión, tras analizar la posición de las partes, señaló que “el Estado de Colombia es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales, el principio de igualdad y no discriminación y la protección judicial consagrados en los artículos 5.1, 8.1, 24 y 25 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento en perjuicio de Ángel Alberto Duque. El 21 de octubre de 2014, la Comisión sometió el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Análisis, fundamentación y resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁰:

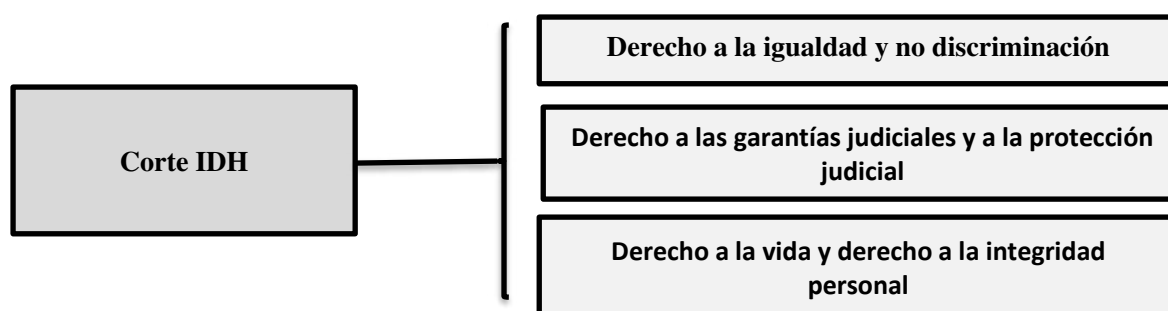
La Corte plantea como cuestión previa, dilucidar el reconocimiento que hace el Estado, sobre la no legislación de reconocer el derecho a la pensión del compañero supérstite del mismo sexo, como ilícito internacional continuado. La Corte, planteó que “lo relevante en este punto es analizar si: (a) cesó el hecho ilícito internacional, (b) cuándo cesó el hecho ilícito internacional y (c) qué incidencia tiene esta cesación para el pronunciamiento de la Corte”. (Párr. 55).

En relación a ello, el Estado manifestó que “*mucho antes que el caso fuera sometido a la Corte e incluso antes que fuera presentado el Informe de Admisibilidad por parte de la Comisión, el hecho ilícito internacional principal cesó puesto que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y particularmente la sentencia C-336 de 2008⁵¹ modificó las normas que estaban generando el hecho ilícito internacional*”, que si bien la sentencia C-336 de 2008 no dejó claro las cuestiones respecto a la irretroactividad de los efectos de la sentencia y los

⁵⁰ “La excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos frente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente que reclama el señor Duque fue desestimada por la Corte”. (Párrafos 15-43).

⁵¹ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-336/2008 de fecha 16 de abril de 2008. “Si bien, con las expresiones atacadas el legislador propende por un sistema de protección acorde con los mandatos del artículo 48 de la Carta Política, (...)redactar las expresiones demandadas generó una situación de abierta discriminación en contra de una comunidad que, como la homosexual, es considerada parte de una clasificación sospechosa en cuanto proviene de una distinción fundada en razones de sexo, distinción proscrita por el inciso primero del artículo 13 de la Constitución. Al ponderar los derechos de las parejas en relación con la pensión de sobrevivientes, la Sala no encuentra razones objetivas ni constitucionalmente validas que puedan constituirse en un obstáculo o significar un déficit de protección para las parejas conformadas con personas del mismo sexo que les impida ser destinatarias de los beneficios reconocidos por el legislador en materia de pensión de sobrevivientes”. (Fj. 7.6). Para consulta. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-336-08.htm>.

medios de prueba para acreditar la relación de las parejas del mismo sexo, esto fue precisado por la Sentencia T 051 de 2010⁵², con ello, en argumentos del Estado, habría cesado por completo el ilícito internacional. Para la Corte, el Estado reconoce lo siguiente, 1). El ilícito internacional continuado por la legislación discriminatoria, 2). La cesación de este ilícito con las sentencias de la Corte Constitucional del año 2008 y 2010, y 3). El daño o trato discriminatorio en contra de las parejas del mismo sexo se reparó, puesto que ahora se les reconocía el derecho a la pensión de su compañero de vida. No obstante ello, la Corte, concluye que “el reconocimiento realizado por el Estado no equivale a un reconocimiento internacional de responsabilidad, ni tampoco incluye la reparación del hecho ilícito referido. Los temas que la Corte analizará son”:



a) Derecho a la igualdad y a la no discriminación

Reiterando lo señalado en el caso Karen Atala, la Corte, define la discriminación;

Como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la

⁵² Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T05/2010, de fecha 2 de febrero de 2010. “Encuentra la Sala que frente a esta interpretación restrictiva que impone a las parejas homosexuales una carga imposible de cumplir, pues muerto uno de los compañeros o una de las compañeras no es factible que la pareja acuda simultáneamente a la notaría a acreditar la permanencia y singularidad de la unión, existe otra posibilidad de interpretación más compatible con las circunstancias que dan lugar al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y más acorde con lo dispuesto por la Constitución y por los Convenios Internacionales de Derechos Humanos”. (Fj. 4.5., 5to párrafo.). Para consulta. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-051-10.htm>.

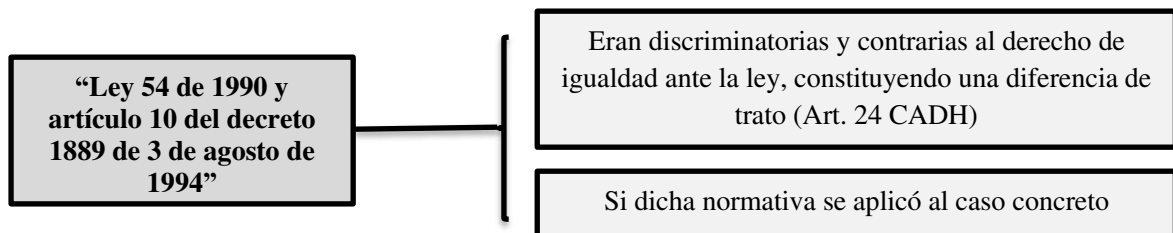
unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, además que es parte del *ius cogens* (*Párrafos 90 y 91*).

En relación al derecho a la igualdad y el principio de no discriminación, interpretado conjuntamente con el artículo 1.1, este último, se refiere;

Al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho, no sólo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. (*Párr. 94*).

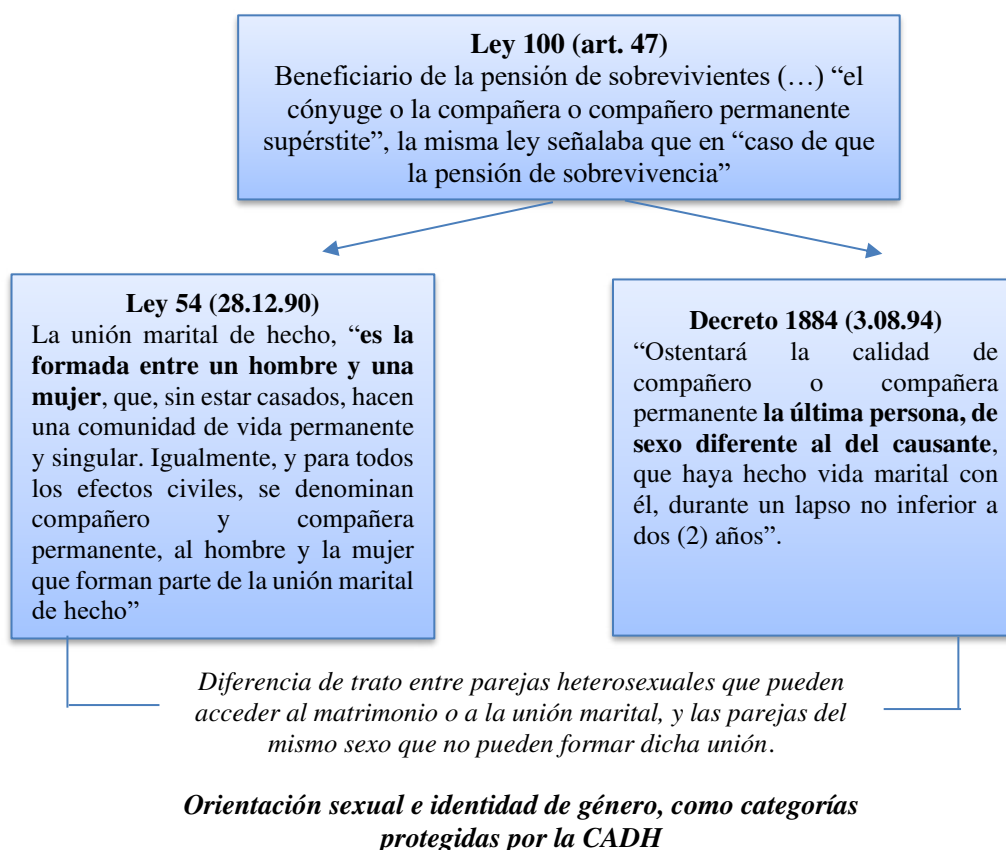
a.1. El derecho a la igualdad ante la ley en el presente caso

Para la Corte IDH los ejes centrales que irradian todo el razonamiento que realiza a lo largo de su sentencia, son: el derecho a la igualdad y la no discriminación (incluyendo la protección de la categoría de la orientación sexual al amparo del artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos) y la existencia de una diferencia de trato por parte del Estado a través de la normativa sobre seguridad social, así tenemos:



Párrafo. 101

Para determinar ello, la Corte parte de la norma matriz, el artículo 47 de la Ley 100 de fecha 23 de diciembre de 1993;

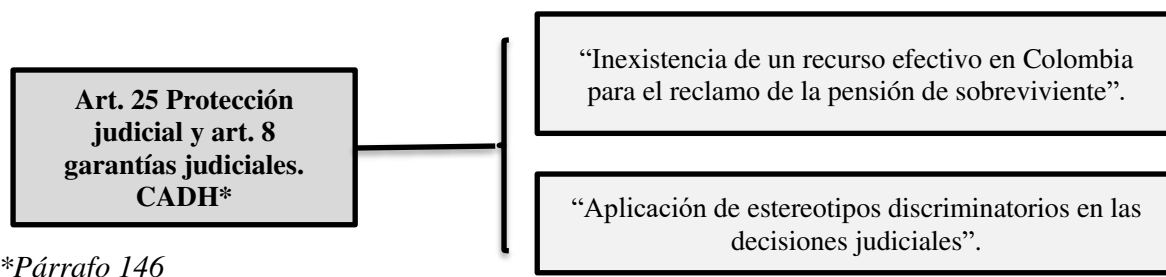


Del análisis literal de la Ley 54 de 1990 y del artículo 10 del decreto 1889 de 1994, se observa que estos “eran discriminatorias a la luz de lo establecido en el artículo 24 de la Convención en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento”, máxime si el Estado no ha brindado motivos especialmente relevantes o razonables, para mantener dicha diferenciación en el acceso a la pensión del cónyuge o compañero permanente supérstite entre parejas heterosexuales y las del mismo sexo, siendo el principal fundamento una categoría protegida como lo es la orientación sexual, afectando con aquella aplicación normativa al señor Duque. Sin embargo, la Corte, va más allá y examina si este hecho ilícito fue subsanado por el Estado, o por el contrario se constituyó en perjuicio del peticionante, concluyendo que, si bien las sentencias C-336/08 y T-051/10, fueron un avance en materia de afirmación del derecho a la pensión para las parejas del mismo sexo, no se tiene la certeza que la aseguradora siga lo señalado por las citadas sentencias, ello agravado por el hecho de no saber plenamente si le iban a ser reconocidas las pensiones dejadas de recibir desde el 2002 (fecha posterior al fallecimiento de JOJG y de la solicitud de pensión), por ello, se concluye que el ilícito no ha sido subsanado por el Estado, “puesto que los pagos retroactivos que podría recibir no serían equivalentes a los que habría percibido en caso de no haber sido tratado en forma discriminatoria”. (*Párrafos 124 y ss*).

Finalmente, la Corte concluye que, “el Estado es responsable por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación contenida en el artículo 24 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento en perjuicio del señor Ángel Duque, toda vez que no se le permitió acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en la normatividad interna colombiana”.

b. Derecho a las “garantías judiciales y a la protección judicial”.

Para determinar si el actuar de los juzgados que resolvieron sobre la tutela del señor Duque, estuvo acorde al artículo 8 de la CADH, además de que este recurso haya sido el idóneo y eficaz para cuestionar una situación discriminatoria por el hecho de la orientación sexual, la Corte establece el siguiente análisis;



*Párrafo 146

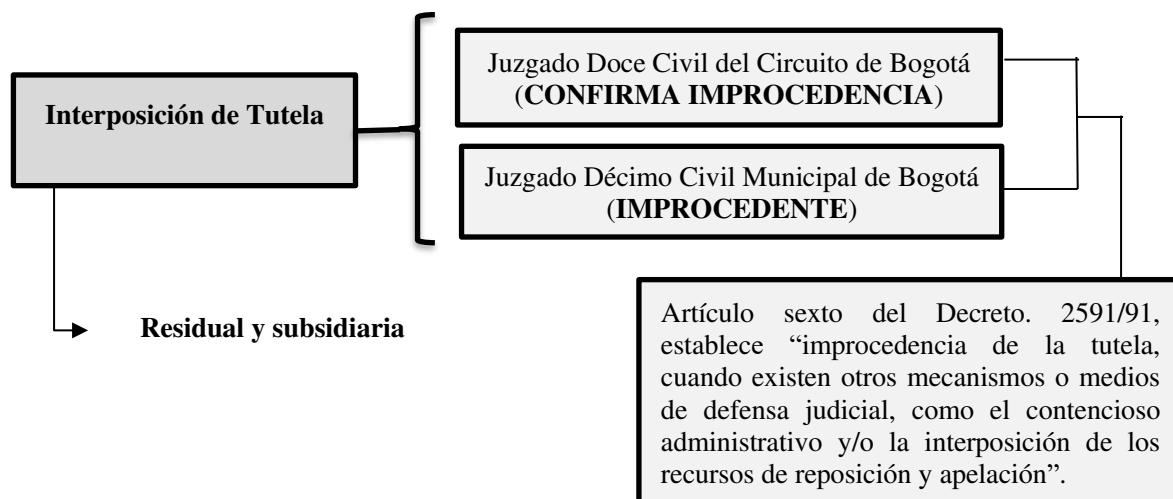
b1. Sobre la “existencia de un recurso efectivo en Colombia para el reclamo de la pensión de sobreviviente”.

La Corte ha manifestado que “no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos del mismo, es decir el recurso debe ser idóneo a fin de revertir la violación de un derecho, examinando las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas”.⁵³

Para determinar si existió transgresión al artículo 25 de la CADH, la Corte analiza lo siguiente:

- *Inexistencia de un recurso efectivo en Colombia para el reclamo de la pensión de sobreviviente.*

⁵³ Cfr. “Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 96, y y Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs. Chile”, párr. 123.



Se toma en cuenta que el resultado no satisfactorio a los intereses del demandante no implica inmediatamente el quebrantamiento del artículo 25 de la CADH siempre y cuando el proceso se haya producido con apego a las garantías de protección judicial. En particular, la Corte señala que;

“No cuenta con elementos para determinar la inexistencia de una voluntad estatal de brindar protección jurídica al señor Duque, tomando en consideración que las resoluciones de primera y segunda instancia se resolvieron conforme a la normativa vigente, señalando las vías adecuadas para solicitar la pensión de sobrevivencia, razón por la cual, la Corte tampoco tiene certeza sobre la inexistencia de un recurso idóneo o efectivo para solicitar el pago de la pensión de sobreviviente, puesto que la Corte no entrará al análisis de la idoneidad de los otros recursos de las vías ordinarias. Por consiguiente, la Corte estima que el Estado no vulneró el derecho a la protección judicial, previsto en el artículo 25.1 de la Convención”. (Párrafos 155 y ss).

- ***Aplicación de estereotipos que tienden a la discriminación en las decisiones judiciales.***

La Corte, es enfática en precisar que el juez imparcial e independiente es una de las garantías del debido proceso, a su vez, implica la objetividad del juez en el análisis de los hechos y la carencia de todo elemento subjetivo y de todo prejuicio. El carácter imparcial de un juez se presume, salvo se pruebe lo contrario. En el presente caso, la denegatoria de la acción de tutela por las dos judicaturas responde a la aplicación de la norma vigente a la ocurrencia de los hechos, y no responde directamente o de manera determinante a la orientación sexual del señor Duque o que responda a un estereotipo en su contra por esa condición, máxime si los jueces señalaron la vía idónea para el reclamo de la pensión. Por ello, la Corte considera que

“no es posible concluir que las autoridades hayan actuado con fundamento en otros aspectos que no sean los establecidos en leyes colombianas, en razón a ello, el Estado no es responsable por la violación de las garantías judiciales establecidas en el artículo 8.1 de la Convención”. (Párrafos 164, 165 y 166).

c) El derecho a la integridad personal y el derecho a la vida

La Corte analiza “los estándares del derecho a la integridad personal en relación a la salud de las personas que padecen de VIH, tomando como referencia las directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA” (*Párr. 165*), señalando que el acceso a los antirretrovirales es sólo una arista para el tratamiento de las personas que tienen VIH, pues lo que se requiere es un enfoque completo de prevención, tratamiento y apoyo. En el caso de Colombia, la Ley 972 de 2005 regula la mejora en la atención de la población que padece de enfermedades graves, como lo es el VIH/SIDA, además la Corte Constitucional de Colombia ha resuelto que el derecho a la vida de las personas con VIH es una prioridad, garantizándose un tratamiento integral, continuo y oportuno.

En el caso en concreto, se tiene, ante los argumentos de los representantes, sobre la “tremenda carga emocional” que afectó al señor Duque ante la negativa de COLFONDOS y de la judicatura, la Corte observa:

“Que no fue aportada ninguna prueba de un daño en la integridad psicológica o moral del señor Duque derivada de las resoluciones emitidas por COLFONDOS y los tribunales internos. Respecto a la atención médica del señor Duque, el Ministerio de Salud demostró que el peticionante ha estado afiliado ininterrumpidamente en el instituto de Seguros Sociales, de lo que se deduce que el Estado nunca ha dejado de proveerle asistencia médica para el VIH/SIDA. (*Párrafos 184 y 185*). Por tanto, la Corte concluye que el Estado no es responsable de la violación de los derechos a la integridad personal y a la vida, consagrados en los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Ángel Alberto Duque”.

En resumen, la Corte resolvió:

Por cuatro votos a favor y dos en contra, que

3. “El Estado es responsable por la violación al derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en

los términos de los párrafos 89 a 138 de esta Sentencia”. (Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi)

Por cuatro votos a favor y dos en contra, que

4. “El Estado no es responsable por la violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno, establecido en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 24 y 1.1 del mismo instrumento, en los términos del párrafo 139 de la presente Sentencia”. (Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi)

Por cuatro jueces a favor y dos en contra, que

5. “El Estado no es responsable por la violación a los derechos a las garantías judiciales y protección judicial reconocidos en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en los términos de los párrafos 145 a 166 de la presente Sentencia”. (Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi)

Por cuatro votos a favor y dos en contra, que

6. “El Estado no es responsable por la violación a los derechos a la vida y a la integridad personal reconocidos en los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en los términos de los párrafos 171 a 192 de esta Sentencia”. (Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi)

3.2.3 “Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Sentencia de 31 de agosto de 2016 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”

DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

De acuerdo al Informe de Fondo No. 81/13 de la CIDH, se recibió una petición presentada por Alejandro Ponce Villacís y Juan Manuel Marchán (los peticionarios) en la cual se alega la responsabilidad de la República de Ecuador (el Estado) por la baja de Homero Flor Freire, Oficial de Policía Militar de la Fuerza Terrestre Ecuatoriana por haber incurrido en una aparente falta disciplinaria. La sanción tuvo como base prejuicios que resultaron discriminatorios y en la diferenciación injusta e ilegal prescrita en el Código militar para sancionar “conductas homosexuales dentro de un recinto militar.”⁵⁴

Los hechos tuvieron lugar el 19 de noviembre de 2000, en el “Fuerte Militar Amazonas”, lugar en la cual, de acuerdo a la versión de algunos oficiales, el señor Flor había sostenido relaciones sexuales con otro soldado en su habitación. El señor Flor Freyre negó dicha acusación y señaló su versión sobre la ocurrencia de los hechos, manifestando que a las 5.20 am, él se encontraba en las afueras del “Coliseo Mayor”, cuando avistó a un soldado ebrio y que habría tenido altercados con otros asistentes a la fiesta celebrada en ese lugar, por ello lo trasladó hasta el fuerte dejándolo en la “Prevención Militar” a cargo de otros oficiales, no obstante, el soldado tuvo la intención de volver a dicha fiesta, razón por la cual el señor Flor lo llevó a

⁵⁴ **Reglamento de Disciplina Militar de 1998.** Artículo 117.- “Los miembros de las Fuerzas Armadas que sean sorprendidos en actos de homosexualidad o en hechos relacionados con tenencia, uso indebido, tráfico y comercialización de drogas o estupefacientes dentro o fuera del servicio, se sujetarán a lo previsto en artículo 87, Lit. (i) de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas [que establece que el militar será dado de baja [p]or convenir al buen servicio, sea por mala conducta o por incompetencia profesional del militar’], sin perjuicio de que sean puestos a órdenes de los Jueces comunes para su Juzgamiento conforme a la Ley de la materia”. [...]

su habitación en la cual existía una cama adicional para que duerma, en ese instante, ingresó a la habitación un Mayor de manera arbitraria señalándole que “Deje su arma, que está en problemas por actos de homosexualismo”. Para el peticionario, su baja se debe a otros motivos, como su no participación en actos de corrupción en la adquisición de alimentos. Luego recibió presiones para que solicite su baja.

Al día siguiente de estos hechos, se le solicita que entregue funciones ante su dependencia, siendo puesto a disposición del “Juzgado Primero de lo Penal de la Cuarta Zona Militar”, se realizaron las diligencias tomando la manifestación del señor Flor Freire, ratificando este su versión de los hechos. El 21 de diciembre de 2000, el Juzgado Primero de lo Penal concluyó la investigación y elevó el caso al Fiscal de la Zona para que emitiera su dictamen. El Fiscal, señaló que en mérito de la prueba actuada consideraba que existía “responsabilidad disciplinaria” contra el Sr. Flor Freyre, debiendo ser sancionados conforme al artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar. El Juzgado Primero de lo Penal acogió el dictamen fiscal y propuso que se declarase su responsabilidad bajo el art. 117. Luego, el caso se ventiló bajo circunscripción del comandante de la Cuarta Zona Militar, quien debía actuar como Juez de Derecho.

El 17 de enero de 2001 el Comandante de la Cuarta Zona Militar, en su carácter de “Juez de Derecho” resolvió tomar en cuenta el dictamen de la Fiscalía Pública Militar, así como el proyecto de resolución elaborado por el Juzgado Primero de lo Penal, ratificando la versión del encuentro íntimo entre el señor Flor Freyre y el soldado, señalando la compatibilidad del art. 117 con la Constitución debido al carácter especial de la legislación militar y de la institución, “*que cultiva los valores tales como el honor, la dignidad, la disciplina, la lealtad, el culto al civismo y ser reserva moral de la sociedad*”, por lo tanto los actos de homosexualismo entre el teniente Flor Freire y el otro soldado debían “ser sancionados con lo que establece el artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar, esto es deben ser dado de BAJA (al soldado) y ser puesto en DISPONIBILIDAD previo a la baja al Tnte. Flor Freyre”. Esta decisión fue apelada ante el Consejo de Oficiales Subalternos, la cual ratificó la baja.

El 8 de mayo de 2001, el señor Flor Freire presentó ante el Comandante de la Fuerza Terrestre un recurso de nulidad de todo lo actuado de las instancias inferiores, señalando que no pudo ejercer su derecho de defensa puesto que al revisar su expediente no encontró un escrito en el cual solicitaba la práctica de otras diligencias con el fin de esclarecer los hechos. El Consejo de Oficiales denegó el recurso de nulidad toda vez que no habían variado los argumentos de hecho ni derecho.

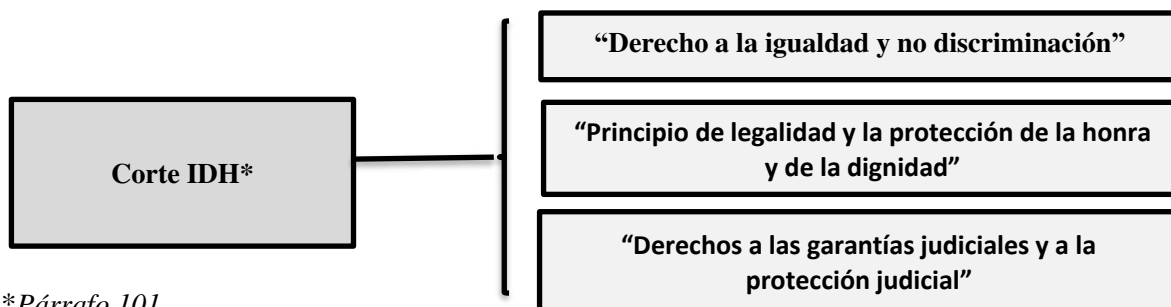
Al haberse emitido la resolución del Juzgado de Derecho de fecha 17 de enero de 2001, el señor Flor Freire presentó un recurso de amparo constitucional ante el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, el argumento fue la aplicación del art. 117 del “Reglamento de Disciplina”, que había sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional el 27 de noviembre de 1997, además de señalar otras irregularidades al debido proceso. El 18 de julio de 2001 el Juzgado denegó el amparo, principalmente por que el amparo era una vía subsidiaria y la Resolución impugnada no había causado estado. Esta decisión fue apelada al Tribunal Constitucional que lo declaró improcedente.

Asimismo, los peticionarios señalan vulneraciones al debido proceso y a la protección judicial porque en el íter del proceso, al señor Homero Flor, no se le otorgó oportunidad del contradictorio, así como no contó un recurso efectivo para contradecir aquella decisión. La CIDH concluye que “el Estado de Ecuador violó los derechos consagrados en los artículos 24, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento en perjuicio del Sr. Homero Flor Freire”, sometiendo el caso a la Corte IDH el 11 de diciembre de 2014.

Análisis, fundamentación y resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁵:

Los temas que la Corte analizará son:

⁵⁵ La Corte desestimó la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos interpuesta por el Estado de Colombia. (Párrafos 18 y ss).



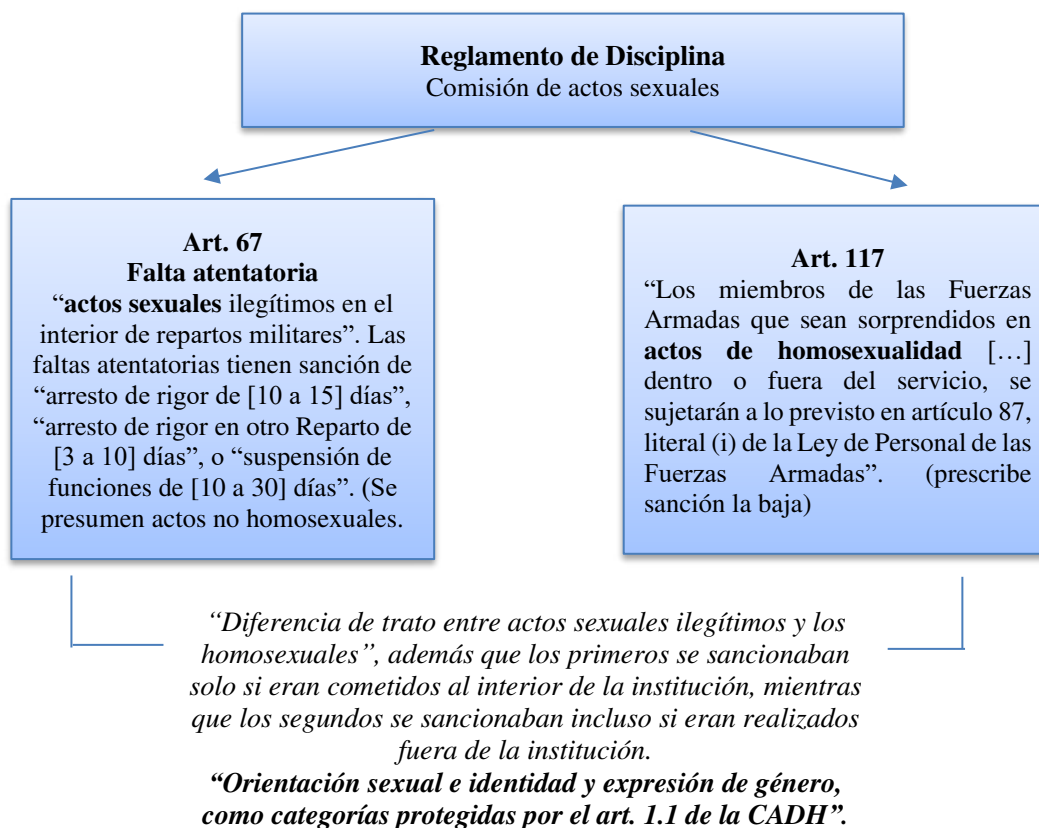
*Párrafo 101

a) Derecho a la igualdad ante la ley y prohibición de discriminación, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

La Corte determinará si existió discriminación contra el señor Flor Freyre en el proceso de apartamiento de las fuerzas armadas por el solo hecho de su orientación sexual, así sea “real o percibida”, tomando en cuenta que el señor Flor Freyre no se identifica como homosexual. El Estado debe ofrecer protección contra prácticas que mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias, ya que los derechos deben respetarse y garantizarse sin discriminación alguna como bien señala el artículo 1.1 de la CADH. Por otro lado, “el artículo 24 de la Convención prohíbe la discriminación de derecho, no solo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación”.

En el presente caso, la Corte analizará si las normas impugnadas (Art. 177 del Reglamento Disciplinario Militar) y el art. 67 del mismo cuerpo normativo ostentan una diferenciación de trato que discrimina ciertos actos sexuales con penas graves para los actos sexuales entre personas del mismo sexo y con penas menos severas para los actos sexuales entre personas de diferente sexo, conforme el artículo 24 de la Convención. Para ello se determinará si: “a) si esas normas establecían una diferencia de trato; b) si esa diferencia de trato se refería a categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana, y c) si esa diferencia de trato revestía un carácter discriminatorio”. (Párr. 114).

a.1 La “diferencia de trato en los artículos 67 y 117 del Reglamento de Disciplina Militar y el artículo 87, literal (i) de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas”.



La Corte enfatiza que Ecuador no explicó la razón objetiva y la necesidad de esta diferencia de trato con el fin que se busca salvaguardar, de ahí que la “separación de soldados de las fuerzas armadas solo por su orientación sexual real o percibida es contraria a la Convención Americana, concluyendo que el Estado violó el art. 2 de la Convención que implica el deber de adoptar disposiciones de derecho interno que fueran necesarias para garantizar los derechos y libertades”. No obstante ello, se toma en cuenta que el 15 de diciembre de 2008, Ecuador promulgó una nueva normativa de Disciplina Militar en la que ya no se prescribe la diferencia entre las relaciones sexuales homosexuales y relaciones sexuales heterosexuales, modificación posterior a la ocurrencia de los hechos y la aplicación del art. 117 del Reglamento.

La Corte concluye que el “Estado es responsable por la violación del derecho a la igualdad ante la ley y de la prohibición de discriminación reconocidos en el artículo 24 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, en perjuicio del señor Flor Freire, en virtud de la discriminación sufrida por la orientación sexual percibida”.

b. “Principio de legalidad y protección de la honra y de la dignidad, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos”.

El principio de legalidad “constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática y preside la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo”. (*Párr.146*). En el presente caso, los representantes manifiestan que el señor Flor Freire fue sancionado por normativa infralegal, es decir una norma reglamentaria, sin embargo, se advierte que el peticionante “fue sancionado con el artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar, en combinación con los artículos 76 y 87 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, entre otras normas, como se desprende de la resolución del Juzgado de Derecho” (*Párr.147*). Ello sumado a que los representantes no han aportado elementos adicionales que permitan una interpretación sistemática con el artículo 24.1 de la Constitución de Ecuatoriana de 1998, en virtud a esto, la Corte no puede ni debe resolver sobre los efectos jurídicos de la legislación interna o su interpretación, toda vez que ello corresponde a los Tribunales nacionales.

Respecto a la ilicitud de la sanción del señor Flor Freire por actos que no estaban penalizados, la Corte “advirtió que no existe una obligación de no sancionar por la vía disciplinaria, conductas que no sean delitos penales, en virtud a ello, no se considera que la despenalización del “delito de homosexualismo” en el Ecuador implicara que el señor Flor Freire no pudiera ser sancionado disciplinariamente por presuntamente realizar actos sexuales homosexuales dentro de las instalaciones militares”. (*Párr. 152*). Por tanto, el Estado no violó el artículo 9 de la Convención Americana en perjuicio de Homero Flor Freire.

b.1 “Derecho a la honra y la dignidad”

La Corte conceptualiza el derecho a la honra y la reputación:

“La honra, es la estimación o deferencia con la que cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan, en razón a su dignidad humana. Se trata de un derecho que debe ser protegido con el fin de no menoscabar el valor intrínseco de los individuos frente a la sociedad y frente a sí mismos. (*Párr. 154*). Por otra parte, *la reputación* puede resultar lesionada como consecuencia de informaciones falsas o erróneas que se difundan sin fundamento y que distorsionan el concepto público que se

tiene del individuo. Tiene por lo tanto una cercana relación con la dignidad humana, en la medida que protege a las personas contra ataques que restrinjan la proyección de la persona en el ámbito público o colectivo. (*Párr. 155*). En relación al caso del señor Flor Freire, la Corte señala que todo el proceso disciplinario y el contexto en particular (relaciones homosexuales) menoscabaron su derecho a la honra y su reputación. Por tanto, La Corte concluye que el Estado es responsable de la violación del derecho a la honra y dignidad, consagrado en el artículo 11.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Flor Freire”.

c. Vulneración al “derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno”.

La Corte precisa que “los órganos de disciplina militar que intervinieron en el proceso contra el señor Flor Freire debían adoptar decisiones basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana”. (*Párr.166*).

c.1 “Respecto a la garantía de imparcialidad”

Tomando en cuenta que el Comandante (Juez de Derecho) era el superior en jerarquía del señor Flor Freire, con facultad de mando sobre la presunta víctima, y quien le ordenó que “entregue funciones” poniéndolo bajo conocimiento del Juzgado Primero de lo Penal de la Cuarta Zona Militar. Posteriormente el Comandante le exigió la entrega de responsabilidades, así como la de su habitación, actuaciones que constituyeron un prejuzgamiento de los hechos por parte del Comandante, pues en adelante él sería el Juez de Derecho, por lo que dichas actuaciones si serían relevantes para la resolución sobre la sanción.

Aunque el Juez de Derecho no sea el que determine la baja, sino el Consejo Regulador; es de precisar que éstos determinan la baja o la disponibilidad de acuerdo a los hechos y a la responsabilidad determinada por el Juez de Derecho, por lo que, la imparcialidad del Juez de Derecho afectaba todo el proceso disciplinario. De ello se puede dilucidar que no es posible que el Comandante que fue luego el Juez de Derecho haya carecido de subjetividad, puesto que cuando le tocó resolver sobre el procedimiento, este ya había actuado en respuesta de los hechos ocurridos, actuación que compromete su imparcialidad, pues pudo formarse una opinión preconcebida de los hechos, concluyéndose que “el Estado violó la garantía de

imparcialidad reconocida en el artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Homero Flor Freire”. (*Párr. 181*).

c.2 El deber de motivación

“El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada a la recta administración de justicia, que le garantiza a los ciudadanos el derecho a ser juzgados por las razones que el derecho otorga, a la vez que brinda credibilidad a las decisiones judiciales en una sociedad democrática”.⁵⁶

Ello permite garantizar que no se expidan decisiones arbitrarias, como es lo propio de una sociedad democrática, de ahí que es una garantía del artículo 8.1 de la Convención. Además, el “deber de motivar es mayor en las sanciones disciplinarias. La carencia de una adecuada motivación de las decisiones disciplinarias puede tener un efecto directo en la capacidad de las víctimas de ejercer una defensa adecuada en los recursos posteriores”. (*Párr.185*).

Del análisis de la Resolución de Oficiales Subalternos (3 de mayo de 2001) y la Resolución del Consejo de Oficiales Superiores (18 de julio de 2001), la Corte estima que las citadas resoluciones si responden al alegato del señor Freire, toda vez que se hace referencia a la inconstitucionalidad de la sanción por la no penalización del delito de sodomía en Ecuador, sin perjuicio de ello, que la decisión no haya sido favorable al señor Flor Freire no quiere decir que carezca de motivación. La Corte encuentra que “la resolución si estaba debidamente motivada, por lo tanto, el Consejo de Oficiales Subalternos y Superiores cumplen con la garantía de motivación. El Estado no es responsable de una violación del artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo tratado”. (*Párr. 193*).

c.3 Derecho a un recurso efectivo.

“El Tribunal ha señalado que el artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo ante juez o tribunal competente”. (*Párr. 198*). La cuestión a analizar es cuál recurso era el efectivo, si el amparo o el contencioso administrativo. Respecto de este último, se tiene que, la Corte Suprema de Justicia de Ecuador estableció que “las cuestiones militares, o del artículo 6 literal C⁵⁷ no pueden ser conocidas por la justicia

⁵⁶ Cfr. “Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela”, supra, párr. 77, y Caso “Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala”, supra, párr. 87.

⁵⁷ **Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.** “No corresponden a la jurisdicción contencioso - administrativa: [...] c) Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como

contenciosa administrativa, sino que tiene autonomía total la jurisdicción militar disciplinaria”, sin embargo, el Estado presentó a la Corte una serie de casos interpuestos desde año 1999 hasta el 2009 referentes a personal militar (bajas o negativas de ascenso) ante los tribunales contenciosos administrativos, admitiéndose la mayoría de ellos, puesto que estos Tribunales confirmaban su competencia. Esto demuestra la disposición para la interposición de este recurso. El señor Duque no interpuso el referido recurso, razón por la cual, la Corte no puede determinar la eficacia o idoneidad del recurso contencioso administrativo. “El Estado no es responsable de la violación del artículo 25.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Flor Freire”. En consecuencia, la Corte Interamericana de Derechos humanos, declara por unanimidad, que:

- “El Estado es responsable por la violación del derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación reconocidos en el artículo 24 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento”.
- “El Estado es responsable por la violación del derecho a la honra y a la dignidad, reconocido en el artículo 11.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento”.
- “El Estado es responsable por la violación de la garantía de imparcialidad reconocida en el artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Homero Flor Freire”.
- “El Estado no es responsable por la violación del principio de legalidad, reconocido en el artículo 9 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento”.
- “El Estado no es responsable por la violación de la garantía del deber de motivación reconocido en el artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento”.
- “El Estado no es responsable de la violación del derecho a un recurso efectivo reconocido en el artículo 25.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento”.

aquellas que afectan a la defensa del territorio nacional, a las relaciones internacionales, a la seguridad interior del Estado y a la organización de la Fuerza Pública, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación corresponde a la jurisdicción contencioso – administrativa”. (Párr.201).

3.2.4. Caso “Azul Rojas Marín y otra vs. Perú. Sentencia de 12 de marzo de 2020. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”

DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

De acuerdo al Informe de Fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos No. 24/18, el 15 de abril de 2009 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recibió una petición presentada por la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX) y Redress Trust (parte peticionaria) en la cual se alega la responsabilidad internacional de la República del Perú (El Estado) en perjuicio de Azul Rojas Marín y su madre, Juana Rosa Tanta Marín.

Los hechos se remontan a la madrugada del 25 de febrero de 2008, día en el cual se produce su detención para efectos de identificación, por parte del serenazgo y de la PNP, cuando se encontraba transitando por la calle en el Distrito de Casa Grande, Provincia de Ascope, Departamento de la Libertad. Azul, en ese momento, se reconoce como un hombre gay. De acuerdo al parte policial, se anotó que la detenida no contaba con su DNI y se encontraba en estado de ebriedad, por lo que fue llevada a la comisaría.

De la denuncia interpuesta días después por Azul (y sus tres declaraciones sobre los hechos, 27, 28 de febrero de 2008 y 6 de marzo de 2008), señala que un policía la conminó a subir a la camioneta del serenazgo, mientras ella caminaba con destino a su vivienda, ella hizo caso omiso a esta orden que incluía una serie de improperios, fue entonces cuando el policía descendió de la camioneta y con su vara la golpeó en el estómago obligándola a subir a la camioneta, ayudado por un efectivo de serenazgo que le agarró de las piernas para subirla a la camioneta. Al llegar a la comisaría, la encerraron en una habitación, ingresando tres policías que la insultaron y golpearon obligándola a sacarse la ropa, como ella no accedió a eso, los policías la desvistieron violentamente golpeándola. Luego de ello un policía mojó su vara con agua y se la introdujeron en el ano (esto último fue manifestado en su declaración del 28 de febrero, ya que, en su primigenia declaración manifestó que fue una tentativa de penetración con la vara), ella gritó y pretendió salir corriendo, cuando un policía la agarró de los cabellos y con tres policías más la tiraron al suelo dejándola desnuda en una oficina a la cual ingresaban otros policías burlándose de ella. Posteriormente le devolvieron su ropa hasta que dejó la comisaría, no sin antes recibir nuevos insultos y frases degradantes del personal policial. En la declaración del 6/03/2008, Azul manifestó que no quisieron recibirle la denuncia en la Comisaría de Casa Grande.

Ante ello denunció los hechos a la **fiscalía de Ascope**, que dispuso abrir investigación preliminar contra la policía de la Comisaría de Casa Grande por el delito de violación sexual y ordenó la práctica de una serie de diligencias (24 de marzo de 2008). El 2 de abril de 2008, la Fiscalía formalizó la denuncia por el delito de violación sexual; y contra la administración pública en modalidad de abuso de autoridad, en contra de tres funcionarios policiales, solicitando su prisión preventiva. El 5 de mayo del mismo año, Azul presentó una solicitud ante la misma Fiscalía para que la investigación se ampliara por el delito de tortura de acuerdo al artículo 321 del Código Penal. En junio de 2008, la Fiscalía dispuso que no procedía ampliar ni continuar la investigación preparatoria por el “delito contra la humanidad en la modalidad de tortura”, porque si bien los funcionarios utilizaron la vara de goma, no lo hicieron con dolo, es decir, con conocimiento y voluntad de cometer aquel delito, ni con la intención de obtener una declaración de la presunta víctima. Para la fiscalía, no existió ningún indicio revelador respecto a que los denunciados hayan infligido “dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales a Azul a fin de obtener un ulterior resultado, como que confesara el paradero de su hermano (acusado por el delito de homicidio)”. La fiscalía superior ratificó lo decidido por la fiscalía Provincial de Ascope.

El 21 de octubre de 2008 la Fiscalía de Ascope presentó ante el juez de investigación preparatoria un requerimiento de sobreseimiento por falta de elementos de convicción para solicitar el enjuiciamiento de los funcionarios imputados, ya que el examen médico legal de Azul se había practicado 4 días después de la ocurrencia de los hechos, por lo que no le generaba convicción de corroborar los hechos denunciados. Además, en su primera declaración, la víctima no había señalado nada acerca de la violación, siendo sus declaraciones contradictorias, máxime si la denuncia iba dirigida a uno de los policías que había investigado el delito de su hermano, por lo que se presume que la denuncia tendría otras motivaciones. Respecto al delito de abuso de autoridad, la fiscalía determinó que la falta de registro del procedimiento

de intervención realizado a Azul Rojas Marín por encontrarse sin documentos de identidad no era suficiente para establecer el delito. Pese al recurso de oposición presentado por Azul, el 9 de enero de 2009, “el Juez Penal de Investigación Preparatoria de Ascope declaró fundado el requerimiento del Ministerio Público y dictó auto de sobreseimiento a favor de los funcionarios policiales imputados”.

En relación al delito de violación sexual agravada, el Juez señaló que los testimonios deben gozar de verosimilitud y credibilidad, en este caso, la declaración de Azul no tenía credibilidad, ya que debía ser tomado en cuenta que uno de los imputados había participado en un proceso penal contra el hermano de Azul, además que en su reciente denuncia por los hechos de violación, nunca los expresó ante los medios de comunicación, por ello no se veían cumplidos falta de inmediatez y temporalidad fundamentales para el esclarecimiento de este tipo de delitos, razón por la cual, su testimonio no podía ser considerado como un medio probatorio válido, por todo ello se declaró fundado el requerimiento de sobreseimiento. El 22 de enero de 2009, Azul interpuso un recurso de apelación, pero el Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Ascope lo declaró improcedente por presentarse fuera del plazo.

Paralelo a los hechos, Azul Rojas, interpuso una queja ante la Oficina Descentralizada de Control Interno de la Libertad y el Santa contra los Fiscales, el Adjunto y el Provincial de la Provincia de Ascope, responsables de la investigación de la denuncia por violencia sexual. Se les acusó de abuso de autoridad, de revictimizar a la señora Azul, además de humillarla con sus comentarios e impedirle que pase el examen del médico legista en el momento oportuno. Si bien, la Oficina Desconcentrada declaró fundada la queja, luego la Fiscal de la Nación el 19 de noviembre de 2010 resolvió que no existía mérito para ejecutar una acción penal en contra de los fiscales quejados.

El 5 de marzo de 2008, la señora Azul denunció ante la Inspectoría Regional de Trujillo a los cuatro policías relacionados en la violación y tortura en su contra. El 2 de mayo de 2008 la Inspectoría Provincial de Pacasmayo de la Policía Nacional del Perú emitió un informe concluyendo que: “i) no se estableció responsabilidad administrativa en los efectivos policiales, ya que la intervención a la denunciante se realizó en cumplimiento de la normativa y procedimientos policiales, tomando en cuenta su falta la identificación de la denunciante, y ii) no se determinó que la presunta víctima fuese agredida físicamente dentro de la Comisaría por parte del personal denunciado, puesto que el examen médico legal fue posterior a la ocurrencia de los hechos”. El 2 de septiembre de 2008 el Tribunal Administrativo Disciplinario Territorial resolvió “no ha lugar a interponer sanción contra los Sub-Oficiales y archivar definitivamente el caso con argumentos similares a los de Inspectoría”.

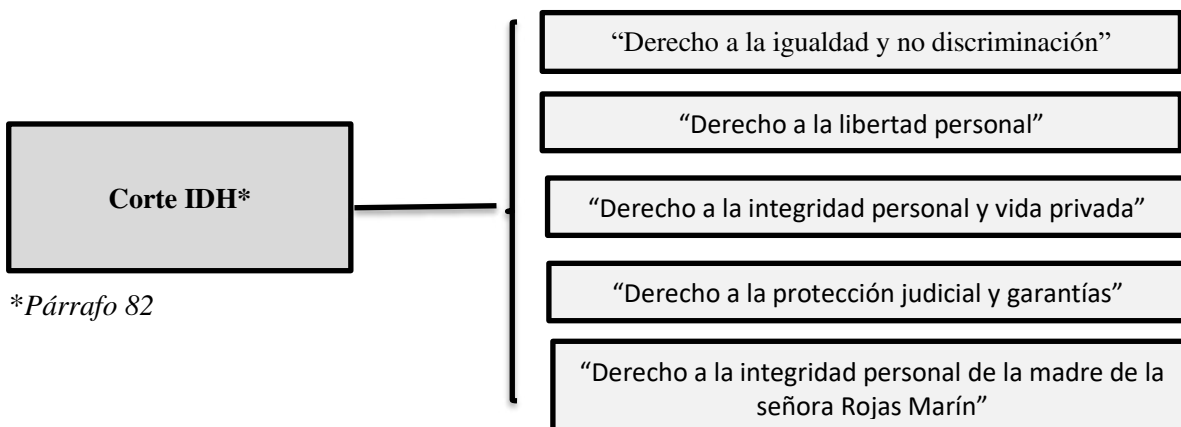
Sobre la investigación de los hechos a partir de las recomendaciones del Informe de Fondo emitido por la Comisión. El 20 de noviembre de 2018 la Segunda Fiscalía Supraprovincial, “dispuso la reapertura de la investigación contra los presuntos responsables” por el delito de tortura previsto en el artículo 321 del Código Penal, en agravio de la señora Rojas Marín. El 4 de diciembre de 2018, la 5ta Fiscalía Superior de la Libertad dispuso “declarar nulo e insubsistente el requerimiento de sobreseimiento y todo lo actuado desde la disposición de formalización hasta la disposición de conclusión de investigación preparatoria”.

El 16 de enero de 2019 “la Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Ascope solicitó al Juez Penal de Investigación Preparatoria de Ascope la nulidad de las actuaciones en el proceso seguido contra los tres oficiales de policía por los delitos de violación sexual y abuso de autoridad en contra de Azul Rojas Marín. El Juzgado resolvió declarar improcedente el pedido de nulidad, alegando cosa juzgada y que recomendaciones de la Comisión no tenían la misma fuerza vinculante que las decisiones de la Corte. Ante ello, el Fiscal presentó un recurso de apelación, siendo declarado inadmisibles”.

La Comisión, sometió el caso a la competencia contenciosa de la Corte el 22 de agosto de 2018.

Análisis, fundamentación y resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁸:

Los temas que la Corte analizará son:



a) Derecho a la igualdad y no discriminación

La corte parte del compromiso de los Estados y de los que actúen en su nombre, de “respetar y garantizar los derechos reconocido en la CADH sin discriminación alguna”, entendiéndose por la jurisprudencia desarrolladas desde el caso *Atala vs Chile* que la orientación sexual es una categoría protegida por el artículo 1.1. de la CADH, por ser un grupo históricamente vulnerable.

La Corte, destaca la relación estrecha que existe entre la discriminación como castigo por alejarse de lo que se considera “normal o binario” y los discursos de odio, que terminan en ataques violentos contra las personas LGTBI por alejarse de lo que se espera tradicionalmente de ser y manifestarse como un hombre y una mujer.

b) Derecho a la libertad personal.

Para determinar la existencia de una vulneración a la libertad personal en el presente caso, que implica “la protección de la libertad del individuo contra toda interferencia arbitraria o ilegal del Estado”, la Corte analizará:

⁵⁸ Las excepciones interpuestas por el Estado de “falta de agotamiento de recursos internos; la subsidiariedad del sistema interamericano, y la excepción preliminar de la “cuarta instancia” fueron desestimadas por la Corte IDH”. (Párrafos 19 y ss).

1) la determinación de los hechos, 2) la legalidad de la detención, 3) la arbitrariedad de la detención y el derecho a la igualdad, y 4) la notificación de las razones de la detención. (*Párr. 101*).

b.1 Determinación de los hechos

La Corte estima la versión de los hechos de la peticionante, concluyendo que existió una privación de la libertad desde el momento de la detención hasta que la señora Rojas Marín dejó la Comisaria, resta evaluar si esta privación de la libertad fue legal.

b.2 Legalidad de la detención.

La Corte parte de la premisa que la detención solo es viable si se encuentra prevista en las leyes, para ello se realiza un examen de convencionalidad a fin de determinar si las leyes o actuaciones de los operadores estatales respetan la CADH, en particular el artículo 7.2⁵⁹. Así, luego de la interpretación sistemática de los artículos 2.24 (b) y 2.24 (f) de la Constitución y los distintos supuestos del artículo 205 del Código Procesal Penal del Perú⁶⁰, se determinará la actuación policial en base a los supuestos contemplados en la normativa.

En ese sentido, de los hechos se tiene que la señora Rojas Marín caminaba sola hacia su casa, por lo que no resultaría necesaria la intervención policial para efectos de la identificación para prevenir o para la investigación de algún delito, situación que se agrava, porque no se le dieron las facilidades para que la peticionante pueda exhibir su documento de identidad. Ello denota el incumplimiento de la norma, lo mismo se determina para el registro personal que se le practicó a la señora Rojas Marín por parte de los efectivos policiales, ya que no existiría un motivo fundado para dicho registro.

⁵⁹ **Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal.**

2. “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

⁶⁰ **Código Procesal Penal. Decreto Legislativo N° 957, promulgado el 22 de julio de 2004, artículo 205.**

“1. La Policía, en el marco de sus funciones, sin necesidad de orden del Fiscal o del Juez, podrá requerir la identificación de cualquier persona y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, cuando considere que resulta necesario para prevenir un delito u obtener información útil para la averiguación de un hecho punible. El intervenido tiene derecho a exigir al Policía le proporcione su identidad y la dependencia a la que está asignado”.

“2. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio del correspondiente documento de identidad. Se deberá proporcionar al intervenido las facilidades necesarias para encontrarlo y exhibirlo. Si en ese acto se constata que su documentación está en orden se le devolverá el documento y autorizará su alejamiento del lugar”.

[...]

“4. En caso no sea posible la exhibición del documento de identidad, según la gravedad del hecho investigado o del ámbito de la operación policial practicada, se conducirá al intervenido a la Dependencia Policial más cercana para exclusivos fines de identificación”. [...]

Asimismo, el hecho de conducir a la peticionante a la Comisaria cuando no existía investigación de por medio sobre un hecho delictivo y el impedimento de comunicarse con un familiar, hacen concluir que “la privación de la libertad de la señora Rojas Marín no cumplió con los requisitos establecidos por la propia legislación interna, por lo cual constituyó una violación al artículo 7.2 de la Convención, en perjuicio de Azul Rojas Marín”. (Párr.121).

b.3 Arbitrariedad en la detención.

Para dilucidar la arbitrariedad de la detención, la Corte advierte que esta se dio por motivos discriminatorios puesto que se privó de su libertad a la peticionante, “en función de las características distintivas reales, aparentes o a causa de su pertenencia real o presunta a un grupo diferenciado (y a menudo minoritario)”. La Corte consideró que el Estado vulneró el artículo 7.3 de la Convención⁶¹. (Párr.130)

b.4 La “notificación de las razones de la detención”.

El Estado no demostró haber cumplido con el artículo 7.4 de la CADH,⁶² puesto que el silencio a la pregunta de la señora Rojas Marín, sobre “donde la llevaban” significa no señalar o informar los motivos de la detención. Por tanto, la Corte considera que “el Estado vulneró el artículo 7.4 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del tratado”. (Párr.132).

c) Derecho a la integridad personal y la vida privada.

La Corte ha establecido que “la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están absoluta y estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta prohibición es absoluta e inderogable [...] pertenece ahora al dominio del jus cogens internacional”. (Párr. 140). [...] En casos que involucran “alguna forma de violencia sexual, se ha precisado que las violaciones a la integridad personal conllevan la afectación de la vida privada de las personas, protegida por el artículo 11 de la Convención, que incluye la vida sexual o sexualidad de las personas” (Párr.141). La tortura se encuentra especificada en los artículos 1 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

En ese sentido, para analizar los hechos ocurridos en el contexto de la detención en la Comisaría de Casa Grande, la Corte procedió a analizar: las declaraciones de la señora Azul

⁶¹ **Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal.**

“3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”.

⁶² **Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal.**

“4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella”.

Rojas Marín; el examen médico legal, el dictamen pericial de las vestimentas de la presunta víctima, los maltratos ocurridos y su calificación jurídica.

En relación a las declaraciones, se tiene que en casos de violación, la declaración de la víctima de violación es una “prueba fundamental”. Las subsecuentes declaraciones sobre violación son coincidentes, lo que demuestra la verosimilitud de lo acontecido en relación a la violación sexual. En cuanto al examen médico legal, estos se refieren a la lesión en la zona anal, hecho que para la Corte da por sentada la violación y la penetración de la vara de goma en el ano de la señora Rojas Marín, ello reforzado por el dictamen pericial de la presunta víctima.

En el presente caso, la Corte advierte que los actos de la policía fueron intencionales con el fin de causarle sufrimiento. La violación sexual tuvo un fin discriminatorio por las recurrentes referencias a su orientación sexual, lo que constituyó un acto de violencia por prejuicio y un mensaje a todas las personas LGBTI. (*Párr.165*) En consecuencia, “estos actos constituyen tortura por parte de los agentes estatales. El Estado violó los derechos a la integridad personal, a la vida privada y a no ser sometida a tortura, consagrados en los artículos 5.1, 5.2 y 11 de la Convención, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar dichos derechos sin discriminación, consagradas en el artículo 1.1 del mismo tratado y los artículos 1 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura”. (*Párr.167*).

d) Derechos a las garantías judiciales y protección judicial

La Corte ha establecido que

De conformidad con la Convención Americana, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones a los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1). (*Párr.173*). Tomando en cuenta los alegatos de las partes y la Comisión, la Corte procederá a analizar: 1) la obligación de recibir la denuncia; 2) la debida diligencia en la investigación; 3) la falta de investigación de la tortura, y 4) la decisión de sobreseimiento.

En relación a la recepción de la denuncia, no existe evidencia que demuestre que la señora Rojas Marín denunció los hechos antes del 27 de febrero de 2008, por tanto, el “Estado no violó los artículos 8.1 y 25 de la Convención por este hecho” (*Párr.177*). De la debida diligencia en la investigación, se advierte que las declaraciones sobre la violación sexual, la señora Rojas Marín tuvo que repetirlas y describirlas en sucesivas oportunidades, no se advierte que el Estado haya adoptado medidas para evitar que la señora Rojas Marín repita los hechos de la violación una y otra vez, sumado ello, a la reconstrucción de los hechos en el contexto del proceso judicial, en el cual la presunta víctima “tuvo que relatar nuevamente lo sucedido, pero esta vez, frente a los responsables y en el mismo lugar en donde ocurrieron los hechos, sumado que el examen médico legista no fue practicado inmediatamente a la ocurrencia de la violación, la Corte concluye que el Estado no actuó con la debida diligencia para investigar la tortura sexual de la presunta víctima”. (*Párr. 205*).

En cuanto a “la falta de investigación por el delito de tortura”, la Corte determinó la existencia de tortura en el calabozo, perpetrada por agentes de la policía en contra de la señora Rojas Marín, por tanto, la indebida tipificación de la tortura en el ordenamiento peruano “impidió que se ampliara la investigación de los maltratos ocurridos a la señora Rojas Marín. Esta decisión violó los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la misma, y con los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura”. (*Párrafos 207 y 208*).

Respecto al sobreseimiento, la Corte concluye que “el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar dichos derechos sin discriminación y de adoptar disposiciones de derecho interno, consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la misma, y con los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio de Azul Rojas Marín”. (*Párr. 219*).

Por otro lado, el Estado “no ha desvirtuado la presunción sobre la afectación al derecho a la integridad personal de la señora Tanta Marín (madre de la señora Azul Rojas) (*Párr. 221*), concluyéndose que el Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 5.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Juana Rosa Tanta Marín”. (*Párr.223*).

La Corte finalmente resuelve:

Desestimar la excepción preliminar relativa a la alegada falta de agotamiento de recursos internos, desestimar la excepción preliminar relativa a la subsidiariedad del sistema interamericano, y desestimar la excepción preliminar relativa a la cuarta instancia, de conformidad.

1. “El Estado es responsable por la violación de los derechos reconocidos en los artículos 7.1, 7.2, 7.3 y 7.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar dichos derechos sin discriminación, consagradas en el artículo 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de Azul Rojas Marín, en los términos de los párrafos 100 a 134 de la presente Sentencia”.
2. “El Estado es responsable por la violación de los derechos reconocidos en los artículos 5.1, 5.2 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar dichos derechos sin discriminación, consagradas en el artículo 1.1, y los artículos 1 y 6 de la Convención Interamericana contra la Tortura, en perjuicio de Azul Rojas Marín, en los términos de los párrafos 139 a 167 de la presente Sentencia”.
3. “El Estado es responsable por la violación de los derechos reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar dichos derechos sin discriminación y de adoptar disposiciones de derecho interno, consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la misma, y con los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio de Azul Rojas Marín, en los términos de los párrafos 178 a 219 de la presente Sentencia”.
4. “El Estado es responsable por la violación del derecho consagrado en el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Juana Rosa Tanta Marín, en relación con el artículo 1.1 del mismo tratado, en los términos de los párrafos 221 a 223 de la presente Sentencia”.

SEGUNDA PARTE

CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

2.1 Problema específico. ¿La familia tradicional se encuentra en proceso de reconfiguración dando paso a otros modelos de familia como la homoparental a partir del reconocimiento del vínculo familiar?

H₁. La familia tradicional atraviesa un proceso de reconfiguración a favor de las familias no tradicionales, una de ellas es la familia homoparental que se reconoce jurídicamente a través del matrimonio igualitario.

Ha quedado demostrado que en la última década se ha agudizado la crisis del modelo de familia tradicional nuclear-matrimonial, y esto se produce porque la familia es una categoría social, económica e histórica que se adapta a la dinámica del tiempo en el cual se desarrolla, de ahí que siempre su contexto será de dinámica y fluidez, lo que permitirá nuevas composiciones y estructuras familiares.

Conforme se ha detallado, el concepto tradicional de familia ya dejó de responder al ideal de familia convencional y nuclear. Nos encontramos frente a nuevos supuesto de grupos de personas que se denominan familias y en las que el concepto tradicional de familia ya no los contiene, ahora existe una sustitución y desplazamiento cada vez mayor de la familia tradicional hacia nuevas realidades basadas en otros esquemas que no responden a los principios patriarcales cristalizados en el poder cuasi absoluto del otrora *pater familias*, basado en el supuesto de la provisión de ingresos, que lo legitimaba para ejercer su poder en desmedro de los otros miembros de la familia, incluida la madre; pero a pesar de ello, la familia como reiterativamente se le ha denominado “*núcleo primario de la sociedad*” sigue siendo tal, un “nosotros común”; pues pocos o casi nadie concibe su existencia fuera de un grupo al que denominamos y concebimos como el grupo “familiar”, el cual constituye el primer nivel de socialización, más allá si responda al concepto jurídico o social de familia.

En relación a esta reconfiguración familiar, tenemos la reducción de índices de nupcialidad, incremento de los índices de divorcio y la proliferación de las uniones de hecho como mejor acuerdo en vez del matrimonio, hecho que puso en jaque la legislación de los estados en materia civil y especialmente en familia, pues se empiezan a gestar derechos y garantías para

estas uniones que no eligieron la figura del matrimonio como “modelo de familia”. Así tenemos que los estados de la EU según (Eurostat, 2017) se enfrentan a un nuevo contexto de conformación familiar, en el cual se asume que la familia es un concepto y realidad cambiante en el tiempo y espacio, lo que dificulta encontrar una definición universalmente aceptada y aplicada de lo que se entiende por familia. La nueva realidad está demostrando que existen parejas con hijos, parejas sin hijos, padres y madres solteros/as, adultos sin hijos, así como otros tipos de hogares con o sin hijos.

En América Latina la situación no dista mucho en relación a la proliferación de nuevas estructuras familiares que no necesariamente coinciden con la figura del matrimonio, prefiriendo más la convivencia sin algún vínculo legal que las una.

A diferencia de Europa, se ha incrementado las familias monoparentales o los denominados “padres o madres solteros/as” en la región latinoamericana; también se ha hecho común la convivencia dentro de las familias extensas o multigeneracionales en las cuales viven nietos, padres, abuelos o incluso bisabuelos. Asimismo, la tasa de nupcialidad ha descendido vertiginosamente en todos los Estados de la región a través de los años, dando paso a nuevas formas de convivencia de pareja que no impliquen mayor compromiso como el matrimonio, pero que también son consideradas asociaciones familiares que responden a la denominada “*posmodernización de la familia*”.

Por otro lado, una -aparente- nueva forma de familia ha hecho su entrada en el derecho y en el campo social, estas son las familias conformadas por parejas del mismo sexo (*same-sex couples*) y sus hijos, familias que se encuentran clasificados de acuerdo a la tipología de familias en matrimonio, en convivencia no reconocida o en uniones civiles legalmente registradas, constituyendo lo que se denomina “familia homoparental”.

Algunos países, a través de la legislación, han tenido como respuesta el reconocimiento, mientras que otros estados han optado por invisibilizarlas, configurándose en este último caso un desfase entre norma, política pública y realidad. Lo cierto es que esta tipología familiar, recientemente reconocida en algunos países, aún es la excepción y no la regla. La razón de esto, es la heteronormatividad que siempre ha sido el parámetro jurídico de validez de todas las relaciones familiares.

Es menester demostrar mediante las entrevistas las diferentes realidades vivenciales de las familias homoparentales, así como conocer sus principales demandas en cuanto al reconocimiento de su unión y el derecho a criar a sus hijos en una familia reconocida por el ordenamiento peruano. A continuación, se procede a transcribir las respuestas de los entrevistados en relación a la guía de preguntas que se elaboró para tal fin. La primera familia es conformada por dos hombres, Patrick y Francisco, quienes tienen la responsabilidad de la crianza de un niño de 5 años, la segunda familia constituida por Mercedes y Mayra, quienes conjuntamente crían a un niño de 6 años, la familia de Susana y Andrea ambas crían una adolescente de 16 años, la familia de Alejandro y José que viven en España y crían a un niño de 4 años y finalmente la familia de Paloma y Dana que viven de México y crían a 2 niñas.

1. Patrick (27) y Francisco (40), Lima – Villa el Salvador

Datos: Entrevista llevada a cabo el día miércoles 2 de octubre de 2019, en la vivienda de la pareja. Patrick es actualmente teleoperador, con estudios técnicos, Francisco es ingeniero de sistemas, ambos tienen una relación de 5 años, se conocieron en el trabajo. El menor que tienen bajo su cuidado es sobrino de Patrick.

“¡Mi hermano me lo dejó, así, sin más comentarios! Me dijo, es mi hijo, su madre me lo ha dejado y yo no puedo hacerme cargo de él porque debo viajar, cuidalo. Y de eso ya pasaron 2 años. Ahora este pequeño es mi felicidad entera”. (Patrick)

Para Patrick y su pareja, su familia lo es todo, es esa suerte de refugio reconfortante y de apoyo sin igual. Patrick a diferencia de muchos hombres gay tiene el total apoyo de su mamá y de su papá, hecho que no fue así desde el principio. Francisco no desea hablar sobre el tema.

“Cuando le confesé a mi mamá que era gay ... ella ya lo sospechaba, ella lloró demasiado, demasiado, me dijo que ella era la culpable de eso, nos separamos unos meses que me fui de la casa, luego de eso conversamos, ahora estamos felices, ella me aceptó tal como soy, me dice que soy un excelente hijo y que me ama, ya de ese episodio han pasado casi 10 años.

¡Mi papá me sorprendió!, lo tomó calmado, de mejor manera y me dio su apoyo incondicional. Eso sí, solo me dijeron: No te vistas de mujer”.

Ante la pregunta sobre si había escuchado el argumento que señala que la homosexualidad de los padres puede ser adquirida por sus hijos o que estos tendrán problemas de identidad sexual, o que sea complicada su inserción a la sociedad, Patrick manifestó su desacuerdo total, ya que su sobrino, al que considera como su hijo, es un niño con un desarrollo totalmente normal (muestra las fotografías de su sobrino en diferentes juegos, en el parque, el

cumpleaños en su colegio, muestra también sus calificaciones y demás momentos familiares), por lo tanto la interrogante siguiente fue ¿Qué opinión le merece que parte de la sociedad piense que las parejas del mismo sexo vivan su amor en privado y que nunca se hagan cargo de la crianza de niños?.

Bueno yo tendría mucho miedo expresar muestras de afecto o cariño con mi pareja en público, no lo hago nunca, por eso, por temor a que me señalen, me insulten, cuando salimos con Francisco caminamos separados, como amigos. Ahora yo vivo mi relación muy en privado solo con mis amigos, jamás la expresaría a todos por temor, pero espero eso algún día cambie.

En relación a la crianza de los hijos, Patrick y su pareja creen que tienen todas las condiciones materiales y emocionales para poder criar a un niño, como lo vienen haciendo, sienten que el niño es feliz, que tiene todo el amor que necesita para siempre estar bien.

Yo pienso que puedo darle una buena crianza a mi sobrino, por ahora el solo me tiene a mí, yo le inculco valores, mi mayor deseo es que sea una persona de bien, que no juzgue a las personas, que sea honrado, estudioso y respetuoso.

Francisco agrega: nosotros nos sentimos capacitados para criar un niño, de hecho, lo venimos haciendo y creo que bien, pero bueno algún día de pronto viene su mamá o su papá a querer llevárselo y eso nos preocupa, pero bueno, por ahora solo queremos darle lo mejor que tenemos.

Por otro lado, una de las preguntas ineludibles, es si alguno de los dos había sufrido algún tipo de discriminación y si alguien conocía de su relación y en base a ello los habían discriminado. Patrick informó que la discriminación, los insultos u ofensas y las “miradas extrañas” ha sido parte de su vida y con lo que ha tenido que lidiar desde el colegio hasta la fecha y que seguro seguirá así en el futuro, por su parte, su pareja agregó que inconscientemente piensa que todos lo discriminarán, que esta sociedad es muy hostil a comportamientos que se creen no adecuados, que constantemente se siente juzgado por su forma de ser y que oculta su identidad sexual para evitar ser discriminado sobre todo en el trabajo. Posteriormente vino la pregunta respecto a la socialización del menor en el colegio y si las profesoras conocían que el niño provenía de una familia con dos papás. Patrick señaló que eso era sencillamente imposible, que nadie debía de enterarse de eso por temor a que discriminen después a su niño. Ello implica la necesaria política del Estado de educar bajo los valores de tolerancia, pero además de incluir la conceptualización de familias diversas o que no encajan en el modelo de familia tradicional.

Para nosotros fue todo un reto la tarea que le dejaron a Leonardito (el niño), era poner fotografías de sus padres y abuelos, es decir de su familia ¡en un papelote!, como no sabíamos que hacer, ese día decidimos que no asistiera a clase ni que expusiera. Como la miss nos preguntó sobre la tarea, tuvimos que armar uno con la foto mía y la de mi mejor amiga, como si ella fuera su mamá y así quedó, espero que no vuelva a tener tareas de ese tipo porque nos puso en un apuro terrible. (Patrick)

Finalmente, la pregunta que cerró la entrevista fue que pensaban del matrimonio igualitario, y ¿si se diese el caso en que el estado peruano lo reconozca, accederían a ello?, Francisco comentó que ellos se casan simbólicamente todos los 14 de febrero en el Parque del amor, que el matrimonio es una figura que protege a la familia y que si se casaría porque eso dotaría de un estatus de reconocimiento a su relación. Patrick señaló que algún tipo de reconocimiento legal sería bueno en el sentido de proteger a la pareja, por ejemplo, que se reconozca la convivencia y que puedan gozar del seguro social del otro, que sea reconocido como un conviviente formal ayudaría a aminorar el trato, que considera, injusto entre los convivientes homosexuales y heterosexuales. Patrick está seguro que difícilmente se le pueda reconocer el derecho de criar a un niño o de adoptar por lo prejuiciosa de la sociedad, incluidas las instituciones del estado.

2. Mercedes (29) y Mayra (37) – San Juan de Lurigancho

Datos: Entrevista llevada a cabo el día 21 de octubre en la vivienda de la pareja. Mercedes se dedica a la casa, tiene estudios técnicos en Gastronomía. Mayra tiene el oficio de carpintera y trabaja en un taller. Ellas conjuntamente crían a un niño de 6 años, hijo de Mercedes. Tienen una relación de 2 años.

Mercedes empieza por contarnos el contexto de su embarazo y la crianza del niño (Liam).

Siempre en mi casa sospechaban que me gustaban las chicas, pero un día llegué y dije “estoy embarazada” y la familia se alegró demasiado, me dijeron que quién era el padre, que era una buena noticia que yo esté embarazada, que ya se estaban asustando porque nunca salía con alguien, en fin. Mi embarazo fue producto de una relación muy ocasional, al padre nunca más lo volví a ver, obviamente no estaba planeado. Cuando me enteré, vinieron mil cosas a mi cabeza, yo era muy joven, pero bueno decidí que debía de seguir con mi embarazo, me cuidé mucho, hice un alto a toda mi vida nocturna y social, ya no bebí más alcohol y bueno ahora Liam lo es todo, lo adoro, le doy y le daré lo mejor de mí siempre.

Para Mercedes y para Mayra, la familia que han formado es tan legítima y digna de respeto como cualquier otra, es su centro de desarrollo, de apoyo y de comunión de valores. La pareja cree que su orientación sexual no podría ser “extendida” a su hijo, ni creen que Liam tenga problemas de adaptación, ya que tiene un buen desarrollo cognoscitivo y social en su colegio. Suele ser muy participativo e incluso dicen, es muy travieso. Respecto a su concepción de familia, Mercedes acota;

Al margen que en tu familia haya solo papá, o mamá, o “dos papás o dos mamás”, si el niño que se cría tiene amor, educación, principios, respeto por todos, eso es una verdadera familia, lo demás que diga la gente, particularmente, no me interesa.

Prosiguiendo con la entrevista respecto a su relación, le pregunté ¿qué opinión le merece que parte de la sociedad piense que las parejas del mismo sexo vivan su amor en privado y que nunca se hagan cargo de la crianza de sus hijos?. A diferencia de Patrick, Mercedes y Mayra tienen algunas muestras de afecto en público, señalan que caminan tomadas de la mano, que van a reuniones siempre juntas, por los alrededores de su casa sus vecinos saben que son pareja, además que tiene la aceptación de las familias de ambas por lo que no considera que deba mantener su amor en privado;

No tengo porque esconder mi forma de querer, de amar, de ser, si eso sucediera ya no sería yo, claro tampoco tengo muestras afectivas intensas en la calle, pero no tengo porque esconderme, por lo menos en este país no cometo ningún delito por ser lesbiana, ¿o si?. Me siento totalmente capaz de criar a mi hijo, sé que mi hijo no podrá estar en ningún lugar mejor, que no sea a mi lado, ambos nos necesitamos y Mayra me ha ayudado a conformar la familia que quiero, una familia estable, honesta, trabajadora, en una sola palabra, una familia feliz.

En relación a la pregunta, sobre si se han sentido alguna vez discriminadas de manera individual, como pareja o familia, Mercedes señaló que no, que nunca ha tenido inconvenientes ni en el colegio, ni en su instituto ni en su trabajo, que muchos de sus amigos saben que tiene una pareja mujer y que no se ha sentido rechazada por eso. Como pareja, señala que no ha sentido una discriminación implícita o concreta, pero si ha sentido que la gente la mira cuando va tomada de la mano de Mayra, hecho que le disgusta, porque se siente intimidada por ello, como familia, no ha percibido discriminación. Caso diferente ha sido el de Mayra, quien comenta lo siguiente;

Más que discriminada, he sentido y siento que las personas se burlan o mofan de mi aspecto físico, de mi cabello corte militar, de mis camisas, de mis tatuajes, en si, de mi forma masculina, lo que me enoja. También he recibido, insultos, sobrenombres, o frases como “ahí va la chito”, “te faltó tu macho”, “te puedo hacer feliz” a lo que siempre respondo con groserías, para que me respeten. Cuando caminamos con Mercedes, es igual, la gente voltea a mirarnos, murmuran entre ellos, pero eso no me interesa en lo absoluto, mientras no hagamos daño a nadie, nadie nos debe de juzgar.

Sin lugar a dudas, Mercedes y Mayra conforman una familia a cargo de un niño que se encuentra en etapa escolar, por lo que la pregunta pertinente era si en el colegio ¿los profesores o los demás padres de familia conocen que Liam proviene de familias conformada por dos mamás?. La pareja me señaló que no lo saben, el colegio es un tema delicado, si bien Liam se desenvuelve sin ningún inconveniente, ellas prefieren que sus profesoras no lo sepan, así que es Mercedes la que se encarga de todo en relación al colegio de su hijo (reuniones de padres de familia, eventos, etc.), ella dice que para el colegio, es “madre soltera”, lo prefiere así para que nadie pueda lastimar a su hijo, cuando Liam pueda comprender aún más su conformación familiar podrán compartirlo con las profesoras o demás padres, el momento ahora no es el adecuado. Luego de culminada su respuesta, la interrogante es sobre el sistema educativo y la noción de familia que el colegio enseña a los niños, ¿habrán abordado en alguna clase algo sobre una familia con dos mamás o dos papás? La respuesta de la pareja fue negativa. Mercedes señala;

Las profesoras y el colegio en general tienen un pensamiento que la única familia valiosa es la tradicional, es decir, la casada, si es por la iglesia mejor, la familia en la que todos viven juntos, esa es la única familia que tiene el derecho de ser feliz, el resto simplemente no se menciona porque no existe.

La entrevista culmina con su apreciación sobre el matrimonio igualitario, y si optarían por esta figura jurídica. La respuesta al unísono fue “sí”, si se casarían con el objetivo de proteger su familia. Mayra añadió lo siguiente;

Quisiera casarme con Mercedes para formalizar nuestra relación ante la ley, para compartirle mi seguro de salud, mi AFP, para que mi hijo tenga todo el derecho de tener a sus dos mamás sin que nadie lo juzgue o lo remire por eso. En síntesis, porque quiero tener el mismo derecho que tienen todos los heterosexuales de querer y poder casarme, tengo derecho a que mi familia sea tomada en cuenta por el estado. Mira, existimos, ¡estamos aquí!, pero a la vez somos invisibles, somos la negación de la familia anhelada por la

sociedad, por la religión. Eso debe de cambiar, el problema es ¿cuándo?, ojalá que esté viva para poder verlo.

Así como en el caso de Patrick, la figura del matrimonio para Mercedes y Mayra, significa seguridad para la pareja en cuanto al goce de la prestación de derechos sociales y al reconocimiento como familia que demandan.

3. Susana (41) y Andrea (40) – La Molina

Datos. La entrevista se llevó a cabo en el departamento de la pareja el día sábado 26 de octubre de 2019.

Susana se dedica a su casa y Andrea es ingeniera de sistemas, ambas tienen una relación de 10 años, se separaron, pero luego de poco tiempo volvieron a retomar su relación, viven juntas y tienen bajo su cuidado a una adolescente de 16 años.

La familia para esta pareja con mucho tiempo de convivencia, tiene un punto de quiebre. Por un lado, las familias de las que provienen no aceptaron su orientación sexual, menos aún consintieron la relación de ambas, y por otro, la familia que ellas han decidido conformar a partir de su convivencia, a la que denominan su centro de confianza y aceptación, su lugar infalible. Susana afirmó;

Mis padres son cristianos y super conservadores, tienen una visión convencional de todo, y era obvio que deseaban que me case de blanco, tenga hijos, un matrimonio de años y que sea una excelente ama de casa, entregada al marido y a los hijos. Cuando se enteraron que salí embarazada, fue un escándalo descomunal, inmediatamente me exigieron que me case, no lo hice y me fui de la casa, luego de algún tiempo conocí a Andrea, me enamoré a primera vista de ella y así empezamos una relación. Cuando decidimos vivir juntas, les comenté a mis padres y solo noté decepción en su expresión, además de sus afirmaciones sobre mi relación, ¿entiendes?, que era una aberración, una ofensa a Dios porque el creó a un hombre y a una mujer para unirse y yo iba contra ese orden natural de las cosas, me citaron versículos de la biblia y todo eso, me pidieron criar a mi hija, porque no podía crecer conmigo, suponían que era una mala madre. Esa parte de mi vida fue un drama.

Susana puso en el tintero el argumento sobre la crianza de los hijos, y lo que mucho se cuestiona, la habilidad de los padres homosexuales para criar a sus hijos, y es que su madre le señaló que susana había sido una mala madre por preferir instintos carnales a la labor de madre a la que estaba destinada, le increpó además que si su nieta iba a vivir en la misma casa que ella y su pareja, la niña adquiriría comportamientos lésbicos porque los aprendería,

además de todos los traumas que podría padecer. Susana dejó a su hija con sus padres los primeros tres años, luego de eso decidió que ella se iba a encargar de su hija.

En relación a este argumento generalizado, la pareja señaló que es totalmente falso que un niño “aprenda” alguna orientación sexual, y que el ejemplo es su hija, Marianna, una adolescente que jamás tuvo problemas en la escuela, que tiene amigas, amigos, que es una buena alumna, hace deporte, y desde siempre ha sabido que tiene dos mamás que la adoran, además tiene ahora un enamorado y siempre le han gustado los chicos. Por tanto, ha tenido un desarrollo totalmente normal, como el de cualquier adolescente de su edad proveniente de un hogar heterosexual.

Marianna es una chica totalmente independiente, vienen sus amigas del cole a hacer sus trabajos, ya entra a 5to años, es sumamente cariñosa con nosotras, y nosotras la engreímos mucho, nos dice que nunca se ha sentido discriminada por tener dos mamás, sus amigos le hacen algunas preguntas y nada más. Yo soy su mamá y Andrea es su mami. (Susana).

Respecto a si alguna vez se han sentido discriminadas, ambas nos comentan que no, sin embargo, reconocen que en la actualidad hay mayores mecanismos de defender sus derechos o por lo menos de denunciar, que antes no era así, aunque señala que quienes sufren más burlas y discriminación son los gay o los trans en general. Esperan que esta realidad cambie, pero señalan que eso depende de la crianza en cada familia, sobre todo del respeto y la tolerancia, valores que debemos tener todos y que se deben de reforzar en la escuela, algo que nunca se hace, sino no tendríamos los altos índices de discriminación de todo tipo en nuestro país. En el colegio de su hija, las profesoras no conocen sobre la familia de Marianna, máxime si la participación de los padres en la secundaria no es tan intensa, como cuando los estudiantes son niños. Andrea explicó;

Siempre hemos desconfiado de las actitudes que puedan tener los profesores si se enteran que nuestra hija tiene dos mamás, en general desconfiamos del sistema educativo parametrado que tenemos. En el colegio fue un lio cuando salió todo esto de los textos educativos del estado y que muchos decían que promovían la “ideología de género”, los padres de familia del colegio se quejaban que era el colmo que a los chicos les obliguen a leer cuentos como el “caperusito rojo”, recuerdo que otros padres amenazaban con retirar del colegio a sus hijos si es que se les iba a enseñar a ser homosexuales o lesbianas, y bueno que se puede esperar. ¡Esa es la sociedad peruana!.

Susana y Andrea consideran no solo pertinente, sino además urgente que se enseñe en el colegio cuestiones sobre identidad de género, homofobia, el respeto a lo diferente y un abordaje distinto sobre la familia, aunque señalan su desesperanza mientras nuestra sociedad se muestre intolerante y homofóbica. De hecho, el colegio puede tornarse el peor lugar para un niño o adolescente gay o lesbiana, puesto que se convierte en escenario de burlas, maltratos psicológicos, físicos y en muchos casos, esta realidad en algunos casos, no es relevante para los profesores, hecho que agrava el normal desarrollo y desenvolvimiento de las personas LGBTI.

Finalmente, se les preguntó acerca del matrimonio igualitario, y si accederían a este, ambas comentaron que si se casarían, además mediante un sorteo ganaron una ceremonia de matrimonio en la discoteca Down Town Vale Todo un 14 de febrero, pero todo eso no pasa a ser más que un simbolismo, no es real, no es verdad, nadie lo reconoce.

Muchos países del mundo han reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo, el Perú debe ser uno de esos pocos países de esta región que no lo reconoce, aquí no se puede ni hablar de este tema, porque ahí mismo sale, el “con mis hijos no se metan”, las iglesias, los defensores acérrimos de la familia “natural”, y todo queda en nada, y es que a nadie le importa verdaderamente nuestra realidad, ni a los políticos, ni a las personas, solo a nosotros y eso es totalmente injusto. El mensaje es que mientras estés en el closet es mejor para la sociedad y el estado, si sales, atente a las consecuencias pues. (Andrea).

Además de una visión crítica al Estado y la sociedad, Susana y Andrea indicaron también la importancia de invertir su unión de legalidad, puesto que eso les daría la seguridad en las prestaciones sociales, que ahora no gozan.

4. Alejandro (35) y José (37) – Valencia, España

Datos: La entrevista fue llevada a cabo mediante videollamada de Facebook, el día lunes 4 de noviembre de 2019. El contacto fue mediante el grupo privado de Facebook del que soy parte, denominado “familias homoparentales”.

Alejandro trabaja en un bar musical gay, “The Muse” y José es enfermero, viven juntos y llevan una relación de 13 años, se casaron en el 2011, pero cohabitaban desde antes, porque señalan que es lo más habitual. Cuando tenían un par de años de casados, Alejandro, le propuso a José la idea de adoptar, puesto que ambos siempre habían tenido la idea de ser padres. Además, según las leyes de la Comunidad de Valencia, se encontraban en edad para

adoptar. Ellos siempre concibieron la adopción no como su derecho [derecho a adoptar], sino como el mecanismo jurídico de protección al menor que necesita una familia que lo acoja con amor y lo cuide, es decir, el derecho a tener una familia buena es el del niño. José nos comentó;

Siempre he tenido eso que llaman “instinto paternal”, lo más cerca que tenía a un hijo eran los sobrinos y vaya que les adoro, sin embargo, la idea de tener mi propia familia era una idea que no podía salir de mi cabeza, y se intensificó aún más después que me casé, entonces cuando Alejandro me lo propuso, ¡lloré como un niño! Era una emoción nunca sentida y vamos, nos pusimos a revisar todo lo concerniente a la adopción. Por un tema de presupuesto sabíamos que no podíamos optar por un vientre subrogado, ya unos amigos nos habían dicho que les había costado alrededor de 90,000 € y hasta más dependiendo del país, hasta ahora Ucrania es el más asequible, en fin, no era una opción para nosotros, la adopción internacional tampoco, porque es en extremo compleja, costosa y sí que toma mucho tiempo, entonces la alternativa que nos quedó de maravillas fue la adopción nacional que es casi casi gratuita.

Una semana después de revisar toda la información y prepararnos emocionalmente para lo que sería la aventura de tener nuestra propia familia, nos dirigimos al Consejo de Menores de nuestra Comunitat a que nos expliquen más sobre la adopción, teníamos miles de preguntas. Tuvimos programada nuestra sesión informativa y fuimos certificados por ello. Este es un requisito que se adjunta en el expediente de adopción. Luego llenamos nuestra solicitud de ofrecimiento de adopción nacional en la cual respondimos de todo (estudios, trabajo, con quien vivíamos, familiares, salud, ingresos económicos entre otras cosas más), a eso sumamos nuestra declaración jurada de no tener condenas penales o estar incurso en causa penal, no haber sido privados de la patria potestad y bueno, la enviamos, ese día hicimos una pequeña celebración, solo de los dos, nadie más lo sabía. Todo ello nos tomó como 6 meses. Y luego a esperar para la emisión de nuestro certificado de idoneidad, en ese proceso, nos entrevistan, conocen la casa, la posible habitación del niño. Solo rezábamos para obtener ese certificado, ¡enhorabuena, así fue!, nunca olvidaré que nos enteramos de eso casi para la navidad del año 2017, fue nuestro mejor regalo. De ahí todo fue muy rápido, en el verano de 2018, nos dijeron que tenían a un pequeñín para nosotros, Rodrigo, eso sí, primero como acogida y luego adopción plena, pero ahora es nuestro hijo, un niño precioso de 4 años que cambió nuestras vidas.

Después del relato del proceso de adopción, esta pareja nos señala que no ha tenido ningún problema con la crianza del menor, que el proceso de adaptación del niño con su nueva familia fue inmediato, que el vínculo que han generado con el niño es de por vida, esa es la familia

que deseaban y que ahora la tienen. Además, refieren que su hijo no ha presentado problema alguno en su desenvolvimiento con sus amigos o en su escuela y creen que su hijo asumirá la orientación sexual que él desee, que siempre tendrá toda la libertad para expresar sus sentimientos.

En relación a la pregunta si ¿en España o en su Comunidad existen prejuicios o discriminación hacia las familias homoparentales?, nos señalan que sí, que hay mucho prejuicio, aún hay discriminación y no aceptación plena por parte de sus familias, pero que ellos al fin y al cabo, son una familia que salen de la mano a cualquier lugar e interactúan con demás familias, no obstante, que se sienten más cómodos forjando vínculos amicales con otras familias homoparentales con quienes hacen excursiones o llevan a los niños a museos o simplemente van a la playa. Ambos se consideran buenos padres, cuidadosos y muy ordenados con la educación de Rodrigo, señalan que tienen las mismas aptitudes que una pareja heterosexual para criar a su hijo. Alejandro nos agrega lo siguiente;

No me he sentido discriminado, pero he sentido la no aceptación por mi familia, el día que decides salir del armario, se convierte en ese día que nunca quieres imaginar, que no quieres que llegue, porque sabes que o hay aceptación o rechazo, a mi me toco primero el rechazo, y luego ya la aceptación a medias. Luego cuando les comuniqué que me casaría ¡fue peor!, me dijeron ¿para que os vais a casar?, que así como estábamos estaba bien, que qué diría la familia, se burlarían de mí, de ellos, que cómo iban a explicarle a las amistades y a la familia que el mayor de sus hijos se casaba con otro hombre, me dijeron “que la casa se queme, pero que no salga humo”. Igual yo proseguí con mis planes y tuve un matrimonio discreto con la obvia ausencia de mi familia, solo estaba presente la familia de José. Cuando después de años les dije que ya habíamos recibido nuestro certificado de idoneidad para poder tener un niño, mis padres lo tomaron a mal también, dijeron que me estaba apresurando y que no era una buena idea. Pero después de un tiempo que conocieron a Rodrigo, les encanta estar con él, hasta me discuten que Rodrigo está más con sus otros abuelos y no con ellos, cosa que me pone feliz, ¿a qué padre no le gusta que amen a sus hijos?.

En relación a la escuela, Alejandro y José nos señalan que su hijo es muy vivaz en la escuela, juega mucho con sus amigos y es muy participativo con las profesoras, de hecho, en la escuela en la que estudia Rodrigo existen otros niños con familias homoparentales, con familias de una sola mamá o un solo papá y fue eso lo que más le agradó a la pareja.

En la escuela de nuestro hijo no existe problema sobre la proveniencia de la familia de los niños, esta puede ser de inmigrantes, de padres gay o madres lesbianas, lo bueno del sistema educativo es que fomenta la igualdad de todos y se prohíbe la discriminación, un ejemplo es la Comunidad de Madrid y su ley contra la LGTBI fobia, que implementó en los colegios el “plan de convivencia” para favorecer la armonía, respeto, igualdad entre hombres y mujeres, tolerancia y prevención de conductas homofóbicas en los chicos, una ley que debe ser de toda España, aunque con Vox como aguijón es algo difícil.

Finalmente, comentaron que para la comunidad siempre es una celebración a partir del 2005, los 21 de abril, fecha en la que se aprobó el matrimonio igualitario en España, que al principio, pensaron que solo era una propuesta más, como las que hacían los políticos cada vez que se aproximaban las elecciones, pero al verse cristalizado quedaron muy agradecidos y reconocen el trabajo del presidente Rodríguez Zapatero, quien reivindicó un derecho anhelado para todos, recordando el discurso de este último quién señaló “estamos legislando para la felicidad de todos, no de extraños, sino de parientes, de amigos, familiares, vecinos y de compañeros de trabajo, construyendo una sociedad decente”.

5. Paloma (38) y Dana (29), Ciudad de México - México

Datos: La entrevista fue llevada a cabo mediante videollamada de Facebook, el día lunes 27 de enero de 2020. El contacto fue mediante el grupo privado de Facebook del que soy parte, denominado “familias homoparentales”.

Paloma es licenciada en arquitectura y urbanismo, tiene una oficina que se dedica a diseños de interiores, Dana se encuentra estudiando terapia física y rehabilitación en la Universidad Tecnológica de México (UNITEC), se casaron en el 2015 y tienen dos hijas; Marina de 8 años, hija de Dana y Guadalupe de 2 años, hija de ambas, gestada por Paloma mediante el método ROPA (recepción de óvulos de la pareja), una técnica de reproducción asistida que se viene utilizando por parejas conformadas por dos mujeres y consiste en fecundar el óvulo de una de ellas hasta obtener el mejor embrión y este pueda ser transferido a la otra pareja, es el método por el cual se comparte plenamente el embarazo.

Paloma y Dana manifiestan que viven una vida completamente normal, con pequeñas discusiones como en toda familia, pero que no son relevantes. Se consideran una familia feliz y libre, además rechazan el argumento acerca que su orientación sexual pueda ser transmitida o imitada por sus hijas, señalan que tienen amigos que formaron familias homoparentales, que tienen hijos mayores y que ninguno de estos es gay o lesbiana, además consideran

importante que sus hijas sean libres al amar, ellas nunca impondrán un esquema de vida ni serán un obstáculo para las decisiones que tomen sus hijas. Paloma nos refiere;

Nuestras hijas son todo lo mejor que tenemos, yo siempre quise tener un familia y ahora tengo la mejor familia, vivo al lado de la mujer que amo, me he casado, me va muy bien en el trabajo, tengo salud, ¿cómo no ser feliz?. Nuestras hijas, (les decimos chapulinas porque saltan de aquí para allá), son felices también, la mayorcita no tiene ningún inconveniente en la escuela, ni con las profesoras ni con sus compañeritos.

Respecto a la percepción de la sociedad mexicana en relación a las familias homoparentales, nos indican que, aun en la Ciudad de México, que es una de las ciudades más *gay friendly*, y hasta en la denominada “Zona Rosa”, lugar comercial (restaurantes, bares, peluquerías, etc.) conocido por su excéntrica vida nocturna, aún existen prejuicios que cuestionan el buen desempeño que pueden tener los padres gay o lesbianas en el cuidado de sus hijos. Si es que existiese alguna diferencia entre familias heteros y homos, es el tema de los derechos, las primeras tienen todos los derechos, las segundas los van conquistando de a pocos.

A pesar que la ciudad de México se muestra tolerante hacia los LGBT y hay matrimonio igualitario, hay personas, grupos religiosos a quienes no les venimos nada bien, que nos condenan sin conocer nuestra historia, nuestros traumas, nuestras penas, y es que es más fácil juzgar que comprender y entender. Si eso pasa aquí, en la capital, en el interior del país debe ser peor. En Chiapas, Sinaloa, Veracruz o Guerrero se matan trans y gay casi todos los días y a nadie le importa, tengo amigos gais que a esos estados lo piensan dos veces antes de ir. (Dana)

En relación a la discriminación, nos refieren que algunas veces que han salido de la mano y en compañía de sus hijas, se han sentido observadas, pero que eso las tiene sin cuidado, que son una pareja casada y que han constituido una familia que merece también respeto.

Mira aquí en México te pueden discriminar, que si porque eres indígena, o negro, pobre, gay o lesbiana, ¡por todo! Una sola vez un hombre nos gritó “¡Aquí Sodoma y Gomorra tortilleras!”, nos dio un coraje, una impotencia, quería -como comúnmente decimos- romperle la madre por atrevido, pero respiré y seguí con la frente en alto, las demás personas ahí solo atinaron a reírse, burlarse seguro, es lo que les gusta. (Paloma).

La mayor de sus hijas, Marina, estudia en una escuela pública en la que no han tenido ningún problema, manifiestan que la acogida ha sido muy buena, las maestras y demás alumnos saben que Marina tiene dos mamás y una hermana pequeña, Dana nos comenta que;

Notamos que, en un inicio, el tema de plática de las otras mamás era como, "ya se enteraron que hay una familia de lesbianas en la escuela" y otros comentarios o curiosidades que tenían, como ¿De quién es hija?, nosotros respondemos siempre "de las dos", se quedan calladitos, aunque no notamos una mala intención, pero con el tiempo ya no somos ni tema de conversación, todo está normalizado, creo que fuimos la primera familia de dos mamás en esa escuela, como decimos "vamos abriendo mentes y corazones".

Mi hija cuando tenía sus 6 añitos me preguntaba porque todos tenían papá y ella no, y bueno pues, yo le expliqué que porque a unos les toca mamá-papá, papá-papá y a ella le tocó mamá-mamá. Recuerdo que a mi hija le preguntaban por su papá y ella decía, yo tengo dos mamás, y no pasaba nada, ahí quedaba todo.

Si bien en la escuela, no han tenido inconvenientes, Paloma y Dana señalan que aún falta reforzar los temas de la familia diversa, puesto que en la mayoría de los estados de México está permitido el matrimonio igualitario, lo que conlleva que muchos de ellos tengan hijos y eso se debe reflejar en la educación, no obstante ha habido algunos avances en los libros de primero de secundaria (Biología) entregados por la Secretaría de Educación Pública (SEP), en el cual se abordó el tema de la homosexualidad, igualdad de género y la masturbación, hecho que escandalizó a los sectores conservadores de la sociedad y los que se autodenominan defensores de la familia, como por ejemplo, el Consejo Mexicano de familia que tiene como bandera el concepto de la familia natural y la existencia de hombre y mujer, el Frente Nacional por la Familia y la Unión Nacional de padres de familia, que siempre se oponen al tratamiento en los textos escolares de la homosexualidad, bajo el principio que ellos tienen el derecho de educar a sus hijos al margen de ideologías.

Estos movimientos obstaculizan nuestra verdadera inclusión, recurren en sus marchas a figuras como las de Eduardo Verástegui o Emmanuel quienes los apoyan, quieren negarnos el derecho a existir, ¿como si recién hubiéramos aparecido?, las familias homoparentales siempre hemos existido, que la sociedad y el gobierno no nos quieran ver, es otra cosa. En las estadísticas tampoco aparecemos, el INEGI ni siquiera nos menciona, nos dice "otros".

Aún hay mucho por mejorar aquí. (Paloma).

Finalmente en referencia a lo que se espera del estado de México o de la sociedad, ambas contestaron que trabajar más en educación verdaderamente inclusiva y en una sociedad sobre todo tolerante, que no forme un juicio en contra de las familias homoparentales o de sus hijos, que no sea el paraíso la familia heterosexual, que se reconozca plenamente la existencia de estas familias y que el matrimonio igualitario sea válido en todos los estados de México, en que se legisle más con la razón y la lógica de que todos son iguales ante la ley, así como que

se otorgue mayor legislación a favor de los trans, que “la pasan muy mal” y finalmente que no sea un trámite de nunca acabar las adopciones del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), pues creen que todos los niños merecen una familia que los ame, sin importar la orientación sexual de los padres.

Pues te digo que la familia heterosexual no es para nada perfecta tampoco, de ella salen homofóbicos, violadores, psicópatas que nos matan, sádicos, siempre hay noticias de violaciones de niñas en sus propias casas cometidas por sus tíos heteros, por las parejas de sus madres, por los primos, y así. Lo más importante que tienen nuestras hijas es el verdadero amor que les brindamos, yo a mis hijas no les quiero transmitir los prejuicios que escucho o los que hay en el resto de familias, yo quiero que ellas sean mujeres fuertes y orgullosas de lo que son y de dónde vienen. (Dana)

Como podemos concluir de las entrevistas, toda las familias manifestaron que sus hijos o hijas no han sufrido algún tipo de obstáculo que les signifique un pobre o dificultoso desenvolvimiento en la sociedad o en sus escuelas, asimismo, manifestaron que sus hijos gozan de muchos cuidados, y tienen una vida como la de cualquier niño o adolescente de acuerdo a la edad y en el contexto en el que se desarrollan, por lo que la orientación sexual de los padres no ha mermado el desarrollo de sus hijos.

Respecto a muestras de expresiones de afecto entre las parejas en público, se denota la diferencia entre parejas nacionales y las del exterior, nuestros entrevistados peruanos, con excepción de Mercedes y Mayra, nos comentaron que prefieren ocultarlo por temor y es que señalan que la sociedad peruana es muy intolerante, en el caso de las familias en México y España, nos comentaron que no tienen inconvenientes en pasear de la mano junto a sus hijos, hecho que puede verse condicionado por la mayor aceptación de la homosexualidad y la conformación de sus familias en aquellos países. Además, los entrevistados coincidieron que esto puede aminorarse, si es que se promoviera educación en valores como la tolerancia y el respeto, no obstante, siempre se hace dificultoso para el Estado abordar una política pública en educación que implique temas que se consideran ideológicos o tabú como el homosexualismo y otros que tengan correlación con la identidad sexual o identidad de género.

En España, si bien, existe una mejor estructura curricular a nivel nacional, con la propuesta del Ministerio de Sanidad, servicios sociales e igualdad sobre pautas de una Educación libre de acoso homofóbico y algunas políticas públicas de las Comunidades Autónomas (responsables de las competencias en materia educativa), muchos padres aún cuestionan la

medida manifestando que ellos no permitirían que sus hijos lleven talleres o cursos relacionados a esos temas, sin su consentimiento.

Un comentario de uno de los entrevistados, hizo referencia al Partido Político de extrema derecha VOX cuyo proyecto se resume en la defensa de España, de la familia y de la vida; partido que cuestiona las políticas inclusivas en materia sexual, planteando el establecimiento de un "Pin parental" que significa una solicitud dirigida a los directores de los centros educativos" para que se informe previamente a los padres a través de una autorización expresa sobre "cualquier materia, charla, taller o actividad que afecte a cuestiones morales socialmente controvertidas o sobre la sexualidad, que puedan resultar intrusivos para la conciencia y la intimidad" de los menores y en base a eso el padre de familia lo analice y de su consentimiento para que los hijos puedan asistir a dicha formación. (Vox, 2018).

Finalmente, la aprobación de la unión civil -incluso y con sus limitaciones- es una de las más importante y conocida demanda de las parejas del mismo sexo en el Perú, pue existe la sensación de seguridad jurídica de su unión, en cuanto a reconocimiento de ese tipo de unión y al disfrute de los derechos de una convivencia legal.

La figura del matrimonio desafortunadamente es lejana, como bien manifestó uno de nuestros entrevistados, puesto que esta incluiría los derechos plenos e idénticos a los de un matrimonio heterosexual, como la crianza de hijos o la adopción, difícilmente la clase política discutirá aquello en el breve tiempo, aunado esto a la oposición recalcitrante de colectivos ultra conservadores de la sociedad y la iglesia. Lo cierto es que se debe legislar reconociendo el matrimonio igualitario en el Perú tomando en cuenta los tratados internacionales en materia de derecho humanos que sean pertinentes además de la "Opinión Consultiva OC 24/17 de 24 de noviembre de 2017 sobre identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo" que dispone:

"Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras

existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna.” (Párr.228).

En los países que ya reconocen el matrimonio igualitario, el desafío es una sociedad más inclusiva y menos prejuiciosa, además del respaldo jurídico y jurisprudencial a favor de la vida familiar sin distinciones, como el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México que ha expedido la tesis jurisprudencial vinculante denominada “derecho a la vida familiar de las parejas del mismo sexo” de fecha 27 de enero de 2017;

La Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación entiende que la vida familiar entre personas del mismo sexo no se limita únicamente a la vida en pareja, sino que puede extenderse a la procreación y a la crianza de niños y niñas según la decisión de los padres. Así, existen parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con niños y niñas procreados o adoptados por alguno de ellos, o parejas que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear.

Más allá de toda postura respecto a la unión civil, el matrimonio igualitario y la crianza o adopción de niños por parejas del mismo sexo, el Estado debe legislar bajo el principio de dignidad e igualdad para todos en el marco de la garantía de respeto por toda conformación familiar, siendo valoradas como tales, como familias.

Por otro lado, para comprender la problemática en torno al ejercicio de derechos en general y de acceso al matrimonio en particular, de las personas LGTBI, resultaron importantes para la presente tesis las opiniones de los protagonistas que conforman y dan vida a las familias homoparentales, describiendo y exponiéndonos no solo sus vidas y las de sus hijos, sino además, compartiéndonos sus miedos conformados por el prejuicio, temor y el rechazo de la sociedad, así como su lucha constante desde el ámbito de su privacidad hasta la visibilidad encontrada en el activismo.

Asimismo, resultan aleccionadores los comentarios obtenidos a través de entrevistas con especialistas en derechos humanos, género y sexualidad, como la Doctora Violeta Barrientos y el Doctor Oscar Cubas Barrueto, así como la de una mujer trans, ex candidata al congreso, Gahela Cari, quien nos detalla información de primera mano sobre la realidad del grupo

LGBTI, como señala Inton y Alegre “no hay nada que se pueda equiparar al poder de las narrativas que surgen de las propias experiencias de vida de las personas trans”. (2017, p.1)

Para estos efectos, se elaboró una guía de preguntas (**Anexo 1**) que constan de cuatro acápites que tienen relación directa con lo desarrollado a lo largo de la tesis: Derechos humanos en una sociedad democrática (a efectos de buscar y analizar las causas del porqué los Estados son reticentes a reconocer el matrimonio igualitario), el derecho a la igualdad y no discriminación (como elemento central para el ejercicio de derechos y el acceso a la figura del matrimonio igualitario), las personas LGTBI como grupo vulnerable, el Estado y las políticas públicas en materia de derechos para las personas LGBTI (educación, legislación del matrimonio igualitario y de la familia homoparental, ley de identidad de género, entre otras), además de la aparición y articulación de nuevos grupos férreamente opositores al reconocimiento de derechos a las minorías sexuales.

Así tenemos en primer término, que contra las personas LGBTI se ha gestado e institucionalización la injusticia cultural y sexual que explica que algunos grupos son vistos como menos valiosos y por tanto resultan despreciados frente a otros grupos a quienes se les guarda consideración y se les toma como valiosos por ser “normales” (heterosexuales y cisgénero), hecho que resulta ser un grave problema para el sistema democrático de un Estado, puesto que se normaliza la inferioridad de algunos y la superioridad de otros, coadyuvada por el negacionismo del estado y de la sociedad de ver realidades sexuales disidentes y fuera del radio heterosexista y heteronormativo, arrastrando a un grupo a ser siempre sujeto de violencia que se ejerce sobre sus cuerpos y sus vidas, hecho que los Estados han soslayado o restado importancia a lo largo de la historia, más grave aún, eran -y en algunos Estados- son pasibles de ser perseguidos, castigados hasta con la muerte por ser diferente a lo esperado por la sociedad, además de esgrimirse argumentos de patologización para proscribir la igualdad de las personas LGTBI con las personas hetero, al respecto la Dra. Barrientos nos comenta;

Lo que ocurre es que en el caso de la orientación sexual muchas veces se ha dicho que no tiene nada que ver con la igualdad sino simplemente, [...] se dice que son enfermos y cabe una corrección y entonces no pueden entrar dentro de la estructura matrimonial, esa ha sido generalmente la defensa. No se comete discriminación, ese es el obstáculo, ya que la naturaleza misma de la orientación sexual, como no tiene una base biológica para definirse no es tan clara como el hermafroditismo o la transexualidad, es completamente psicológica, lo único que se puede decir es que nadie se ha curado entonces por ahí a veces fracasan mucho

lo argumentos. [...] Es apartamos de la realidad que existen parejas del mismo sexo y eso es una realidad y haciendo las encuestas sobre sociología de la sexualidad se descubre que la mayor parte de seres humanos también son bisexuales, entonces es ese comportamiento registrado que escapa a la reglamentación cultural y legal.

El sistema democrático, a pesar de sus posibles falencias, es el mejor y el que tienen los mecanismos para garantizar en buena cuenta los derechos humanos de las minorías en general, en ese sentido, Gahela Cari nos refiere a la relación entre la democracia y los derechos humanos, como presupuestos básicos para un efectivo goce de los derechos, no obstante, presenta una mirada crítica que contrapone a una democracia formal de una real, socavando las violaciones de derechos humanos de las personas LGTBI, la base del sistema democrático.

Para mí los DD.HH son garantías mínimas que aseguran una vida libre de violencia, una vida mínima de goce pleno de nuestras libertades, sin embargo, en medio de todo este contexto es necesario decir que no se están cumpliendo, que además lo curioso es que una democracia no garantiza el ejercicio de los DD.HH y eso es lamentable porque usan la democracia para violar los DD.HH como pasa aquí y en otros lugares del mundo, nos dicen que vivimos aquí en un país democrático, pero se siguen matando mujeres, asesinando personas LGTBI con crímenes de odio, se sigue matando niños con plomo en la sangre, que sigue permitiendo la explotación de nuestros cuerpos y territorios. Es una democracia formal, débil, incipiente, creo que hace falta caminar hacia una democracia real, plena y efectiva en el que los DD. HH sean cumplidos a cabalidad.

Por otro lado, el especialista en derechos humanos, el Dr. Oscar Cubas Barrueto hace mención que los derechos humanos son norma básica fundamental del ordenamiento jurídico y son absolutamente indispensables para que los individuos puedan desarrollar en la sociedad todas sus potencialidades, asimismo, agrega la vital importancia del principio de igualdad y no discriminación como norma de *ius cogens* que satisface un sistema democrático además de enriquecer el marco de los derechos humanos con el principio de dignidad humana como presupuesto básico para el desenvolvimiento de los seres humanos. De acuerdo a ello, tenemos que el mandato de no discriminación tiene como correlato el principio derecho de igualdad, que deben estar perfectamente articulados sirviendo de engranaje para el funcionamiento de un sistema democrático pleno y justo;

En lo que respecta a la importancia del principio de igualdad y no discriminación, hay que resaltar que esa es una norma de *ius cogens*, es una norma inderogable y que justamente parte

de la propia concepción de unidad de la persona humana como ente biopsicosocial. Todas las personas tienen igual dignidad y por lo tanto el reconocimiento de los derechos tiene que ser igual para todas las personas. Claro, cabe la posibilidad, cuando hablamos de igualdad y no discriminación que puedan establecerse algunos supuestos de diferenciación siempre que existan causas objetivas y razonables para poder dar un trato distinto a dos personas iguales en dignidad o dos personas en situaciones diferentes un trato distinto, pero la regla de igualdad conlleva a que deba realizarse igual trato ante situaciones jurídicas iguales. Dos personas iguales en dignidad merecen el mismo trato.

Evocando la teoría o escalas de la justicia de Nancy Fraser, sobre la distribución y el reconocimiento, se tiene que el mecanismo por el cual encontrarán justicia para este colectivo es a través de acciones o de políticas y respuestas de reconocimiento, hecho que nos ratificó nuestra entrevistada la Dra. Barrientos, además de referir que la desigualdad afecta en el ejercicio de los derechos humanos de las personas LGTBI, sin embargo, dentro de este grupo hay quienes resultan ser más afectados que otros, lo que depende en buena cuenta de una cuestión socio – económica y que por razones obvias sufrirán injusticia económica, pero que encuentran una variable común en la organización y desarrollo del movimiento como colectivo de lo LGTB.

[...] si hay una desigualdad en el ejercicio y goce de los derechos por parte de las personas LGTB, seas de la condición social que seas; aunque siempre hay menos sufrimiento en aquellas personas LGTB que tienen más recursos económicos. Lo que ha marcado mucho es el movimiento LGTB, durante largo tiempo eran movimientos que prácticamente no existían, porque la persona con dinero jamás fue miembro de lo LGTB, pero el movimiento LGTB tal como lo vemos ahora, empieza con la aprobación del matrimonio igualitario en España y en EE. UU en el 2015, ahí recién hay un movimiento más fuerte en que salen ricos y pobres a marchar, antes no salía nadie. Porque si antes tenías una posición social ganada, o era una persona de apellido, para que te ibas a denigrar, ¿no?. Por ejemplo, cuando Oscar Ugarteche sale del closet durante los años 80' todo el mundo pensaba que estaba loco, que como era gay es medio loco y entonces no le interesa apellidarse Ugarteche y lo que fuera, después todos lo miraban raro, nadie después le preguntaba sobre economía, sino todo era sobre su vida sexual.

En cuanto a la desigualdad, esta puede considerarse como una condición que secciona un proyecto de vida, y que tiene que ver no solo con el reconocimiento, sino además con la redistribución, por lo tanto, para las personas trans las políticas o los mecanismos de protección no solo pasan por el reconocimiento, sino por generar condiciones de vida dignas para este grupo, así Gahela nos refiere;

Los LGTBI tenemos la desigualdad tatuada aquí, en la piel, nuestros sueños truncos. Nosotras no aprendimos de desigualdad en los libros o en una página web, aprendimos sobre desigualdad cada vez que sufrimos violencia o sentimos hambre, aprendimos de desigualdad cada vez que se nos fueron negadas oportunidades y condiciones que el resto de las personas cisgénero y heterosexuales si tienen. Sabemos de desigualdad porque se nos han arrebatado nuestros sueños, porque no hemos logrado concretar nuestro proyecto de vida, y no porque no nos hemos esforzado, nos hemos esforzado el doble o el triple, pero a pesar de eso siempre han habido obstáculos que este sistema pone delante nuestro y que hace que sea imposible ser quienes quisimos ser cuando éramos niñas, niños, niños.

Ninguna de las personas trans soñó con ser prostituta, ninguna trans cuando tenía 5 u 8 años dijo “bueno cuando tenga 20 quiero ser puta”, lo hacemos porque nos han quitado oportunidades. Esa desigualdad tiene que ver con la desigualdad en la niñez, en la adolescencia y en la juventud que termina traducándose en asesinatos, muertes, en una mala calidad de vida y tiene que ver sobre todo, con no establecer mecanismos diferenciados para proteger nuestras vidas, por ejemplo que acaben con el bullying transfóbico y homofóbico que hay en las escuelas, lo que conlleva en deserción escolar de las personas LGBTI. [...]

Asimismo, el profesor Cubas Barrueto, señala que la desigualdad y la discriminación afecta un conjunto de derechos que se desprenden de la dignidad humana y que tienen un impacto negativo en el desarrollo del “proyecto de vida de una persona”,

[...] La dignidad humana, el principal valor que la fundamenta es la autodeterminación personal, elegir que hacer o que no hacer. Una persona integrante del colectivo LGTBI, una trans, por ejemplo, que no está conforme con el sexo biológico y se considera del sexo opuesto, si esto no es reconocido por el estado esto tiene incidencia en un conjunto de derechos fundamentales, derecho al nombre, derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la autodeterminación personal, no se le va a reconocer contraer matrimonio, que además está contemplado en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En cuanto a la discriminación y su afectación en el normal desarrollo de las personas LGTBI, tenemos que, aunque esté proscrita formalmente por las leyes nacionales y además exista un compromiso internacional del Estado de prohibir actos discriminatorios, estos siguen cometiéndose y muchos de ellos están aparejados con maltratos y violencia en contra de lo que no se considera “normal” o “natural”, al respecto la Dra. Barrientos considera que la discriminación, que tiene como contrapartida la homofobia, es una cuestión cultural y difícil de desarraigar aun en países que legislen, incluso, sobre el matrimonio igualitario, como por ejemplo España.

Todavía hay una cuestión de falta de aceptación social, la llamada homofobia, pero esto es complicado porque la homofobia tiene su raíz en el rechazo de lo femenino por parte de los hombres, entonces los hombres para ser hombres tienen que rechazar el color rosado y someter y violentar a la mujer y tienen que rechazar de sí mismo toda feminidad. Al ser homosexuales no es tanto el horror de estar frente a una persona del mismo sexo, sino que uno sea considerado femenino, por más que la relación sexual de hecho no sea así. Dos hombres juntos son maricones, son mujercitas, y a eso le han huido los hombres, de ser señalados de esa manera, no hablo tanto de las mujeres porque la sexualidad de las mujeres no importaba pues, pasaba desapercibida. La discriminación ha sido mucho más marcada para hombres que para mujeres en este caso de la homofobia de discriminación por orientación sexual se sigue dando, incluido en los países donde hay legislación del matrimonio igualitario, porque ese es un tema tan arraigado culturalmente, tan arcaico que demoraríamos mucho en superarlo. [...]

Por otro lado, resulta importante conocer lo que mencionaba Fraser sobre los grupos bivalentes, y lo referido por la Corte IDH acerca de la interseccionalidad como categoría de análisis de discriminación, como la existencia de múltiples factores de vulnerabilidad, cuestión que muy bien nos señala Gahela desde su autoidentificación como trans mujer, indígena, activista y con limitados recursos económicos;

La discriminación que sufren las personas LGTBI es enorme, si a eso le sumamos que son pobres, indígenas o afros la vulneración termina creciendo y termina por imposibilitarnos que nosotros tengamos una vida como las personas cisgénero o heterosexuales. La discriminación impacta de manera negativa en nuestras vidas, truncando nuestros sueños, quitándonos oportunidades y condiciones y poniéndonos obstáculos en el camino. [...] Por ejemplo a mí me han insultado en muchas oportunidades, me han dicho cosas como “*maricón, serrano, y encima pobre, si tuvieras dinero todavía pasabas piola*”, ahí hay racismo, homofobia, aporofobia y hasta clasismo; es como una mezcla de cosas que atacan y que tienen que ver con la orientación sexual y la identidad de género, pero que también tiene que ver con condición económica de los maricones, de las lecas, de las tracas, tiene que ver con el color de piel.

En concordancia al padecimiento de la desigualdad por parte del colectivo LGTBI, el profesor Cubas Barrueto tiene una opinión de coincidencia con las demás entrevistadas, al señalar que, en efecto, han sufrido discriminación sistemática por parte del Estado.

Bueno es un colectivo que a lo largo de los años ha sido y viene siendo profundamente discriminado principalmente dentro del colectivo LGTBI, las personas trans.

[...] Si, existe discriminación sistemática en el Perú, claramente, y hay un conjunto de casos y lamentablemente tampoco es que haya mucha cobertura de los mismos. Hace algunos años, por ejemplo, a una persona integrante del colectivo LGTBI, señalaba que había terminado de estudiar la carrera de derecho y no podía ejercer la carrera porque el estado no le permitía, la RENIEC el cambio de nombre. Como no se le reconocía su nueva identidad, la universidad no le otorgaba el título, entonces toda una serie de problemas, no solo vulneración de derechos por parte de entidades del estado, también por parte de entidades privadas, y claro en el Perú existe discriminación sistemática definitivamente contra el colectivo LGTBI.

Sin duda, los Estados han desarrollado sus concepciones legales, sociales y culturales sobre la base del paradigma heterocentrista que respalda la legislación heteronormativa, más aún en el derecho de familia; si bien ahora, algunos Estados se muestran más inclusivos, extendiendo instituciones familiares a las personas del mismo sexo, aún existe reticencia de los gobernantes y la sociedad, cuyos discursos se sustentan en base del prejuicio y del estereotipo. A la pregunta sobre ¿cómo contrarrestar el paradigma del heterocentrismo como causa de la heteronormatividad en el Estado? y ¿cómo desarraigar la existencia de prejuicios sociales y culturales en la sociedad en relación a la vivencia de la sexualidad?, la Dra. Barrientos nos manifiesta;

La cuestión de la visibilidad es un paso adelante y se ha ido ganando desde el momento del SIDA, en la década del 80' y 90', los gobiernos en general tuvieron que dar políticas a favor de contrarrestar el SIDA, como ahora con el COVID, todos están en el mismo canal, todos tuvieron que hablar de sexualidad, de educación sexual, todos tuvieron que repartir condones, a lo que la iglesia se oponía, se ha ganado mucho con la visibilidad. [...]

Hay algunos planes nacionales, políticas nacionales que recuperan lo de la orientación sexual en sus textos, en el plan nacional contra la violencia, política de igualdad de género, aunque a nivel de congreso no se haga nada, porque el principal órgano de obstaculización es el congreso, ahí no se logra nada, vía el ejecutivo todavía se avanza un poco más, es visualizar, procurar ir poco a poco por ordenanzas municipales o normas del ejecutivo y en realidad todo lo que evade al congreso, porque ahí no se avanza, se instrumentaliza mucho el tema, el fujimorismo no hizo nada porque había hecho alianza política por los votos de los conservadores.

En cuanto a la sociedad y el posible desarraigo de estereotipos y prejuicios, la Dra. Barrientos nos comenta;

En la moral y las buenas costumbres se funda el prejuicio y el estereotipo homosexual, la realidad menos mal puede brindar varios perfiles de personas homosexuales que no

corresponden al estereotipo, porque el estereotipo se ha dado mirando a quienes son públicos, como ha sido una actividad totalmente marginalizada tiene su propia subcultura y se cree que toda la gente se comporta de esa manera, cuando no es así, el estereotipo incide en la cuestión de la moralidad. [...]

Creo que por su propia índole la sociedad peruana no tiende a tolerar la diversidad, ni la diversidad cultural ni ningún tipo de diversidad, [...] por ejemplo hemos tenido cohabitando a indios, negros y blancos, fíjate lo que paso en EE.UU., los blancos aniquilaron a los indios, esclavizaron a los negros y prácticamente ellos no tienen indios, en cambio nosotros los hemos sometido durante varios siglos a la explotación económica, al final hemos terminado por convivir, pero siempre guardando la jerarquía, uno encima de otro. Estamos acostumbrados a ese tipo de convivencia, entonces no hay tolerancia ni igualdad. [...]

En ese mismo sentido, Gahela en un pensamiento coherente y como lo denomina “radical”, clama por un cambio de sistema político que reemplace el paradigma heterosexual y sus consecuencias por uno en el cual todas las vidas sean valiosas y sin esquemas de desigualdad, por otro lado, el tema de la educación siempre será la piedra de toque en construcción de valores.

[...] Es necesario que acabemos con el paradigma de este mundo que son los hombres cisgénero, heterosexuales, adultos y blancos, caminemos hacia un nuevo paradigma, un buen vivir, [...] el *sumac kawsay*, una forma de vida dentro de la cosmovisión andina arrancada por la colonia.

Lo principal es la educación enfocada, por un lado, a destruir un sistema que genera estructuras de desigualdades; y segundo, enfocado a educar en igualdad, respeto y amor que es lo principal, el amor que hemos perdido. [...] Derribando prejuicios, estereotipos, eso termina ayudándonos a todos, todas y todes como sociedad, nos ayuda a caminar hacia una sociedad más democrática, más justa y más igualitaria.

Un punto de consenso entre los entrevistados es lo que puede hacer el estado a través de la educación como mecanismo que permitirá desarraigar los estereotipos y prejuicios culturales en general en la sociedad, no obstante, además de ello, un punto destacable en cuanto a una política eficaz en educación es lo señalado por el profesor Cubas Barrueto en cuanto al rol que deben de cumplir los medios de comunicación en la formación de ciudadanía y sobre todo en lo que él denomina “globalizar la idea de dignidad” de manera que se tendrían dos cosas: Una política educativa impulsada por parte del estado, pero también por los medios de comunicación, en ese sentido, el profesor Cubas nos indica que es una política que podría

funcionar en el mediano plazo, no obstante ya se debe de empezar a trabajar en la garantía de derechos LGTBI;

[...] No es solo importante que haya una política de enseñanza en derechos humanos en todos los niveles, incluyendo el nivel inicial, primaria, secundaria, universidad, también es absolutamente indispensable el rol que deben de cumplir los medios de comunicación coadyuvando con el estado en la formación de ciudadanía, porque formar buenos ciudadanos no solo tiene que ver con el reconocimiento de que las personas conozcan los derechos que tienen, sino también que respeten los derechos de los demás que es algo que se debe buscar, justamente globalizar la idea de dignidad humana.

Recordemos que, a nivel de Informes Periódicos de diferentes comités de Naciones Unidas, han notado que justamente los medios de comunicación contribuyen a la formación de estereotipos en el caso del Perú, programas como la “paisana Jacinta”, claro que tiene que ver con estereotipos raciales, pero sin embargo también hay discriminación al colectivo LGBTI en estos tipos de programas. Realmente en el Estado y cuando hablamos de Estado, no solo es el gobierno, sino la población en su conjunto tienen un rol aquí absolutamente importante y el Estado es quien debe impulsar esto porque en lo que respecta al estado peruano, los medios de comunicación pueden transmitir sus diferentes programas y contenidos haciendo uso de un recurso que nos pertenece a todos los peruanos y que es lo que permite que las señales puedan ser transmitidas, entonces el Ministerio de Transporte y Comunicaciones que es el encargado de diferentes autorizaciones para poder transmitir podría establecer como requisito, y eso no implicaría una vulneración a la libertad de expresión, que haya una franja educativa, y en esa franja poder establecer [...] que las personas no solo conozcan sus derechos sino también que respeten los derechos de los demás y que vivamos en una sociedad donde realmente la idea de dignidad humana esté globalizada y esto es posible.

Asimismo, conocemos la fragilidad de ciertos grupos históricamente dejados de lado por los gobiernos, perseguidos y marginalizados por la sociedad, uno de ellos, sin duda es el grupo conformado por personas LGBTIQ+, sin embargo, consideramos que dentro aquel grupo existe aún personas que resultan ser lo más vulnerables y ello tiene relación directa con lo que la Dra. Barrientos denomina “visibilidad”, es decir una relación directa y proporcional entre, mientras más visible se es, mayor vulnerabilidad.

Generalmente resultan ser los más visibles, o sea son aquellos que tienen algún amaneramiento, los han sido tradicionalmente los transexuales porque su opción era mucho más radical, la de un cambio de cuerpo, pero una lesbiana masculina o un hombre afeminado son blanco de violaciones sexuales, violencia sexual o violencia correctiva sobre todo con las mujeres, y en cuanto a los trans ha sido la muerte inmediata, o sea la depravación completa.

Los más visibles son los que son más castigados, sin ser amañados, la gente que ha salido del closet sin las garantías necesarias. [...] Ha ocurrido muchas veces que chicos que están en dependencia económica que no tienen otro hogar más que el familiar, se les ocurre salir del closet o los descubren y empiezan a ser acosados o violentados. Cuando no tienes autonomía económica o cuando eres más visible, tienes mayor vulnerabilidad.

La posición de Gahela tiene un punto de encuentro con el de la Dra. Barrientos en la cuestión de mayor discriminación mientras más visibilidad, además, presenta una aclaración bastante acertada señalando que “no somos personas vulnerables, somos personas en situación de vulnerabilidad, nosotras no nacemos vulnerables, nos hacen vulnerables quitándonos oportunidades y condiciones y evidentemente todas las personas LGTBI vivimos en una situación de vulnerabilidad que es a lo que no empuja el sistema”. Enseguida destaca que, si bien todas las personas LGTBI son más propensas a un trato discriminatorio, este es diferenciado aún dentro del grupo, señalando que los trans siguen siendo el sector más vulnerable, ya que ven transgredidos estructuralmente sus derechos, sobre todo el derecho a la vida, que es el fundamento biológico y jurídico de satisfacción de los demás derechos. Además, resulta interesante la mención sobre el casi nulo desarrollo profesional de estos trans, por causa del sistema que los expulsar, razón por la cual deben dedicarse a otras actividades no profesionales, impactando la desigualdad en su libre desarrollo a la personalidad y en sus deseos o anhelos.

[...] Pero no todas vivimos con iguales opresiones, el sistema y discriminación no impacta con igual intensidad en nuestras vidas, hay una discriminación y violencia diferenciada y quienes se llevan la peor parte en este país son las personas trans, las lesbianas o los afeminados, pero en definitiva son las personas trans las que terminan recibiendo todo el peso de un sistema transfóbico y patriarcal en sus cuerpos, hasta el punto de tener un DNI que no recoge nuestra identidad, a soportar violaciones solo por un plato de comida o por dinero para pagar un alquiler porque no tenemos otras oportunidades laborales, eso es lo que hace este sistema que nos empuja a la precariedad y violencia. [...] No sé ¿a cuantas personas trans tu conocerás que hayan sido alcaldesas, regidoras, profesionales o que hayan estudiado contigo?, eso tiene que ver como este sistema educativo, laboral, familiar que nos expulsa y nos expropiara arrebatándonos oportunidades y condiciones a lo largo de nuestra vida.

Al igual que la Dra. Barrientos y Gahela, el Dr. Cubas Barrueto, coincide en señalar que dentro del colectivo LGTBI, los más vulnerables son la población trans, y para ello parte de la premisa del ser humano como un ser *biopsicosocial*, categoría nueva para la presente tesis,

pero que aporta una visión interesante a partir de la conjugación de tres dimensiones que forman parte del desarrollo del ser humano, es decir, la parte orgánica (bio), las complejas cuestiones psicológicas que definen su comportamiento y finalmente el ambiente social en el que se desenvolverá.

Los más vulnerables vienen siendo los trans, las personas que sufren disforia de género. Si bien hay discriminación contra todos los integrantes del colectivo LGTBI, creo que hay mayor incidencia en lo que respecta a discriminación, un trato de desigual, es al colectivo trans, justamente por el tema de la disforia de género hay una asignación de sexo de acuerdo a las características biológicas, si la persona tiene pene o vagina, sin considerar que la persona humana es un ente biopsicosocial y es cómo la persona se siente y se auto percibe, que es lo que se debería tomar en cuenta. Entonces desde ese punto de vista, el colectivo trans, por esta disforia de género -que ya se ha establecido no es una enfermedad- conlleva a vulnerar su derecho a la identidad, al nombre, al reconocimiento de la personalidad jurídica, y todo un conjunto de derechos fundamentales.

De acuerdo a lo desarrollado en la tesis, se abordó la problemática sobre la patologización de las sexualidades no heterosexuales, motivo que resultó en la promoción de algunas supuestas “curas” que buscan modificar la conducta a lo que se cree correcto, usando para ello técnicas conductuales, psicoanalíticas, enfoques médicos, enfoques religiosos y hasta espirituales (ver acápite 2.2.3 del capítulo III), lo cierto es que en algunos países -incluido- el Perú- operan centros que ofrecen ese servicio, sin obviamente, alguna garantía.

Al Respecto, el reportaje realizado en el Perú, denominado “Las terapias de la tortura” de fecha 12 de agosto de 2019, Goytizolo y Torres⁶³, dan cuenta de que grupos religiosos como el Movimiento Misionero Mundial, la Iglesia cristiana El Aposento Alto, y el psicólogo Luis Guizada, quien a través de su Escuela de Especialización en Consejería Familiar (Esconfa), se proponen a cambiar a los homosexuales promoviendo un discurso de odio para incentivar el rechazo de la sexualidad sentida, o hasta recurren a exorcismos, señalándoles que tiene el mal o un demonio adentro que debe ser expulsado. Al día siguiente de publicado la nota de investigación periodística, la Defensoría del Pueblo emitió la nota de prensa N° 247 /OCII/DP/2019 denominada “Terapias de reconversión”, señalando que estas constituyen actos de tortura contra las personas LGBTI y manifestando “su preocupación y rechazo frente a la existencia de lugares que ofrecen servicios para modificar la orientación sexual o

⁶³ Goytizolo y Torres. (2019) “Las terapias de la tortura”. Diario La República. (<https://larepublica.pe/politica/2019/08/12/las-terapias-de-la-tortura/>), de fecha 12 de agosto de 2019.

identidad de género de las personas LGBTI, empleando argumentos prejuiciosos, estigmatizantes y discriminatorios, sobre la base de creencias religiosas o sin sustento científico alguno, según lo ha revelado una denuncia periodística en los últimos días.”

Mención aparte es la actividad que se desarrolló en el Colegio de Abogados de Lima, con la conferencia denominada “ideología de género y sus implicancias en el orden interno, la seguridad y la defensa nacional del Perú” realizado el 06 de octubre de 2017, en el cual se señalaron frases como “Si un oficial trabaja en inteligencia y tiene que guardar secretos, y es homosexual, sería un blanco de extorsión.”, “El sexo entre personas del mismo sexo no es funcional porque no cumple su finalidad, que es la procreación. Tampoco puede hablarse de una familia, porque no tienen hijos. La homosexualidad desestructura totalmente la familia.” “El Estado debe preocuparse por los homosexuales, pero no promover la homosexualidad, dañando a los niños, a los jóvenes, a los bebés y a las futuras generaciones.”⁶⁴ La mencionada actividad fue duramente cuestionada no solo por los agremiados, sino por instituciones de derechos humanos que destacaron la misoginia y homofobia que la caracterizaron el evento.

En relación a la grave problemática sobre las terapias reparativas, la Dra. Barrientos nos refiere;

Por ejemplo, en Alemania se prohibieron y ahorita Francia está en lo mismo, en prohibir. Tendríamos que prohibirlas de todas maneras, porque no hay evidencia de que hayan corregido a nadie, hay payasos, no sé si estarán pagados que dicen que se si han convertido, hay testimonios o hasta películas (“boy erased”) que era un testimonio en EE.UU., de cómo habían tratado de convertir a un chico, entonces hay más denuncias que otra cosa, a parte del simple informe técnico de psicólogos o psicoanalistas que te van a decir que las cuestiones sexuales son las más remotas del ser humano, osea que se empiezan a gestar a partir de los 2 o 3 años, como pueden cambiar algo que se gesta de temprana edad y es algo que es imposible, vas a torturar a las personas, eso califica como tortura, una violación de DD.HH. La respuesta es una legislación punitiva y de protección.

El Estado peruano no ha prohibido las prácticas de terapias de conversión, un hecho que no debe de soslayar, toda vez que existen evidencias de su realización, ello contravendría a los tratados en materia de derechos humanos suscritos por el Perú, hecho que constituye una grave violación a la integridad física y psicológica de las personas que acceden -muchas veces

⁶⁴ Un resumen de lo dicho por cada expositor realizado por Fabiola Franceza, se encuentra en la página web de “seguridad ciudadana”. <https://www.seguridadidl.org.pe/noticias/todo-lo-que-se-dijo-en-la-conferencia-del-cal-sobre-%E2%80%99Cideolog%C3%ADa-de-g%C3%A9nero%E2%80%9D>.

llevados por sus familiares- a practicarse estas terapias, al respecto Gahela nos comenta que no es posible medicalizar la “orientación sexual o de género” puesto que eso se descubre en el transcurrir de la vida, por lo tanto la persecución de aquellas identidades son inquisitivas e invasivas del libre desarrollo de la sexualidad;

[...] Necesitamos en realidad poder perseguir cada una de esas instituciones que en la práctica persiguen la vida de las personas LGTBI tal como lo hacía la inquisición, es la misma práctica, solo que ya no te queman en la hoguera sino lo que hacen es medicalizar la orientación sexual y la identidad de género. Eso es torturarte, esos centros no pueden existir, porque la homosexualidad o mejor dicho, la orientación sexual o identidad de género no se aprende, sino uno la descubre a lo largo de su vida. Yo formo parte de la FENMUCARINAP, una organización de mujeres indígenas. [Federación Nacional de Mujeres Campesinas, Artesanas, Indígenas, Nativas y Asalariadas del Perú], y a lo largo de nuestros 13 o 14 años de vida hemos visto como muchas compañeras indígenas han descubierto su orientación sexual y se identifican como lesbianas a los 40 o 50 años, mujeres que habían sido violados o entregadas por su padres en matrimonios acordados y ellas, hasta que no les hablamos de sexualidad o disfrute de placer, de orientaciones sexuales o identidades de género -que hasta entonces no se conocían-, han logrado a esa edad reconocerse como lesbianas o trans masculinos. [...]

El doctor Oscar Cubas, refiere el mandato de la Corte Interamericana sobre los deberes de respetar y garantizar derechos humanos, lo que implica por supuesto, el respeto a su autodeterminación sobre la base de la propia autopercepción y fundamentalmente a la identidad personal, lo que vaya en contra de aquello implica sin dudas, vulneración de los derechos humanos de las personas LGTBI.

En principio aquí simplemente es respetar la voluntad de las personas, ya lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los estados tienen dos obligaciones en materia de derechos humanos, respetar y garantizar derechos. Respetar implica obligaciones de no hacer y garantizar implica que el estado debe implementar una serie de medidas que conlleven a una tutela efectiva de un conjunto de derechos y qui está la obligación de prevenir las violaciones de derechos humanos, sancionar y reparar.

Una cuestión fundamental agregada por el Dr. Cubas, es el mandato contenido en la Opinión Consultiva 24/17 en cuanto a la autodeterminación y el derecho al reconocimiento de la identidad formal por parte del estado, es decir, los procesos de cambio de nombre como proceso administrativo y no judicial, hecho que reivindicaría el derecho a la identidad auto

percibida de los trans. Además de ello, nos explica sobre la vinculatoriedad de la OC 24/17, coincidiendo con la posición de la presente tesis;

La Corte ha establecido en la Opinión Consultiva 24/17 que los estados deben legislar y permitir en aras de la tutela del derecho a la identidad, facilitar los mecanismos para que las personas puedan cambiar de nombre producto del cambio de sexo y sin que haya proceso judicial, simplemente por vía administrativa. Debe respetarse el derecho a la autodeterminación personal, sin mayor requisito. En algunos países se señala que eso no se puede llevar a cabo porque vulneraría la seguridad jurídica, pero en una sociedad de la información existen mecanismos para poder preservar la seguridad jurídica pero si una persona desea el cambio de nombre simplemente el estado debe proceder a realizar este cambio de nombre sin mayores requisitos, claro podría debatirse la necesidad de algún nivel de verificación, alguna constatación, pero ya los estándares están dados y claro, el estado peruano al ser estado parte de la Convención Americana está obligado a cumplir las decisiones de la Corte Interamericana, pero además las mismas opiniones consultivas -hay algunos autores que señalan que las Opiniones consultivas no son vinculantes para los estados- pero sin embargo esto no es tan cierto porque desde el punto de vista que estas opiniones consultivas son realizadas por un órgano jurisdiccional quien está en todos los poderes para realizar una interpretación de los tratados internacionales, y claro en este caso la Convención Americana y los demás tratados interamericanos, y esas interpretaciones son válidas para el estado peruano. El propio Tribunal Constitucional ha establecido que no solamente los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico interno por el artículo 55 y por la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, pero también las decisiones de la Corte Interamericana, entonces esas decisiones y no solamente la *ratio decidendi*, forman parte del ordenamiento jurídico interno.

En consecuencia, las personas LGTBI son violentadas en sus cuerpos y formas de sentir y llevar o expresar su sexualidad, son por tanto violentadas, en algunos casos por el propio Estado y en otros por la sociedad, erigiéndose y casi institucionalizándose la violencia por prejuicio que atenta directamente contra la vida y la integridad de este grupo. Pero ante esta realidad, la pregunta es ¿cómo se puede desde Estado y la sociedad hacer frente a la violencia por prejuicio u homofóbica?, sin duda la respuesta es efectivizar la legislación que garantice el derecho a la vida de todos, señalando agravantes cuando se trate de violencia por prejuicio. La Dra. Barrientos señala que se debe volver la mirada hacia los principios del derecho sobre los cuales se respete la orientación sexual, uno de ellos es, la libre disposición de la individualidad y de la personalidad, que es el principio que viene aplicando la jurisprudencia en EE.UU., no obstante, nos refiere de una temática sobre la que poco o nada se ha legislado;

Lo otro, que no se ha hecho a nivel mundial, es la protección a los derechos sexuales, porque mientras que no haya una convención, tenemos PIDCP, PIDESC, hemos ido ampliando, pero siempre nos hemos estado olvidando de la sexualidad, y no es extraño porque se abrieron los ojos recién en la época del SIDA y antes incluso la sexualidad de la mujer que era la que más reclamaba, por ejemplo, por su derecho a poder controlar su propia reproducción, pues está en la pata de los caballos. [...] La CEDAW es del 79, son cosas todavía de reciente reconocimiento y no se ha podido hacer, se intentó hacer una convención interamericana de derechos sexuales y reproductivos cosa que la convención estuviese por encima de la ley nacional para poder asegurar temas como la anticoncepción, aborto, orientación sexual, pero quedo en nada, hace 15 años fue muy difícil. A nivel mundial era peor, siempre las resoluciones que protegían la orientación sexual rebotaban hasta que poco a poco se han impuesto. Se debía de proteger los derechos sexuales, porque si no se reconoce la sexualidad como una esfera del individuo protegida, estamos en nada, hasta ahora lo único que se ha reconocido es el cuerpo humano, pero entra lo psicológico, lo conductual, es difícil de ver de percibir de ser estudiado.

Como bien señala la Dra. Barrientos. Hace 15 años era menos probable que instancias internacionales adopten acuerdos que hayan protegido la sexualidad u orientación sexual, de hecho no se presentaba como categoría protegida y menos ostentaba un texto expreso, sin embargo, como quedará demostrado en la contrastación de la hipótesis general, ha sido la labor jurisprudencial la que ha interpretado de forma dinámica y señalando que son los tratados en derechos humanos “instrumentos vivos” pasibles de ser interpretados en distintas circunstancias y con mayor garantismo. Se ha conseguido también avances en cuanto a adopción de Resoluciones Generales de la OEA relacionadas a la protección de derechos humanos de las personas LGBTI desde el año 2008, que condenan los actos de violencia que tiene como causa, la orientación sexual, asimismo se “exhorta a los estados a asegurar que no se cometan actos de violencia u otras violaciones de derechos humanos que estén relacionados en la orientación sexual”, incluida la proscripción de la discriminación. Por otro lado, la creación de la “Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (LGBTI)” en el año 2014 fue un punto crucial y determinante en la protección interamericana de este colectivo.

En el Sistema Universal de Derechos Humanos, se han logrado algunos avances importantes como lo fue el documento denominado “*Nacidos libres e iguales*”, elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas en el año 2012, en el cual exhorta a los Estados a cumplir con “proteger a las personas contra la violencia homofóbica y transfóbica,

incluyendo la orientación sexual y la identidad de género como características protegidas en las leyes sobre delitos motivados por prejuicios” (ver acápite 2.2.1 del capítulo III de la tesis).

Por otra parte, Gahela, señala que el Estado frente a la violencia por prejuicio no ha sido consecuente con su discurso inclusivo, puesto que no ve que el estado asuma la obligación de proteger la vida de todas las personas, y ello por supuesto que incluye a los trans. Esto evoca la finalidad del estado mismo, o la reminiscencia del estado hobbesiano, es decir, la protección del primer bien que tiene la persona, que es su vida, por ello, si un Estado no cumple siquiera con proteger la vida de sus ciudadanos, o de penalizar y castigar a los responsables de violaciones a la vida de los otros, no está cumpliendo su -como dirían los teóricos del Estado- causa eficiente, que es la justificación del Estado mismo.

Es necesario que el estado cumpla con su obligación de garantizar nuestras vidas a través de políticas públicas a mediano, corto y largo plazo. Ahora los trans necesitamos ayuda directa, que no nos ha llegado a pesar que vivimos en situación de precariedad, que incluso la defensoría del pueblo ya ha alertado, el poder judicial ya ha alertado y los propios organismos internacionales lo han dejado claro. Necesitamos políticas públicas preventivas y sancionadoras, como educación, escuela para padres, los currículos dentro de las universidades; y sancionadoras como límites para poder ejercer la prensa sin prejuicios y eso no es un favor, es su obligación, el garantizar los derechos es una obligación que el estado no ha estado asumiendo y es momento que la asuma.

El profesor Cubas Barrueto, reitera la existencia del deber del estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, prevenir las vulneraciones a los derechos humanos y si estas se han producido subyacen los imperativos de sancionar y reparar. Es de considera que el Dr. Cubas Barrueto;

[...] Entonces estamos hablando de una obligación de respeto, de abstenerse tanto agentes estatales como cualquier persona de cometer actos de violencia contra este colectivo, pero aun como lamentablemente los crimines de odio existen y se dan inclusive en las democracias más desarrolladas, debe trabajarse dentro de la obligación de garantizar, entonces ¿qué se puede hacer? Trabajar a nivel de prevención, es obligación de todos los estados prevenir las violaciones a los derechos humanos. [...] Si uno lo ve desde el punto de vista de política criminal, los estados deben trabajar en prevención general y en prevención especial. La prevención general tiene que ver con la reafirmación de los derechos y de los valores. Aquí entraría a tallar, con lo que dijimos hace un momento, una política de educación en materia de derechos humanos y el rol de los medios de comunicación como reafirmación de los

valores y reconocimiento de derechos, eso tiene que ver con la prevención general. Pero además tiene que ver con la prevención especial que entra a tallar luego de la comisión de hechos como un crimen de odio. Entonces importante aquí la obligación del estado de investigar y sancionar a todos los responsables de estos hechos de violencia bajo los estándares ya dados, la debida diligencia, que las investigaciones sean llevadas a cabo como un deber jurídico propio, con seriedad, en un plazo razonable, sean investigaciones serias, efectivas e imparciales. Entonces es necesario además capacitar tanto al personal del Ministerio Público como del Poder Judicial en estos temas, en igualdad y no discriminación, que pueda contarse con protocolos en los casos LGTBI.

Sin embargo, cabe la pregunta sobre ¿cuál ha sido la respuesta del Estado a las demandas de los colectivos LGBTI?, y en relación a ello, la Dra. Barrientos señala un breve resumen histórico sobre lo que se intentó hacer desde la comunidad, mediante la reforma constitucional del año 2002, sin obtener mayor éxito, desde entonces ha seguido la lucha por el reconocimiento y protección, no obstante se reconoce que mientras un partido se acerque a perfiles patriarcales, coadyuvado por un sistema político no democrático, menos posibilidades de protección y garantía de derechos existirá.

Si hacemos un historia de los reclamos, se intentó la reforma de la constitución, cuando Pease estaba de presidente de la Comisión de Constitución, se hizo un taller de aprendizaje con los congresistas, la idea de los colectivos era la de empujar un reforma que dijera no discriminar por orientación sexual, que sea un mención expresa, es mejor que se expresen y no dejarlas a criterio del juez, al final, Pease no quería que se sumaran más categorías que no tenían que ver con la sexualidad, entonces si habían tantas cosas que se debían de añadir, dijo “no, que no se añada y mejor que se diga que no se tiene que discriminar”, el proyecto de reforma fracasó, no se llevó a ningún lado, fue 2002, 2003. De ahí se ha querido implementar diversos proyectos como el de los crímenes de odio. Si hacemos una sistematización, primero fueron los intentos por modificar la constitución, de ahí bajaron a leyes penales, [...] en resumen, solo han logrado normas muy técnicas donde no ha tenido que haber debate congresal, alguna norma del código militar o las ordenanzas municipales, los colectivos han intentado cambios más pequeños, como modificar aquellas que decían expulsar a los homosexuales del distrito, pero a nivel de legislación ha sido nula. [...] Todo depende del grupo político, porque con autoritarismo, militarismo [...] no se puede aprobar. Cuando un partido se acerca más a un perfil patriarcal o más masculino, más homofobia interiorizada hay.

Asimismo, se reconoce que el Estado no ha tenido una política sostenible de garantizar derechos a las personas LGBTI, existiendo un desfase entre el discurso político de los gobernantes, y la violencia estructural por parte del Estado a la que se ven sometidos, tal es

el caso de Gahela Cari, quien, por su activismo y visibilidad, en numerosas protestas ha sido maltratada y golpeada por los policías, nos acota lo siguiente;

No es suficiente hablar bonito, esto no es un espacio solo de debate sino es un espacio de toma de decisiones y eso con respecto a las personas LGTBI, se ha tomado la decisión de ignorarnos, de no tomarnos en cuenta, decisiones de no legislar, de no elaborar políticas públicas a favor de nuestras vidas. El gobierno cree que con decir que “garantizaremos que ninguna persona viva homofobia” es suficiente, pero en la práctica hemos visto como no es suficiente porque después de lo que dijo Vizcarra -confundiendo además transfobia con homofobia en un discurso mal elaborado y mal aprendido-, los militares o los policías siguen violentando a las mujeres trans, siguen persiguiéndonos porque no nos ajustamos a lo binario. [...] Y ojo que la sentencia Azul Rojas vs Perú le exige al Estado a tomar acciones inmediatas con respecto a la policía y la justicia interna, y el Estado no está trabajando en medidas que se necesitan para garantizar la vida de las personas LGTBI, para mi este Estado es completamente homofóbico, transfóbico y lesbofóbico, patriarcal, muy poco le importa la vida de los LGTBI.

El profesor Cubas Barrueto, como especialista en derechos humanos, nos señala que la política estatal respecto a la garantía de derechos LGTBI, ha sido la invisibilidad y exclusión, asimismo nos pone al tanto de los Planes sobre Derechos Humanos en el Perú y la incorporación de reconocimiento de derechos a las minorías sexuales, no obstante, calificó que eso no es suficiente, además que depende de la voluntad política de la clase política de turno, incluso señala los aciertos y retrocesos en las sentencias del Tribunal Constitucional del Perú en materia de garantía del derecho a la identidad;

Lamentablemente lo que se ha suscitado en el Perú, es la invisibilización, y claro inclusive exclusión por parte del propio aparato estatal, recordemos por ejemplo el Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016 contemplaba y se había consensuado con la sociedad civil que se establezcan algunas políticas dentro del plan para tutelar algunos derechos de los LGTBI y sin embargo esto fue extirpado, es como si no existiese el colectivo LGTBI, esto fue observado por algunos comités de Naciones Unidas. El actual Plan de Derechos Humanos ya lo contempla, pero debe haber algunos lineamientos para seguir avanzando, se tiene que emprenderse una reforma, algunas medidas legislativas importantes, lo que el estado ha hecho es muy poco con respecto al reconocimiento del colectivo LGTBI, algunas sentencias del Tribunal Constitucional, en el año 2005, el caso Karen Mañuca, fue un avance importante ante la negativa de la expedición del DNI, pero posteriormente el año 2013 se emitió una sentencia que implicó un retroceso en lo que respecta al reconocimiento al derecho a la identidad, en el caso Mendoza, inclusive el Tribunal Constitucional estableció que la disforia

de género era una enfermedad. Ya en el 2015 se emite otra sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Ana Saldarriaga, se corrigen los errores, pero creo que el Tribunal Constitucional desperdició la oportunidad excelente para tutelar y seguir avanzado en el reconocimiento del colectivo LGTBI.

No cabe duda que son varias las aristas para contrarrestar la homofobia y el prejuicio, así como promover valores como tolerancia y respeto, sin embargo, las entrevistadas coinciden en señalar a la educación como uno de los factores más importantes, por ejemplo, para la Dra. Barrientos es imprescindible la educación, pero en conjunción con la familia, hecho que se vuelve problemático cuando existen contradicciones entre los planes educativos y las cuestiones ideológicas de las familias;

La educación es importantísima en cuanto a que educas desde la edad cero ¿no?, pero si dentro de la escuela no educas a la familia es como nada. Yo he sido parte del experimento de la reforma educativa de Velasco, Velasco llegó [...] al poder con un serie de medidas porque ya se estaba hablando de la igualdad de la mujer respecto al hombre y lo mete en la reforma educativa a partir del año 72' que sale la ley general de educación, etc, y llegan a todos los colegios, y entonces, en mi colegio que era solo de mujeres, recuerdo que se nos trató de educar en un sentido de igualdad respecto al varón y de salir del colegio como agentes de cambio social, teníamos un tarea política, no era vamos a enseñarte a tejer, leíamos Mariátegui, etc., todo esto era contradicho siempre por la asociación de padres de familia, entonces mientras el colegio tenía un plan que era asesorado por asesores directos del gobierno, todo lo deshacía la familia, era un colegio de clase alta y la idea de los padres de familia era totalmente conservadora, además que odiaban a Velasco. [...] La educación es una gran herramienta, pero no lo es todo, para cambiar estas estructuras culturales, socioculturales, necesitas meter adentro a la familia, porque mientras desde la escuela te están dando un mensaje, por el lado de la iglesia te están dando otro, por el lado de la familia te está dando otro, la televisión te está dando otro, entonces tenemos que tener controlados a todos los aparatos ideológicos del estado, y además de eso, de toda la cuestión de la ideología que es lo simbólico y cultural, tendría que haber también una contraparte material, ósea no se pueden pedir cambios culturales en una sociedad donde haya miseria o estructuras violentas, o en plena guerra. [...]

En esa misma línea, Gahela opina que la educación es un factor clave, lo considera como uno de los más importantes en poder lograr cambios;

[...] Aunque la educación es un arma de doble filo, pues puede servir para seguir continuando con sistemas de opresión como el clasismo, racismo o puede combatir esos sistemas de

opresión y caminar a un sistema con respeto e igualdad. Una educación radical, yo si soy radical al cuestionar el modelo educativo que permite la homofobia. [...]

En la misma línea, el Dr. Cubas Barrueto, ratifica a la implementación de la política educativa en conjunción con la labor de los medios de comunicación, acotando también que dentro de un estado laico, las posiciones religiosas deben ser excluidas cuando se aborden reconocimiento de derechos;

Es primordial. Lo comentábamos. Tiene que ser una política pública encaminada a la idea globalizada de dignidad humana. Y en todos los niveles. [...] Si bien hay sociedades más tolerantes, aunque no es un término que me guste usar porque yo creo que no cabe tolerancia cuando se trata simplemente del respeto del ejercicio de derechos de las personas, pero es un término que se utiliza [...] y luego esto debe ir acompañado del rol de los medios de comunicación. Es la única forma. Independientemente de la religión que pueda profesar, y eso es no es incompatible con el respeto del ejercicio de derechos fundamentales de otras personas. Es simplemente el reconocimiento de su dignidad.

Prosiguiendo con el esquema de la entrevista, un tema relevante es la legislación del matrimonio igualitario o la unión civil, toda vez que esta es una de las grandes reivindicaciones de todo el movimiento LGBT en el mundo, y por supuesto en el Perú también, máxime si varios estados en el mundo ya lo han aprobado (ver acápite 3.1.1 del capítulo II de la tesis). De igual manera, se preguntó por los efectos o consecuencias de que nuestro país no se haya legislado ninguna de las figuras jurídicas, al respecto la Dra. Barrientos nos comenta lo siguiente;

El efecto de que no se legisle a nivel social es la invisibilidad, no existe y no está reconocido, y para las parejas también, porque existiendo el matrimonio puede haber gente que no quiera casarse, está en su derecho, además que hay también dentro del movimiento una posición radical, de que ¿para qué nos vamos a estar casando si no nosotros siempre cuestionamos a la familia? [...] eso por un lado, teniendo la figura del matrimonio te protege en derechos, no dejas en el desamparo a tu pareja, la asistencia médica, las herencias, ahí estoy de acuerdo que se dé el matrimonio, no se puede dejar sin regulación y en cuanto si primero la unión civil o el matrimonio igualitario, todos los proyectos que han habido de unión civil han sido porque en ese momento no se podía históricamente hacer un matrimonio igualitario. [...]

En España, Aznar [Zapatero] les dijo al colectivo si ustedes lo desean el mes entrante les doy la unión civil porque había tal expresión de gente en la calle que pedía la legalización del matrimonio o la unión civil, entonces los españoles les dijeron que “no”, que se van por el

matrimonio igualitario [...] se quiso de frente matrimonio igualitario, sino deberían de pasar por lo menos 20 años para conquistar el matrimonio, porque es generalmente cuando has pasado un umbral histórico. Ahora sería absurdo la unión civil en el Perú, ¿ya para qué?, sería una unión de segunda clase, estas discriminando, ya todo el mundo tiene matrimonio igualitario, no son pasos consecutivos, de frente tiene que ser lo del matrimonio igualitario.

De igual manera, Gahela cree en el reconocimiento del matrimonio igualitario haciendo referencia a la OC 24/17 emitida por la Corte IDH que señala que cualquier figura jurídica distinta al matrimonio, pero que reconozca sus mismos efectos, resulta discriminatoria. Por otro lado, al igual que la Dra. Barrientos, para Gahela el matrimonio brinda seguridad jurídica a la relación y a la familia conformada por “dos personas del mismo sexo”, y al igual que los participantes de las familias homoparentales entrevistadas, aspira al objetivo del matrimonio como figura de protección de la familia y de la pareja, a fin de evitar el desamparo patrimonial y sobre todo, tener una intervención activa en la toma de decisiones más importantes referidas a la salud y vida de la pareja, derecho que es negado, pues no conforman parte de una relación con reconocimiento jurídico, afectando su derecho a conformar una familia.

[...] Cualquier fórmula distinta al matrimonio igualitario es discriminatoria y es lo que ha dicho la corte en la OC 24/17. En la práctica al ponerle candados a una institución como es el matrimonio de las personas homosexuales terminas generando limitaciones desde el hecho de criar a una persona dentro de esa unión, desde el hecho de tener restricciones para poder visitar a tu pareja enferma, desde el hecho de decidir donde se va a enterrar. Ahora en este contexto del Covid-19, ¿tenemos idea de cuántas parejas homosexuales han visto morir a su pareja sin poder decidir quién se queda con sus cenizas?, ¿sin tener la oportunidad de despedirnos de alguien a quien amamos?, esa es una consecuencia directa de no tener una figura que reconozca legalmente a las parejas de homosexuales y lesbianas que existen, están aquí, les guste o no le guste a los que están en contra, o a los políticos.

El matrimonio igualitario debe ser la figura que se legisle en el Perú porque así lo ha determinado la Corte Interamericana y el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es lo que señala el profesor Cubas Barrueto, en consecuencia, alguna figura jurídica distinta es discriminatoria de la dignidad de dos personas que tienen un proyecto de vida conjunto, debate jurídico en el que deben quedar fuera las posiciones religiosas o la “ética privada” como bien refiere el Dr. Cubas, el deber ser es el de una deliberación estrictamente sobre argumentos jurídicos;

[...] No puede hablarse de unión civil, ya lo estableció la Corte Interamericana, matrimonio igualitario, punto, a la luz de lo que establece el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y dado los lineamientos de la Corte Interamericana. Entonces ¿porque dos personas iguales en dignidad no pueden desarrollar un proyecto de vida en común?, ¿Quién es el estado? ¿Quién es la Iglesia para prohibirles eso?, si una persona no está de acuerdo con el matrimonio igualitario, entonces no te cases con una persona de tu mismo sexo, pero respeta el proyecto de vida que puedan tener dos personas iguales en dignidad. El nivel de satisfacción de derechos en el reconocimiento del matrimonio igualitario es un nivel altísimo y no perjudica a absolutamente a nadie. No solamente hay que someter estas situaciones a la luz del test de igualdad sino a la luz del nivel de satisfacción que conllevaría para un grupo de personas a un reconocimiento de derechos.

El Tribunal Constitucional ha establecido que las sentencias de la Corte Interamericana, además que las decisiones en general de los órganos internacionales de derechos humanos son vinculantes para el Estado, entonces ¿por qué ir paso a paso? ¿Por qué satisfacer los intereses de la Iglesia?, los aspectos de religión forman parte de la ética privada, estamos en un estado laico y no tienen nada que ver con políticas en materia de derechos humanos.

El no reconocimiento del matrimonio igualitario tiene relación directa con la negación de reconocimiento legal de las familias homoparentales y con los derechos de filiación de parejas que tienen hijos, pese a que ha quedado demostrado que estas familias existen en el Perú y en el mundo, desenvolviéndose como una familia convencional, con metas, objetivos y temores como grupo familiar y de ahí su importancia de reconocerlas, de lo contrario las condenamos a vivir al margen de la ley, lo que genera estereotipos y un andamiaje legal y social que las consideraría como familias de segunda categoría. Al respecto la Dra. Barrientos y Gahela respectivamente, nos refieren;

Bueno porque la familia homoparental ya existe, existen las parejas solas, las parejas con sus hijos, entonces ya eso existe de hecho, no es sino regular lo que está en la realidad, esa es la mejor cosa. En los años 70 había el concubinato y luego la separación de hecho, había realidades que existían y el derecho durmiendo la siesta, es una cuestión de reconocer. (Dra. Barrientos)

Porque eso nos ayuda a caminar hacia una sociedad más democrática y nos permite devolverle derechos que han sido históricamente negados a las parejas homosexuales, es una reparación que merecemos, ya que hemos sido perseguidos por la Iglesia y por un estado que no garantiza derechos, es fundamental e impostergable reconocer derechos de los LGBTI y no solo el matrimonio igualitario, sino la ley de identidad de género y la ley antidiscriminación. (Gahela)

El profesor Cubas Barrueto, parte de la diversificación de familias y eso ha quedado establecido en el caso Atala Rifo, de ese modo, todas las familias son pasibles de protección por parte de los Estados;

Porque hay distintos tipos de familias, lo estableció la Corte Interamericana en el caso Atala Rifo. Lo mismo, es tutelar reconocimiento. A ver, primero, las familias son distintas, una persona puede haber sido criada por el abuelo, por la abuela y eso es una familia que merece todo el nivel de protección que establece la Constitución y los tratados internacionales, entonces hay distintos tipos de familia porque hay distintos tipos de realidades. [...] Mas allá de lo que haya establecido la Corte Interamericana que hay distintos tipos de familia que merecen igual nivel de protección, esto se basa en el reconocimiento de ese proyecto de vida en común y el reconocimiento de la dignidad humana.

Como apreciamos, nuestro Estado en particular se encuentra desfasado en relación a otros Estados en cuanto a legislación que garantice los mismos derechos para todos sus ciudadanos, pero al mismo tiempo que proteja a los más vulnerables de la violencia y discriminación, de ahí que la pregunta realizada fue ¿Cuáles son los desafíos en nuestro país en relación a la garantía plena de los derechos para las personas LGBTI?, ¿ha existido algún avance legal o material al respecto, o por el contrario se han dado retrocesos?, la Dra. Barrientos, nos comentó;

El mayor desafío, en los dos aspectos; la afirmación de la no discriminación y la no violencia, la criminalización o la tipificación de aquellos delitos que se hacen por odio o por no tolerancia de orientación sexual, y por otro lado, el reconocimiento de fórmulas de familia diversas, incluso habría que ver si existen aparte de los homosexuales otros tipos de familias en este país sobre todo en otras culturas para poder legislar de una vez sobre la diversidad de familias que existen y no crean que estamos en el modelo único. Son los principales desafíos y una cuestión fundamental es la no tolerancia contra la violencia, creo que ahorita está que se trabaja mucho sobre ese punto en la prevención contra la violencia de género, un vez que empiecen a removerse las cuestiones de género, y cuando digo género no solo me refiero a la mujer sino también al varón, y cuando se acepten otro tipo de masculinidades, cuando bajemos el volumen a la violencia de género, eso va a repercutir en la temática LGTB.

Para Gahela, se han dado algunos avances a nivel estatal, pero que no son en lo absoluto suficientes, y en el mismo sentido que la opinión de la Dra. Barrientos, se buscan derechos que garanticen la vida de las personas LGTBI, que reconozcan legalmente sus familias, pero además se invoca la capacidad punitiva del estado para aquellos que transgreden sus derechos,

por eso resulta importante la legislación de los crímenes de odio y una verdadera capacidad de investigación de sanción y de condena por parte del estado para que las muertes de las personas LGTBI, fundamentalmente de los más visibles, los trans femeninos, no queden impunes o que se vean como crímenes pasionales, restando relevancia a la problemática de la violencia por odio o por prejuicio en contra de este grupo.

Hay pequeños avances como el decreto legislativo 1323, [...], sin embargo, son insuficientes, necesitamos cambios más radicales, así le temamos a esa palabra radical, es lo que necesitamos, que se cuestione la raíz del problema, que se quiebre ese sistema que genera desigualdad. Un pequeño dispositivo legal no es suficiente para cambiar la vida de las personas LGTBI, necesitamos en realidad políticas públicas integrales, constantes, permanentes, preventivas y sancionadoras para garantizar la vida de las personas LGTBI, necesitamos de parte del estado que haga su trabajo y de parte de la sociedad civil necesitamos disputar espacios y organizarnos, necesitamos estar presente en las escuelas profesionales en el congreso, gabinete, ministerios, en cada uno de los espacios en los que se toman decisiones, construir un sistema distinto. Tenemos claro que este sistema no ha funcionado y lo saben perfectamente nuestros cuerpos, la discusión es ¿hacia dónde caminamos?, y que los derechos de las personas LGTBI no sean negociados ni postergados unos 10, 15, 50 años más, no podemos llegar hacia el bicentenario replicando sistemas de opresión como la homobitansfobia.

Por otro lado, el profesor Cubas Barrueto explica la reticencia por parte del Estado, en aplicar el control de convencionalidad (Poder Judicial y RENIEC), señalando como falencia la falta de capacitación en derechos humanos de sus funcionarios;

Desafíos, yo creo implementar una política pública en materia de derechos humanos, eso es básico. El tema que pueda persuadirse a que los medios de comunicación que coadyuven con el Estado a construir ciudadanía, globalizando la idea de dignidad humana. Creo que eso para empezar y eso no tiene por qué costar al estado. Eso como primer punto; y luego que en todos los casos tanto el Poder Judicial como la justicia constitucional conozcan situaciones donde puedan empezar a cambiar las cosas y lo hagan sin que les tiemble la mano, sin pensar en las repercusiones que puedan tener por parte de grupos religiosos que se meten en el reconocimiento de derechos al colectivo LGTBI o los derechos sexuales o reproductivos. Los jueces son independientes en la medida que están sometidos a la Constitución y a los tratados internacionales y eso es, y se legitiman a través de sus resoluciones judiciales.

[...] Dando cumplimiento a lo que establecen los tratados internacionales, se debe legislar sobre el matrimonio igualitario, además una ley de identidad personal y remover todos los

obstáculos para permitir el cambio de nombre o de sexo, o una modificación del Código Civil, pero si el Congreso no lo hace, entonces que sean los demás organismos, llámese Poder Judicial, RENIEC, pero justamente para ello se requiere que sus propios titulares empoderen a los funcionarios. [...] Recordemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció a partir del caso Gelman, la obligación de que todos los agentes estatales deben aplicar control de convencionalidad. Lo que se requiere es empoderar a todo el aparato estatal, inclusive, los derechos fundamentales pueden violarse en la esfera privada también, y aplicar control de convencionalidad. Tutelar el principio *pro homine*.

Finalmente, conocemos que en los últimos años en diversos países del mundo se han gestado grupos en extremo conservadores, de ultraderecha, quienes manejan una agenda política intolerante y que niegan todo cambio legal a fin de reconocer derechos a las personas LGBTI, además de ser férreos opositores a las reformas educativas en materia de sexualidad, pero que también se caracterizan por la misoginia, teniendo como principal base teórica y de acción, los postulados de la religión, en relación a esta problemática, la Dra. Barrientos opina;

[...] Los grupos ideologizados, grupos anti derechos, ellos están organizados no solo como grupo de gente de pie que te va a atacar sino ellos van a hacer sus negociaciones políticas, y tratan de hacer incidencia política, el problema es que estos grupos no solamente atacan a lo LGTB nomás, también quieren recortar los derechos a la mujer y si le sumas ambas cosas, en el fondo lo que están haciendo es atacar los principios democráticos y a los DD.HH también, porque no les interesa a ellos las posiciones liberales, no son liberales ni socialista, son gente que tiene que ver con la crisis política que hay ahora de la democracia como sistema representativo [...] Eso está muy a la moda y es un peligro contra la democracia, no solo contra lo LGTB, esto simplemente es un indicador.

Al preguntar a nuestros entrevistados, respecto a los grupos anti-derechos, todos coincidieron con que estos grupos en realidad socaban los principios democráticos, no solo es la cuestión de lo LGTBI, ello es solo una parte de sus objetivos como bien menciona Gahela.

Hasta unos meses se subestimaba mucho este sector anti-derechos, se creía que estos grupos iban solo por las mujeres y los LGTBI, pero se ha demostrado que estos grupos de poder no solo van por las mujeres y LGBTI sino por el poder económico, por la defensa del estatus quo, que significa seguir un modelo económico basado en la explotación de la riqueza y de nuestros cuerpos, de territorios indígenas, de cuerpos que son asesinadas por feminicidios, de cuerpos como los de los LGTBI que son asesinados por crimines de odio. [...] Estos grupos anti-derechos en la práctica sustentan una amenaza real por la economía y para la

democracia de este país, son una amenaza real para todos aquellos, aquellas y aquellos que no nos justamos a su concepción “natural de vida”. [...] Son grupos poderosos y peligrosos.

Para el profesor Barrueto, los grupos que se oponen al reconocimiento de derechos, especialmente al de las minorías sexuales deben ser excluidos del debate jurídico al tener criterios dogmáticos y no argumentos jurídicos;

[...] Son opositores al reconocimiento de derechos, pero yo creo que en la medida que el estado cumpla con su obligación de formar buenos ciudadanos y educar en derechos humanos a las personas y eso cae por su propio peso, y bueno es simplemente, que el estado no debe darles cabida. [...] Pero cuando se trata de reconocimiento de derechos ni siquiera los escucharía. La discusión debería de ser desde el punto de vista jurídico de los derechos humanos y no hay argumento. [...] El colectivo LGTBI son personas iguales en dignidad no hay justificación objetiva para no reconocer derechos.

Luego de compartir los comentarios de los entrevistados, podemos llegar a los siguientes resultados generales que demuestran que las personas LGBTI son un grupo en situación de vulnerabilidad, coincidiendo con la postura personal en la presente tesis, así tenemos que, uno de los principios de funcionalidad de un estado democrático se encuentra en la garantía y respeto de los derechos humanos, no obstante, en los sistemas democráticos siguen existiendo brechas de desigualdad entre la población, y en el caso en particular, existe una certeza de la desigualdad en el “ejercicio de derechos humanos y fundamentales de las personas LGBTI”, teniendo esto un impacto directo en la consecución de su plan o proyecto de vida personal que implica el reconocimiento de sus uniones y las familias que conforman.

Asimismo, existe un consenso uniforme en determinar que las personas LGBTI son un grupo en situación de vulnerabilidad, profundizándose esto cuando concurren una serie de variables que generan los grupos de bivalencia, es decir el agregado de condiciones o factores adicionales además de la principal causa de discriminación, que los hacen aún más vulnerables; no obstante ello, se ha concluido que las personas trans son las más afectadas del grupo, por la vulneración sistemática que sufren en contra de sus derechos, siendo el más importante de ellos, el de su identidad no reconocida formalmente además de ser frecuentemente víctimas de los denominados crímenes de odio, que oscilan entre golpizas, tratos denigrantes, tortura y hasta la muerte, situación que se ha normalizado en los estado que no han legislado o tipificado estos crímenes como agravantes.

Por otro lado, en los Estados que no han reconocido el matrimonio igualitario ni uniones civiles, la política los ha invisibilizado, cuando no excluido de los planes de derechos humanos, limitando el efectivo goce y ejercicio de los derechos de este colectivo, así se tiene que los derechos y/o demandas de las personas LGBTI siempre se encuentran en dependencia de la voluntad política del grupo gobernante de turno, agravándose más la situación cuando los partidos políticos ostentan figuras patriarcales y autoritarias, pues estos serán más reticentes a reconocer derechos a las minorías en general, y minorías sexuales en particular, demás se concluye que los agentes del estado siguen vulnerando derechos de las personas LGBTI, especialmente la integridad física, psicológica y sexual, como lo sucedido en el Perú con el caso Azul Rojas Marín. Finalmente, los desafíos del estado peruano son: la afirmación de la no discriminación y no violencia contra las personas LGBTI, así como la tipificación de delitos de odio, además de regular el matrimonio igualitario y protección de las familias homoparentales.

ESTADO DEMOCRÁTICO

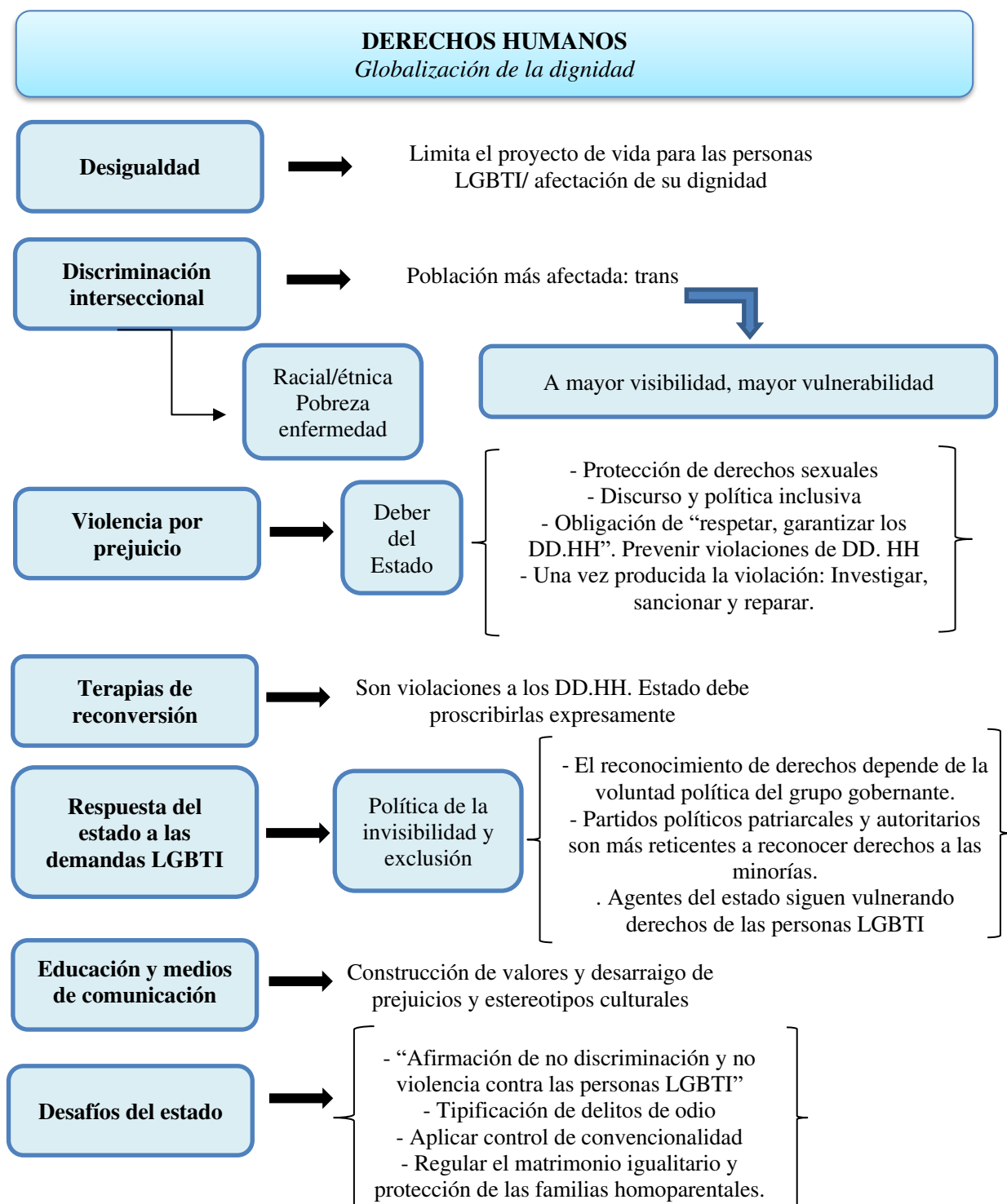


Figura No. 8 Conclusiones generales de las entrevistas a especialistas.

Fuente: Elaboración propia.

2.2 Problema general: *¿Cuáles son los alcances del desarrollo jurisprudencial e interpretativo que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las legislaciones nacionales respecto del reconocimiento de derechos de parejas del mismo sexo bajo los principios de igualdad y no discriminación?”*

Hipótesis General

H_G= La interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos que realizan los jueces del TEDH y de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que llevan a cabo los jueces de la Corte IDH, ha demostrado tener mayor alcance de reconocimiento y protección de la familia constituida por personas del mismo sexo, que lo propiamente expresado en los tratados (CEDH y CADH).

De la jurisprudencia analizada, se comprueba que son los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos quienes interpretan de manera más garantista sus tratados internacionales, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos respectivamente. Existen avances en la protección y garantía de las minorías sexuales, no obstante, la Corte IDH contempla una posición más garantista que su par europeo. A continuación, se precisará los alcances de las sentencias del TEDH y de la Corte IDH.

I Tribunal Europeo de Derechos Humanos

1. Despenalización de las relaciones homosexuales/ Protección de la vida privada.

Como cuestión previa, en relación al Sistema Europeo de Derechos Humanos, la Comisión recibió los primeros casos relacionados a las minorías sexuales desde el año 1955 (Manzano, 2012), siendo el primer caso, el de *X c. República Federal de Alemania. Aplicación 104/55, sentencia del 10 de octubre de 1955*, el señor *x* había sido condenado el 23 de setiembre de 1954 por el artículo 175 del Código Penal de Alemania Federal (delito de homosexualidad), ante ello, el demandante manifestó la violación al artículo 8° (derecho al respeto a la vida privada y familiar), artículo 14° (Prohibición de discriminación) entre otros derechos garantizados en el Convenio. La Comisión resolvió declarar inadmisibles las peticiones por no haber vulneración del artículo 8° en relación al artículo 14 del Convenio, toda vez que esta permite a los estados parte, que su legislación pueda penalizar la homosexualidad sin que ello implique un trato discriminatorio, si es que el bien a proteger es la moral y la salud pública, con criterio similar resolvió la Comisión en el caso *X c. República Federal de Alemania. Aplicación 5935/72, sentencia del 30 de setiembre de 1975*, en el cual el demandante había

sido condenado a prisión en aplicación del artículo 175 del código penal de Alemania Federal por mantener relaciones sexuales con otros hombres, siendo algunos de ellos adolescentes, la controversia giró en torno a la vida privada, señalando la Comisión, que la actividad sexual de una persona pertenece a su vida privada, no obstante, de acuerdo al párrafo 2 del artículo 8° esta puede sufrir interferencia del estado si es que se busca proteger un fin legítimo como la protección de los menores, este hecho impactaría en la vida privada del señor x., no existiendo violación del artículo 8° ni del artículo 14°. En consecuencia, las sanciones penales constituyen medios proporcionales con el objeto perseguido, no existiendo prima facie, discriminación ni interferencia en la vida privada.

Posteriormente, el Sistema Europeo modifica su posición respecto a la prerrogativa que tienen los Estados de legislar sobre leyes de sodomía, invocando el *margen estrecho* cuando se decida por las interferencias al derecho de la vida privada que incluye la vida sexual de acuerdo a lo prescrito en el artículo 8° del CEDH, por tanto, opinó que la sola existencia de legislación penal sobre delitos de sodomía constituía una intromisión continua y directa en el derecho de hombres gais, señalando además que la injerencia en la esfera íntima debe responder a un fin legítimo, ser necesaria y proporcional, en el caso “*Dudgeon c. Reino Unido. Aplicación 7525/796, sentencia del 22 de octubre de 1981*”, el Tribunal precisó que “invocar la moral resulta ser un fin legítimo, además que se reconoce que los Estados tienen un margen de apreciación amplio para efectos de determinar la moral de su sociedad, pero este no puede ser ilimitado, debe ser proporcional y no puede por sí mismo justificar la aplicación de sanciones penales cuando son adultos que lo consienten libremente”.

La defensa de los Estados, en los casos de penalización de relaciones homosexuales, ha sido que dichas leyes son en teoría “letra muerta”, es decir que no se aplicaban desde hace mucho. Sin embargo, este argumento para el Tribunal no era una prueba irrefutable de que el Estado no persiguiera las conductas homosexuales, así en el caso “*Morris c. Irlanda. Aplicación no. 10581/83) 26 de octubre de 1988*” y “*Modinos c. Chipre. Aplicación no. 15070/89, sentencia del 22 de abril de 1993*”, señaló que una ley no derogada, aunque no se haya aplicado durante mucho, siempre estaba latente de aplicación, por ejemplo, con motivo de un cambio de política, constituyendo las leyes de sodomía una afectación desproporcional de acuerdo al fin que se persigue.

Por otro lado, el Tribunal señaló de manera expresa que la orientación sexual corresponde a un aspecto íntimo de la vida privada, no siendo esto ilimitado, sino que resultan cuestionables ciertos actos sexuales consensuados entre personas del mismo sexo en privado, cuando de

estos puede resultar una “afectación a la integridad física de los participantes”, la afectación a la salud pública, o tiene como fin la distribución de videos de esas actividades, tal es el caso de “*Laskey, Jaggard y Brown c. Reino Unido. Aplicación no. 21627/93; 21628/93; 21974/93 19 de febrero de 1997*”, en el cual el Tribunal no consideró desproporcional la injerencia del Estado el haber condenado a los participantes de orgías sadomasoquistas homosexuales, pues existía un fin legítimo a proteger, como la salud pública en el sentido del artículo 8 párr. 2 de la Convención. En este caso en particular, tuvo más peso la salvaguarda del fin legítimo que la autonomía personal del particular que consentía esas prácticas sadomasoquistas.

2. Homosexualidad y relaciones familiares.

La homosexualidad en el primer periodo de resoluciones del TEDH solo tenía relación con el reconocimiento que la vida sexual y la orientación sexual como derecho a la vida privada amparada por el artículo 8° del CEDH, sin embargo, en el segundo periodo de resoluciones del TEDH, se discute sobre la disyuntiva de si las parejas del mismo sexo, en una unión estable pueden estar amparadas por el artículo 8° del CEDH en el extremo de la protección del derecho a la “vida familiar”. En el caso “*X, Y y Z c. Reino Unido. Aplicación no. 21830/93, sentencia del 22 de abril de 1997*”, el Tribunal precisó que la noción de "vida familiar" del artículo 8° no se limita únicamente a las familias basadas en el matrimonio sino que este abarca otras relaciones de hecho, incluida la de los transexuales a quienes el Estado tiene la obligación de reconocerles su identidad sexual e incluso sus derechos parentales, sin embargo, el artículo 8° del CEDH no puede interpretarse como “una obligación del Estado de reconocer formalmente como padre de un niño a una persona transexual que no es el padre biológico”.

El caso que reviste mayor importancia en la presente tesis, por abordar la problemática de la parentalidad de niños al cuidado de padres gay o lesbianas es sin duda “*Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal. Aplicación no. 33290/96, sentencia del 21 de diciembre de 1999*”, en el cual el Tribunal concluyó que Corte de Apelaciones de Lisboa llevó a cabo una diferencia de trato en desmedro del señor Salgueiro Da Silva por el solo hecho de su orientación sexual, actuación que no pasó por el test de proporcionalidad y razonabilidad, “toda vez que la diferencia de trato será discriminatoria en el sentido del artículo 14 si no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo y si los medios empleados no son razonablemente proporcionales al fin perseguido”.

En cuestión de adopción de menores de edad por parejas LGBT, el Tribunal no parece haber tenido uniformidad en su línea jurisprudencial, así se revisaron casos en los cuales el Tribunal considera un trato discriminatorio el hacer referencia a la orientación sexual del adoptante, y en otros casos no considera arbitraria la denegatoria de la adopción por salvaguardar el interés superior del niño, así tenemos el caso “*Frette c. Francia. Aplicación no. 36515/97. Sentencia del 26 de febrero de 2002*”, caso en el que se resolvió sobre la denegación de adopción de un menor por parte de un hombre gay soltero. En este caso como en el de Salgueiro, el TEDH resuelve en base al principio del “interés superior del niño como fin legítimo a salvaguardar”, no obstante, señaló que el Convenio no garantiza el derecho a adoptar, añadiendo que el artículo 8° sobre el derecho de respeto de la vida familiar presupone la existencia de una familia y no salvaguarda el mero deseo de fundar una. En este caso, el Tribunal se refiere a los argumentos de la comunidad científica en cuanto a las consecuencias de crianza de niños por parte de padres homosexuales o lesbianas, no llegando a una conclusión sobre el contenido de los estudios, sino más bien refiriéndose, que no existen suficiencia de estudios para determinar si la crianza de hijos por padres homosexuales es perjudicial para ellos, por lo que el Tribunal consideró que la denegatoria de la adopción que tuvo como fundamento la orientación sexual y la poca empatía ante la llegada de un niño del señor Frette, estuvo limitada al interés superior del niño susceptible de adopción, no vulnerándose el principio de proporcionalidad, dejando la evaluación de las adopciones al margen de apreciación de cada estado.

En otro caso sobre denegatoria de adopción del hijo de la pareja, “*X y otros c. Austria. Aplicación no. 19010/07. Sentencia del 19 de febrero de 2013*”, el Tribunal aceptó el argumento del Estado sobre su objetivo legítimo de salvaguardar y proteger a la familia tradicional, considerando ello como una razón legítima que justifica una diferenciación de trato, al igual que la “protección del interés del niño”, pero no consideró la medida como proporcional por cuanto el Estado no proporcionó razones convincentes para demostrar que “la exclusión de la adopción por un segundo progenitor de una pareja del mismo sexo responde al interés de proteger la familia tradicional, cuando al mismo tiempo se permite esa posibilidad en una pareja no casada de distinto sexo, siendo esa distinción incompatible con el Convenio”.

Se destaca también el caso “*E. B. c. Francia. Aplicación no. 43546/02. Sentencia del 22 de enero de 2018*” precisando el TEDH, que el artículo 8° del Convenio debe de entenderse en un sentido amplio, es decir, también protege el derecho a la autodeterminación, al nombre, la

identificación del sexo, la orientación sexual y la vida sexual. En este caso sobre adopción, a diferencia de Frette, la referencia sobre el "estilo de vida de la demandante", presupone que su orientación sexual fue el centro de las deliberaciones, siendo este el factor decisivo de la denegatoria de la adopción, lo que implicó una diferencia de trato, vulnerándose el artículo 14 del Convenido conjuntamente con el artículo 8°. El Tribunal ha sido enfático en todas sus sentencias en precisar que la orientación es una categoría protegida no solo por el artículo 8° sino por el artículo 14°, por tanto, para hechos de diferenciación el Estado tiene un margen de apreciación estrecho.

3. Matrimonio igualitario.

La figura del matrimonio de mujer transexual y un hombre se abordó en el caso "*Christine Goodwing c. Reino Unido*. Aplicación no. 28957/95. Sentencia del 11 de julio de 2002", en el cual el Tribunal expresó su preocupación por los graves problemas que padecen los transexuales, subrayando la pertinencia de adoptar medidas jurídicas apropiadas que les garanticen todos sus derechos y una vida digna de acuerdo con la identidad sexual elegida. Por otro lado, el Tribunal señaló que el artículo 12° del Convenio "garantiza el derecho fundamental de un hombre y una mujer a casarse y fundar una familia", sin embargo, reconoció que fundar una familia no es una condición sine qua non para reconocer el matrimonio, en consecuencia, un transexual con una identificación legalmente reconocida debe disfrutar del derecho a contraer matrimonio en cualquier circunstancia, de lo contrario se vulneraría el artículo 12 de la Convención.

Otra de las controversias que resolvió el Tribunal, fueron los casos de denegatoria de sucesión de arrendamiento a la pareja superviviente del mismo sexo, consecuencia del no reconocimiento de las uniones civiles o matrimonio en los Estados demandados, así tenemos el caso "*Karner c. Austria*. Aplicación no. 40016/98. Sentencia del 24 de octubre de 2003", en el cual el Tribunal reconoció una diferenciación de trato entre las parejas homosexuales y las heterosexuales en la sucesión de arrendamiento, reiterando que "la protección de la familia en el sentido tradicional es una razón de peso y legítima que podría justificar una diferencia de trato, sin embargo, dicha diferenciación no resulta proporcional al fin que se busca proteger". En "*Kozak c. Polonia*. Aplicación no. 13102/02. Sentencia del 2 de junio de 2010", el Tribunal reconoce el "hogar" que conforman dos personas del mismo sexo que cohabitan en una relación, resultando aplicable el artículo 8° en relación al artículo 14 del Convenio, al igual que en el caso Karner, la diferenciación de trato por orientación sexual para excluir a las parejas homosexuales de la sucesión debe ostentar la protección de un fin legítimo, además

que la medida debe ser objetiva, razonable y proporcional, en ese sentido, para el Tribunal “no es aceptable la exclusión general de las personas que viven en una relación homosexual” de la sucesión por el solo hecho de proteger a la familia tradicional, pues no resulta razonable ni proporcional al fin perseguido, ya que El Estado debe de asegurar el respeto de la vida familiar, teniendo en cuenta el avance de la sociedad y las modificaciones en los paradigmas sociales del estado civil y de las relaciones sentimentales y familiares.

Caso distinto al de *Christine Goodwing*, referente al matrimonio de un transexual reconocido legalmente, es el de *Shalk y Kopf c. Austria*. Aplicación no. 30141/04. Sentencia del 22 de noviembre de 2010, en el cual realiza una interpretación histórica y sistemática del artículo 12° del Convenio (derecho al matrimonio), considerando al “Convenio como un instrumento vivo que ha de interpretarse en las condiciones actuales”, no obstante no existe hasta la fecha de la presentación del caso, consenso europeo sobre el matrimonio igualitario, en razón a ello, el Tribunal recurre al artículo 9 de la “Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”⁶⁵ que otorga a los Estados la decisión de legislar o no sobre “el matrimonio entre personas del mismo sexo”, quedando en claro que no se exige de forma explícita su aprobación, siendo este reconocimiento discrecional de cada Estado parte. Más allá de la posición del Tribunal sobre la no imposición del matrimonio igualitario a los Estados, lo relevante de esta sentencia es que el Tribunal ratifica una vez más que la relación entre dos personas del mismo sexo, constituye “vida privada”, no obstante, se discutió sobre su esta relación debería ser considerada como “vida familiar” de acuerdo al artículo 8° en relación al artículo 14° del Convenio, señalando el Tribunal que “una pareja del mismo sexo que viven juntos en una unión estable está incluida en el concepto de «vida familiar», igual que lo estaría una pareja de distinto sexo en la misma situación”. Tres años después, en el caso *X y otros c. Austria*, el Tribunal vuelve a ratificar que el artículo 12 del Convenio no conmina a los Estados parte a reconocer a las parejas del mismo sexo, el derecho al matrimonio, de ahí que no hay un derecho al matrimonio entre estas parejas de acuerdo al artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio.

El Tribunal reconoce que las personas homosexuales son pasibles de tratos discriminatorios que si bien, en algunos casos, responden a un fin legítimo, las medidas adoptadas no son razonables ni proporcionales por lo que insta a los estados a imponer obligaciones positivas para garantizar el respeto de los derechos de estos grupos en relación al artículo 8° del Convenio, este es el caso de “*Oliari y otro c. Italia*. Aplicaciones nos. 18766/11 y 36030/11).

⁶⁵ **Artículo 9 (Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia)**. “Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

Sentencia de 21 de octubre de 2015”, en el cual el Tribunal es explícito en señalar que el criterio de “vida privada” en relación a la identidad u orientación sexual de la persona, “el margen concedido al Estado es restringido”, no obstante, si no existe consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa el margen será más amplio. En este caso, el Tribunal no reconoce el matrimonio igualitario como una imposición convencional, pero si exhorta a los Estados a que regulen “otro tipo de uniones” que invistan de reconocimiento jurídico y protección a la relación de personas del mismo sexo, ya que considera que la “necesidad de recurrir reiteradamente a los tribunales nacionales para pedir la igualdad de trato respecto de cada uno de los múltiples aspectos que atañen a los derechos y deberes de una pareja, especialmente en un sistema de justicia sobrecargado como el de Italia, constituye un obstáculo a los esfuerzos de los demandantes por lograr el respeto de su vida privada y familiar”, considerando el Tribunal que el Gobierno italiano se ha excedido en su margen de apreciación y no ha cumplido su obligación de asegurar que los demandantes dispongan de legislación que les otorgue el reconocimiento y amparo de sus uniones.

Finalmente, en los casos “*Aldeguer Tomás c. España. Aplicación n° 35214/09, sentencia del 14 de junio de 2016*”, *Charpentier c. Francia. Aplicación no. 40183/07, sentencia del 09 de setiembre de 2016*, el Tribunal ratifica una vez más que “el Convenio no obliga a los Estados a otorgar el derecho al matrimonio a las parejas homosexuales”, de aquí que los derechos que deriven del matrimonio no constituirán un trato discriminatorio o diferenciado entre parejas homosexuales y parejas heterosexuales, no vulnerándose el artículo 14° del Convenio en relación con el artículo 8°.

El segundo periodo, denominado el del reconocimiento limitado o restringido en materia de derechos de las personas LGBT, implica la protección de las relaciones estables de pareja como pasibles de ser protegidos por el derecho a la vida familiar, no obstante no se reconoce el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar, finalmente, el tercer periodo, el del consenso europeo, implica dejar a los estados a que legislen sobre el matrimonio igualitario, pues el TEDH no interpreta el artículo 12 del Convenio⁶⁶ como un derecho al matrimonio por parte de las personas LGBT, aduciendo a que no existe consenso sobre este tema en todos los estados parte del Convenio. Si bien el Tribunal no obliga a los estados a aceptar el matrimonio igualitario, si los exhorta para legislar sobre alguna figura distinta al matrimonio que reconozca jurídicamente a estas uniones.

⁶⁶ “**ARTÍCULO 12 (Derecho a contraer matrimonio).** A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

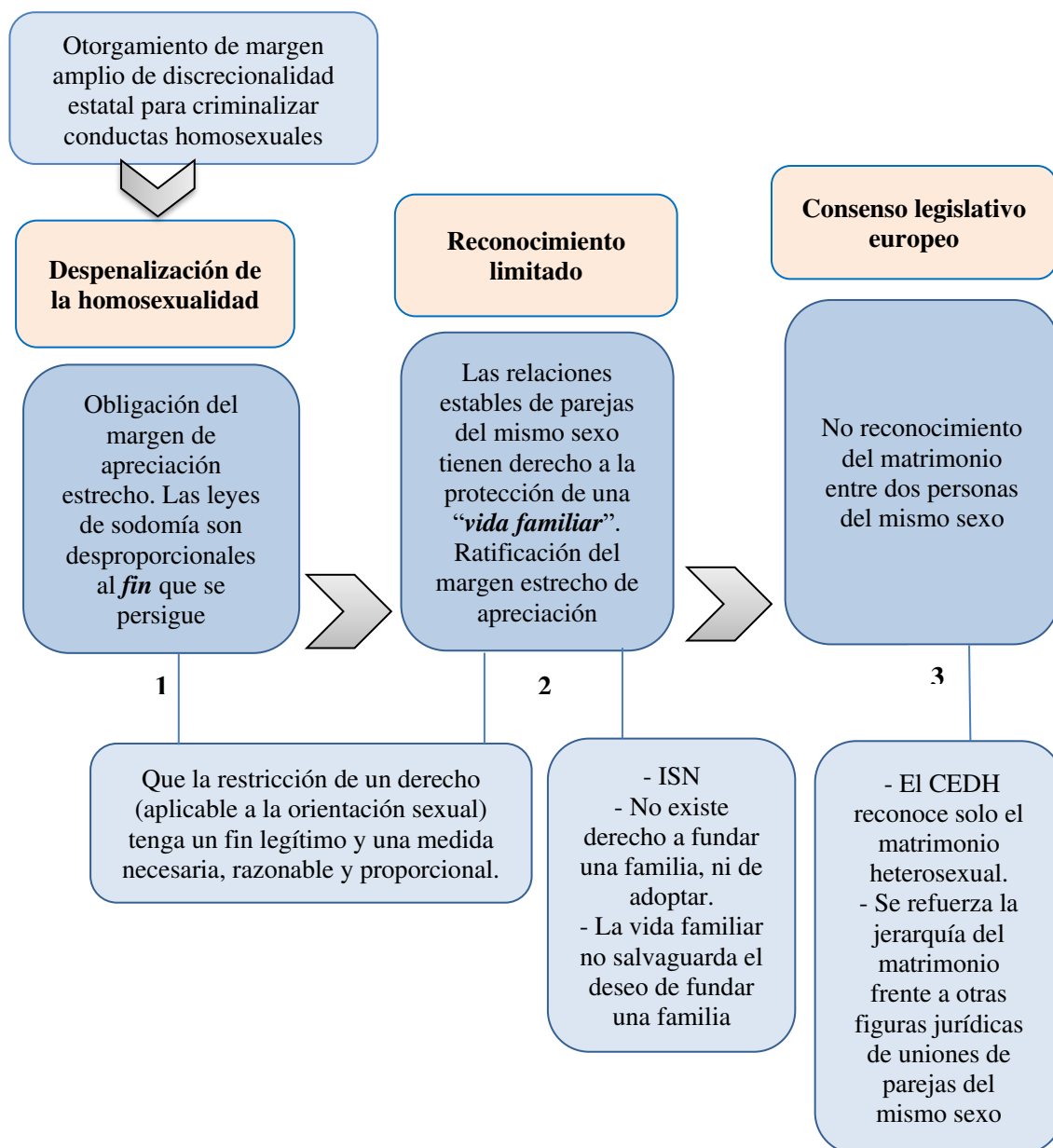


Figura No. 9 Periodos sobre la interpretación garantista a favor de las personas LGBT en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Fuente: Elaboración propia.

II Corte Interamericana de Derechos Humanos

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tenemos el caso emblemático “*Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile (12.502). Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)*”, que hasta la fecha es el principal precedente en materia de derechos parentales a personas LGBT, además de señalar por primera vez que los criterios establecidos en el art. 1.1 de la Convención American de Derechos Humanos

(CADH) no son taxativos, entendiéndose por “*otra índole social*” la incorporación de nuevas condiciones como la categoría orientación sexual, ello tomando en cuenta que la “igualdad se desprende de la naturaleza de género humano y es inseparable de la dignidad de la persona”.

Resulta relevante la interpretación que hace la Corte de los derechos de los niños en el caso Karen Atala a la luz de la Convención sobre los derechos del niño, así el análisis del “principio del Interés Superior del Niño” considerado como un fin legítimo en sí mismo, pero que no podrá ser utilizado por parte de la judicatura para justificar algún tipo de discriminación en contra del padre o madre por su orientación sexual, también resulta importante la conclusión de la Corte IDH sobre la discriminación sufrida no solo de la señora Atala, sino la de sus menores hijas de acuerdo al art. 2 de la Convención sobre los derechos del niño.

Otro punto es el análisis sobre el derecho a la vida privada, que al igual que su par europeo, señala que el “derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y puede ser restringido por el Estado siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias, persiguiendo un fin legítimo y cumpliendo con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad necesarias en una sociedad democrática”.

La Corte IDH también resolvió sobre la pensión de viudez de la pareja superviviente de una relación entre parejas del mismo sexo, este fue el “*Caso. 12.841, Duque Vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*”, la Corte IDH invocando el “principio de igualdad ante la ley y la no discriminación” como norma del ius cogens señala que el Estado se encuentra obligado a garantizar los derechos del demandante bajo el art. 24 de la CADH que protege el derecho a “igual protección de la ley”, hecho que ha soslayado el Estado demandado al no haber brindado motivos objetivos ni razonables para mantener dicha diferenciación en el acceso a la pensión del cónyuge o compañero permanente superviviente entre parejas heterosexuales y las del mismo sexo, siendo el principal fundamento una categoría protegida como lo es la orientación sexual, afectando con aquella aplicación normativa al señor Duque. No obstante, la Corte IDH, no se pronuncia sobre si el señor Duque y su pareja constituían una familia o si su relación estaba amparada por la protección a la vida familiar, cuestión que por ejemplo, si determinó el TEDH en las sentencias sobre subrogación de arrendamiento de parejas supervivientes del mismo sexo.

Por otro lado, similar al caso “*Smith y Grady c. Reino Unido. Aplicaciones no 33985/96 y 33986/96, sentencia de 27 de diciembre de 1999*”, en relación al castigo por conductas homosexuales en establecimientos castrenses resuelto por el TEDH, la Corte IDH tuvo oportunidad de pronunciarse en el caso “*Flor Freire Vs. Ecuador. Sentencia de 31 de agosto de 2016 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*”, en el cual ratificó el deber del estado de ofrecer protección contra prácticas que mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias de acuerdo al artículo 1.1 y al 24 de la Convención. Un tema que llama la atención es la referencia a la orientación sexual percibida, ya que amplía el marco de protección de este criterio, pues no solo será protegida la orientación sexual real, sino además la de aquellas personas que no se reconocen con una orientación no heterosexual, pero por diversos motivos (prejuicios y estereotipos) pueden ser percibidas como tales y en virtud de esa apreciación pueden padecer de discriminación. La Corte es contundente al precisar que la legislación diferenciadora entre inconductas sexuales entre personas del mismo sexo y entre heterosexuales dentro de una institución militar constituye una contravención a la Convención cuando esta no es proporcional al fin legítimo.

Asimismo, es crucial la referencia que hace la Corte IDH sobre el derecho a la honra y la reputación, ambas relacionadas al principio de dignidad humana y cómo se pueden ver afectadas por procesos disciplinarios (relaciones homosexuales) que los culpen y afecten en su proyecto de vida, en el caso Flor Freire, la Corte señaló que el proceso disciplinario menoscabó su “derecho a la honra y su reputación”. Es relevante este último aspecto, ya que no existe mucha jurisprudencia de la Corte que desarrolle el inciso 1 del artículo 11 de la Convención, a parte de los casos “*Hermanos Gómez Paquiyaury Vs. Perú*, Sentencia del 8 de julio de 2004, *Tristán Donoso vs. Panamá*, sentencia del 27 de enero de 2009” y “*Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, sentencia de fecha 26 de mayo de 2010”.

Finalmente, hacemos referencia al último caso resuelto por la Corte IDH en el cual se destaca la discriminación como castigo por alejarse de lo que se considera “normal”, que tiene como principal causa los discursos de odio que terminan en ataques violentos contra las personas LGTBI, hacemos mención del caso “*Azul Rojas Marín y otra vs. Perú. Sentencia de 12 de marzo de 2020. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*”, cuya importancia radica en la consideración de grupo históricamente vulnerable y los flagelos como castigos impuestos por la sociedad y el Estado por considerarlos fuera de la norma o de la heterosexualidad, en ese sentido, la Corte ratifica que “la tortura y las penas o tratos crueles,

inhumanos o degradantes están absoluta y estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

La Corte, al igual que el TEDH, precisa que los tratados de derechos humanos, en este caso la Convención, como instrumento vivo y que se interpreta de manera no taxativa y siempre bajo el principio pro homine. Los tres subsiguientes casos se dieron en periodos relativamente breves de tiempo, y al igual que el caso *Karen Atala v. Chile*, parten de la premisa más importante que es la igualdad y no discriminación, además de entrar a un análisis más detallado sobre la integridad personal y protección a la honra y dignidad.

Por tanto, la Corte IDH realiza una interpretación garantista y dinámica de la CADH en los cuatro casos que merecieron su pronunciamiento, siendo la primera sentencia la que más derechos protegidos abarca, no obstante, aún no existe pronunciamiento jurisdiccional sobre algún caso que tenga como controversia la legislación o el reconocimiento del matrimonio igualitario, aunque cabe resaltar que la Opinión Consultiva 24/17 del año 2017, en la cual la Corte a partir de la mención de la jurisprudencia del TEDH en relación al matrimonio o las uniones civiles, insta a los Estados a que de acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención, “garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales”, diferencia abismal con lo propuesto por el TEDH, quien deja a la regulación nacional de cada estado que legisle sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo, aduciendo que la única unión matrimonial protegida por el CEDH, es la heterosexual.

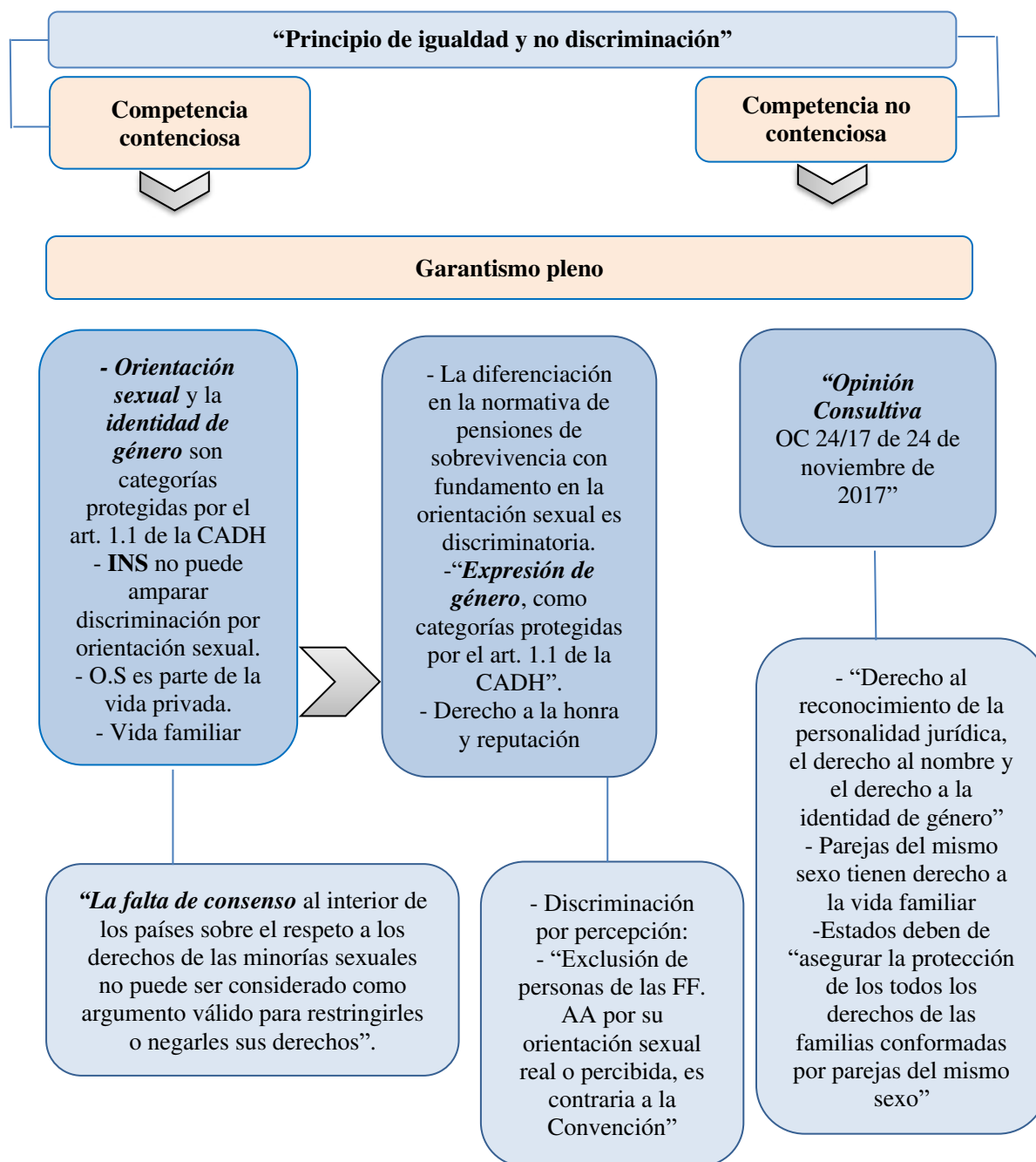


Figura No. 10 Interpretación garantista a favor de las personas LGBT en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Fuente: Elaboración propia.

Como puede apreciarse, la Corte IDH desde la sentencia de *Karen Atala v. Chile*, ostentó el desarrollo de una jurisprudencia más garantista que la de su homólogo, el TEDH en materia de derechos de las minorías sexuales, así como la interpretación dinámica y adecuada al contexto histórico actual de la CADH, ello complementado con la Opinión Consultiva OC

24/17, que remitiéndonos a la Opinión Consultiva OC-21/14 de fecha 19 de agosto de 2014,⁶⁷ estima necesario que “los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente Control de Convencionalidad sobre la base de lo que señale la competencia contenciosa y no contenciosa o consultiva de Corte Interamericana de Derechos Humanos”, siendo, en consecuencia la OC 24/17 un parámetro a tomarse en cuenta para que cada estado pueda realizar el control de convencionalidad, siendo vinculante para los países parte de la Organización de Estados Americanos.

2.4. Análisis e interpretación de los problemas planteados

I Respecto al primer problema específico, *¿La familia tradicional se encuentra en proceso de reconfiguración dando paso a otros modelos de familia como la homoparental a partir del reconocimiento del vínculo familiar?*, el análisis y la interpretación es la siguiente:

Para legislar o ampliar la legislación sobre una institución, como es la familia, primero deberá de conocerse su conformación, dinámica y evolución a través del tiempo, así como tener una mirada panorámica de las distintas realidades sociales en las que interactúan las diversas composiciones familiares.

El problema planteado tiene como objetivo, por un lado, demostrar que la familia a través del tiempo ha atravesado por procesos de transformación o si se quiere de evolución, como los propuestos por Bachofen o Lewis Morgan, es decir pasar desde lo arcaico como la promiscuidad sexual, característica de la familia sindiásmica o consanguínea -a la que Bachofen se refería como *heterismo*- hasta abrirse paso a la monogamia, la cual correspondía a un esquema civilizatorio occidental, lo que Lewis Morgan denominaba un “perfeccionamiento de estructura”, que terminaría como una familia básicamente nuclear o universal, en términos de Westermarck, monógama y por antonomasia heterosexual. Por otro

⁶⁷ **Opinión Consultiva OC-21/14** de fecha 19 de agosto de 2014. “Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.I) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos”. (Párr. 31).

lado, la problemática pretende exponer la existencia de otras familias que son las no convencionales y las que no encajan en el esquema patriarcal y heterosexual de la sociedad y de las leyes a lo largo del tiempo, y es el caso de las familias homoparentales, un modelo de familia del que no hay mayor estudio, pero del que se tiene certeza, existe.

En este aspecto, las entrevistas a los integrantes de las familias homoparentales, resultaron trascendentales, puesto que aportaron datos relevantes y comparativos en relación a las vivencias de cada familia en particular.

A partir de las narrativas familiares, concluimos que existen dos realidades social y jurídicamente distintas; por un lado, tuvimos tres familias homoparentales peruanas y dos familias del exterior, una de España y otra de México, países que para la investigación resultaron pertinentes, toda vez que España fue uno de los primeros en aprobar el matrimonio igualitario con adopción de hijos (2005). En México, si bien no está regulado el matrimonio igualitario en todos los estados, la Suprema Corte de México expidió una sentencia emblemática en la que se modificaba el matrimonio en el código civil de la Ciudad de México, viviendo nuestras entrevistadas en la CD México, obtuvimos información de primera mano sobre la realidad de las familias homoparentales en aquel lugar.

Ahora, para conocer la dinámica de la familia homoparental como otra configuración o modelo de familia, debíamos estar al tanto sobre sus vivencias y la problemática legal por el reconocimiento a la que se enfrentan, así como sus demandas al Estado; en ese aspecto, fueron insoslayables los temas sobre la concepción de familia, el cuestionamiento a la parentalidad por razón de la orientación sexual y la existencia o no de disfuncionalidades en el desenvolvimiento de sus hijos en la vida social, muestras de expresiones de cariño en público, discriminación o rechazo por orientación sexual, la vida de los hijos en el colegio, y si este abordaba temas sobre familias no tradicionales y finalmente su apreciación sobre el matrimonio igualitario (en el caso de las familias peruanas) y los desafíos del estados en relación a las parejas del mismo sexo y sus hijos (familias en España y México).

En ese sentido, el problema sobre la configuración de una estructura familiar pasa por conocer cuáles son las concepciones de familia que tienen y sienten las familias homoparentales, señalando todas las parejas entrevistadas, que las familias que han formado son su refugio y su punto de retorno, una esencia que no es reconocida por el estado ni por la sociedad, lo que

implica la sensación de rechazo, primero por la orientación sexual individual y segundo, se irradia el rechazo al grupo familiar constituido.

Por otro lado, el descubrir o expresar la orientación sexual al grupo familiar primigenio (padres y familia nuclear) lo que comúnmente se denomina “salida del closet”, implica en la mayoría de los casos rechazo, y en otros, una aceptación pero después de una etapa de transición y de aceptación, reconstituyéndose las relaciones familiares; la contraparte de ello, son las familias que nuestros entrevistados formaron, “familias normales”, -como las han denominado-, que buscan sobre todo mayor reconocimiento ante la sociedad, y en el caso de las familias homoparentales peruanas, buscan un reconocimiento legal a través del matrimonio igualitario o de la unión civil, razón por la cual, las tres familias señalaron que efectivamente se casarían para dotar de mayor seguridad jurídica a su relación, además de compartir las prestaciones sociales y los derechos propios de la convivencias reconocidas.

Otra arista para el análisis del problema, es en relación al cuestionamiento sobre la parentalidad por razón de la orientación sexual y la afirmación de disfuncionalidades en el desenvolvimiento de sus hijos en la vida social, toda vez que se ha investido a la estructura familiar nuclear heterosexual, la idea de un cuidado paternal instintivo a lo largo del tiempo, siendo el mejor modelo -en teoría- de familia en desmedro de otras composiciones familiares, como las monoparentales, las ensambladas, las extensas, las familias sin hijos, y por supuesto las homoparentales, en este último caso, la situación se torna más gravosa por el prejuicio y el estereotipo que estas estructuras familiares llevan sobre sí, aunado a la falta de reconocimiento legal y social. En la presente tesis, ha quedado demostrado la existencia de las familias homoparentales, además de lo convencional que pueden resultar las prácticas familiares y el normal desenvolvimiento de sus hijos en espacios sociales como el colegio, cuestión que se contrasta con las investigaciones de Patterson, Perrin, y Golombok y otros.

Un punto a tomar en cuenta, es que la aceptación de la familia homoparental debe sortear no solo cuestiones como el prejuicio y los estereotipos como unidad familiar, sino debe hacer frente a la discriminación o rechazo por la orientación sexual de cada uno de sus miembros, en el Perú por ejemplo, de acuerdo al INEI (2017) el 56.5% siente temor de expresar su identidad sexual para evitar ser discriminado, en México -país de una de las familias entrevistadas- si bien se ha aprobado el matrimonio igualitario en 19 de los 32 estados, aún existe reticencia a aceptar plenamente esta nueva conformación legal de familia. Según una encuesta del ENEGI (Instituto Nacional de Estadística, Informática y Geografía de México),

el 46% de la población encuestada señaló que no aceptaría que su hijo “se case con una persona del mismo sexo”, además que el 64.4% de población justifica poco o nada que dos personas del mismo sexo vivan juntas como pareja (INEGI, 2017). Por otro lado en España, si bien es considerado como uno de los países que más ha legislado sobre derechos LGBTI, y muchos lo consideran “*gay friendly*”, ya que 91% de la sociedad cree que “las personas LGBT deben tener los mismos derechos que las personas heterosexuales”, y un 89% afirma que no hay nada de malo en relaciones entre personas del mismo sexo (Eurobarómetro, 2019), nuestros entrevistados aún perciben que existe discriminación y prejuicios principalmente por motivo de “identidad de género y orientación sexual” en su país.

Si partimos de la idea igualitaria como componente principal de un sistema democrático, tenemos que este debe encontrar en la diversidad o diferencia la garantía de su funcionalidad, y por parte de las minorías en este caso LGBTI, debe de reivindicar el reconocimiento de la diferencia, pues de lo contrario, los sistemas de desigualdad entre heterosexuales y homosexuales se profundizarán, en palabras de Fraser, en la injusticia *cultural o simbólica*, que responde a la dominación cultural, a la falta de reconocimiento de lo diferente y a la falta de respeto, es decir, despreciar lo diferente o lo que no se considera “normal” a los ojos de la pseudo justicia dominante, perjudicando a un grupo respecto de otro. En relación a ello, una de las demandas del colectivo LGBTI hacia el estado en Perú y en el mundo, es una política educativa enmarcada en la promoción de principios democráticos como tolerancia, diversidad y respeto que es visto como un componente transversal para combatir la discriminación de individualidades LGBTI y de la conformación de sus familias, que es casi inexistente en los colegios, pero que en la realidad es una causa del no reconocimiento legal del estado.

Con los testimonios extraídos de las entrevistas se demuestra la existencia de familias no tradicionales, como las homoparentales, que existen y que siempre han estado presentes, aunque ocultas, familias o uniones que han sido soslayadas por el estado y por la legislación, pero que buscan reconocimiento y en algunos países del mundo bajo una ardua lucha lo han conseguido. Por otro lado, ha quedado evidenciado un retroceso de la familia denominada tradicional a favor de nuevas configuraciones familiares, como las monoparentales o las familias sin hijos, otorgando cada vez más libertad a las partes conformantes de cada familia.

En relación a la parentalidad en el marco de una familia homoparental, señalaremos algunos estudios, que concluyen que la orientación sexual de los padres no genera un impacto negativo en la crianza de sus hijos⁶⁸

Cuadro No. 12 Estudios empíricos relativos a la crianza de niños por parte de familias homoparentales - American Psychological Association

Miller, B. (1979). Gay fathers and their children. Family Coordinator, pp.28, 544-552.

Presenta data de un estudio de tres años, sobre calidad y naturaleza de interacciones de padres homosexuales con sus hijos. Se realizaron entrevistas en profundidad con una muestra de 40 padres homosexuales y 14 de sus hijos. Se utilizó una muestra transnacional de entrevistas realizadas en Canadá y en Estados Unidos. Los padres tenían entre 24 y 64 años y los hijos entrevistados entre 14 y 33 años de edad. Los datos indicaron que las nociones sobre el comportamiento de los padres homosexuales, el abuso sexual de los niños, la influencia negativa en el desarrollo de los niños y la instigación al acoso carecen de fundamento.

Tasker, F., & Golombok, S. (1995). Adults raised as children in lesbian families. American Journal of Orthopsychiatry, pp.65, 203-215.

Se realizó un estudio longitudinal para examinar el bienestar psicológico, las relaciones familiares y la Formación de amistades/relaciones íntimas entre individuos criados en familias de lesbianas. Fueron entrevistados jóvenes (de 17 a 35 años; 8 varones) provenientes de familias con madres lesbianas y 12 varones criados por madres solteras heterosexuales. Los tópicos de entrevistas fueron su familia, las relaciones con sus compañeros, orientaciones sexuales y adaptación psicológica. Los hijos criados por madres lesbianas tuvieron un buen desenvolvimiento en la edad adulta, en términos de bienestar psicológico e identidad sexual, así como sostuvieron buenas relaciones familiares. Por tanto, la suposición común de que las madres lesbianas tendrán hijas lesbianas e hijos homosexuales no encuentra soporte.

Allen, M., & Burrell, N. (1996). Comparing the impact of homosexual and heterosexual parents on children: Meta-analysis of existing research. Journal of Homosexuality, 32, 19-35.

Los tribunales determinan la custodia y las visitas al amparo del "interés superior del niño". Los actuales fallos judiciales en algunas jurisdicciones reflejan un sesgo en contra de otorgar la custodia

⁶⁸ En relación al cuestionamiento sobre si la identidad sexual de los progenitores se replicaría en la identidad sexual de sus hijos, puede consultarse la investigación de Susan Golombok y Fiona Tasker (1993), "Do parents influence the sexual orientation of their children? Finding from a longitudinal study of lesbian families", los resultados fueron que no existen diferencias significativas en términos de auto identificación como gay o lesbiana, así como no se encontraron evidencias que los hijos sientan atracción por alguien del mismo sexo.

o derechos de visita a padres homosexuales, favoreciendo al padre heterosexual o pariente heterosexual del niño. ¿Debería la orientación sexual del padre jugar un papel para determinar la custodia o visitas en aras de proteger al niño? Este análisis resume literatura cuantitativa que compara el impacto de los padres heterosexuales y homosexuales usando una variedad de variables en el niño. Los análisis examinan las prácticas parentales, el bienestar emocional del niño y la orientación sexual del niño. Los resultados no demuestran diferencias entre padres heterosexuales y homosexuales respecto a estilos parentales, emocionales ajuste y orientación sexual del niño. En otras palabras, no existe sustento para fundamentar los prejuicios de las Cortes contra los padres homosexuales.

Lyons, T. A. (1983). *Lesbian mothers' custody fears. Women and Therapy, pp.2, 231-240.*

Se realizó un estudio comparativo (años 1977 y 1981) entre madres lesbianas y heterosexuales, centrándose en los diferentes tipos de sistemas de soporte que éstas emplean para conocer y atender sus necesidades emocionales y materiales en correspondencia con las necesidades de sus hijos. El estudio estuvo compuesto por 43 lesbianas y 37 heterosexuales casadas (la mitad de lesbianas y un tercio de mujeres heterosexuales viven con su pareja). Los resultados no muestran diferencias entre los grupos. La maternidad es una parte primaria de autoidentidad para todas. El Miedo a perder la custodia fue un tema persistente para las madres lesbianas. Por otro lado, la custodia otorgada por los tribunales nunca es definitiva y puede ser impugnada, aunque usualmente las madres lesbianas suelen perder la custodia cuando se revela su orientación sexual, así, la custodia puede ser utilizada por los ex cónyuges para reasentar el sentimiento de propiedad.

Patterson, C. J. (2000). *Family relationships of lesbians and gay men. Journal of Marriage and the Family, pp.62, 1052- 1069.*

Presenta una visión general de la investigación sobre la vida familiar de lesbianas y gays. Este trabajo denota que la vida familiar de las personas lesbianas y gay ha sido fuente de controversia durante la última década. A pesar de los prejuicios y discriminación, las lesbianas y los hombres homosexuales tienen a menudo éxito en crear y sostener sus relaciones familiares. La investigación estudia sobre las relaciones de pareja del mismo género, relaciones padre-hijo y otras relaciones familiares. En general, la imagen de las relaciones entre lesbianas y homosexuales es positiva, incluso ante condiciones estresantes. Se concluye que el trabajo futuro en esta área tiene el potencial de afectar la vida de lesbianas y gays, además de influir en la teoría del desarrollo y la familia, así como implementar políticas públicas.

Patterson, C. J. (2001). Families of the lesbian baby boom: Maternal mental health and child adjustment. Journal of Gay and Lesbian Psychotherapy, pp.4, 91-107.

Este artículo reporta un estudio en 37 familias, sobre el tema de salud mental materna, composición del hogar y adaptación de los niños entre 4 a 9 años dentro de sus familias. Estos niños nacieron o fueron adoptados desde temprana edad por madres lesbianas. Los resultados mostraron que los informes maternos de autoestima como síntomas psicológicos estaban dentro del rango normal. El estudio concluyó en la importancia de la salud mental como el mejor indicador de predicción de la adaptación de un niño a su familia, sea ésta conformada por su madre lesbiana o por sus familias heterosexuales.

Meyer, I. H. (2003). Prejudice, social stress, and mental health in lesbian, gay, and bisexual populations: Conceptual issues and research evidence. Psychological Bulletin, 129(5), pp. 674-697.

En este artículo, el autor revisa la evidencia de la investigación sobre la prevalencia de trastornos mentales en lesbianas, homosexuales y bisexuales, utilizando el meta-análisis, que los LGB tienen mayor prevalencia de trastornos mentales en comparación a los heterosexuales. El autor ofrece un marco conceptual para la comprensión de este exceso de prevalencia del trastorno en términos de estrés minoritario [minority stress], explicando que el estigma, prejuicio y la discriminación crea un ambiente hostil y estresante para el entorno social, el mismo que causa problemas de salud mental. El modelo describe procesos de estrés, incluyendo experiencias de hechos prejuiciosos, expectativas de rechazo, ocultamiento, la percepción de la homofobia internalizada y procesos de afrontamiento de mejora. Este marco conceptual es la base para la revisión de evidencia de investigación, sugerencias para futuras investigaciones y exploración de las implicancias de las políticas públicas.

Asimismo, no cabe duda de la inexistencia de un concepto único sobre lo que es o debería ser entendido como familia debido a la complejización de nuevas estructuras familiares por la que ha pasado esta composición a lo largo del tiempo y dependiendo de cada contexto cultural, social, político y económico en el estado en el que se plasma su dinámica, lo cierto es que la familia constituye el ambiente primigenio de un ser humano, es una institución natural, en la cual las personas que la conforman jugarán una dinámica interpersonal en relaciones intrafamiliares, como en relaciones con otros grupos de familias. La familia será el primer referente de satisfacción de las necesidades básicas, entendidas estas no solo como las relativas a la economía o supervivencia, sino se constituye como primer soporte emocional y espiritual de cada uno de sus miembros, impactando todo ello en su desarrollo integral y en

el desarrollo de la sociedad en su conjunto, puesto que será determinante para la formación de un individuo la transmisión de los valores humanos que provengan de sus ascendientes o del círculo al que se le denomina familia, sea esta nuclear, extensa, ensamblada, monoparental u homoparental, de ahí que debe ser el núcleo esencial del estado de bienestar y de las políticas públicas que busquen la armonía entre la sociedad, lo laboral y lo familiar en aras de fortalecer a este elemento en extremo valioso como es la familia.

Finalmente, otra arista importante para comprender la problemática de la reticencia de los estados y la sociedad de reconocer las uniones formales entre personas del mismo sexo, tiene que ver con la vulneración del principio de igualdad y no discriminación contra las personas LGTB, problemática que debe superarse a partir de la teoría del reconocimiento a efectos de quebrar la división entre el “nosotros” y los “otros”, que es el sustrato para que la discriminación sea normalizada y se profundice la desigualdad, que en el caso de las minorías sexuales resultaría en lo que Fraser denomina la injusticia simbólica y cuya corrección se da aplicando la reevaluación dinámica de las identidades denigradas, es decir dotándolas de *reconocimiento*, ya que la sociedad y el Estado -por los patrones culturales dominantes- los considera grupos menos valiosos y menos merecedores de respeto.

Bajo ese esquema, es que las principales causas de los Estados para negar el reconocimiento del matrimonio igualitario a parejas del mismo sexo es la concepción de la familia en su ámbito tradicional, valorando lo heterosexual, por dotar de progenie a la sociedad, y a partir de ello se desarrolla e institucionaliza un marco jurídico heteronormativo, que es reticente al cambio, por no escindir el espacio civil de pautas morales o religiosas.

A ello se suma, el paradigma de inferiorizar lo diferente, soslayándolo e invisibilizándolo, de aquí que resulte imperioso destacar que la discriminación y desigualdad padecida por este colectivo tiene incidencia en su dignidad como sentido universalista y en el proyecto de vida que han trazado para ellos y que el Estado no puede proscribir, por ello resulta importante el reconocimiento de sus uniones con sus parejas del mismo sexo y la conformación de sus familias (vínculo familiar), de ahí que los aportes de la teoría del reconocimiento de Honneth coadyuven a entender que los sentimientos de desprecio o discriminación hacia “un grupo de personas que no se ajustan a lo deseado por la sociedad”, no hace más que menoscabar la autorrealización que cada uno define para sí mismo, de ahí que sea necesario el reconocimiento como aprecio de las aptitudes de los otros en el proceso de construcción de su identidad.

En ese sentido, la Corte Interamericana define al principio de igualdad, como “derecho esencial que se desprende directamente de la naturaleza del ser humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”, proscribiéndose así las creencias de superioridad de unos frente a inferioridad de otros, creando privilegios de una parte versus desventaja, discriminación y postergación de la otra, máxime si con la sentencia Karen Atala se dio por sentado que la orientación sexual es una categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, argumento ratificado en la Opinión Consultiva OC-24/17, además de señalar que la orientación sexual es parte de la libre autodeterminación de la persona y que es consustancial a su libertad, de la misma manera opina el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al definir la sexualidad y la orientación sexual como parte de la vida privada de las personas en las que no caben injerencias siempre que no lesionen el interés público.

En relación a lo anterior, ante la reticencia del Estado en reconocer las uniones del mismo sexo y en consecuencia, el vínculo familiar, propicia sociedades en las que unas personas pueden ejercer de manera plena todos sus derechos, y de otro lado, existen colectivos minoritarios, en este caso, los LGBTI, quienes institucionalmente e históricamente han sufrido la desposesión de derechos, quebrándose el principio de igualdad y que buscan en la autoorganización la conquista de derechos y condiciones que los heterosexuales tuvieron desde siempre, lo que constituye una injusticia, toda vez que se fractura la universalidad de los derechos humanos, siendo lo idóneo la promoción de lazos de reconocimiento, empezando por valorar la diversidad y la diferencia como parte consustancial de una sociedad más inclusiva y proscribiendo las intenciones de homogenización.

Asimismo, los Estados suelen escudarse en la interpretación literal de sus textos normativos, desde la Constitución hasta el libro de familia de los Códigos Civiles, para cerrar la interpretación *pro homine* de que el matrimonio como institución abarca a toda persona que pretende acceder a ella, además que su reconocimiento, permite la tutela de los vínculos familiares creados a partir de esas uniones. Sumado a ello deviene el debate sobre la protección del Interés Superior del Niño, que en su análisis contiene más elementos de prejuicio que variables objetivas que problematicen sobre los hechos sin atisbos de prejuzgamientos por la orientación sexual de alguno de los progenitores.

Por ello, la consecuencia que un Estado excluya de la garantía de derechos a orientaciones sexuales disidentes, bajo el esquema de la “familia tradicional”, es que siga las bases del

heterosexismo cristalizado en lo heteronormativo, que lleva a aceptar la heterosexualidad como norma obligatoria y como principio que irradie todo el sistema normativo, constitucional y la moral de la sociedad, que resulta cada vez más conservadora respecto al tema de la homosexualidad, de ahí que recobre importancia lo mencionado por De Sousa, quien vislumbra el nacimiento de un nuevo imperativo categórico, es decir “*tenemos derecho a ser iguales cada vez que la diferencia nos inferioriza, tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza*”.

III en relación al problema general, *¿Cuáles son los alcances del desarrollo jurisprudencial e interpretativo que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las legislaciones nacionales respecto del reconocimiento de derechos de parejas del mismo sexo bajo los principios de igualdad y no discriminación?*

El cambio a lo largo de los años de la configuración de la familia, las nuevas realidades familiares requerían de protección, y esta se fue dando por parte del estado y alguna aceptación por parte de la sociedad, no obstante, nos referimos a la protección de la familia heterosexual, salvaguardada por normas heterocentristas y de nulo reconocimiento de la diversidad familiar no heterosexual, es más lo que se estableció fue un proceso de exclusión y de patologización del desarrollo de esas familias y un discurso de humillación y discriminación para los niños nacidos o criados en el seno de una familia homoparental, resultando así una serie de prejuicios que no hacen más que catalogar de enfermas y anormales a dichas familias, resaltando los discursos de odio y pseudo conservadores como argumentos para despojar de todo derecho a los padres sobre sus hijos, hecho que se vuelve irreparable cuando la parentalidad de un menor se discute ante los tribunales y quienes deciden son magistrados cargados de prejuicio y homofobia como son los ejemplos de los ministros de la Corte Suprema de Chile y los tribunales de Portugal, casos que fueron resueltos ante los tribunales supranacionales. En efecto, “la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han reconocido a la orientación sexual como categoría protegida y perteneciente a la privacidad de la persona”.

De la lectura de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), no se denota la referencia de protección expresa sobre alguna condición de orientación sexual, o si quiera de la familia no tradicional, sin embargo, tanto la Corte IDH como el TEDH han considerado a sus tratados de derechos humanos como instrumentos vivos y como tales deben de interpretarse en contextos actuales,

es decir no son una normativa pétrea e inmutable sino son norma de amplia interpretación siempre salvaguardando el principio pro homine.

En el caso del Tribunal Europeo, la interpretación del CEDH como un instrumento vivo, “*living instrument*” tuvo su primera aparición en la sentencia de “**Tyrer c. Reino Unido**, *Aplicación no. 5856/72 de fecha 25 de abril de 1978*”, un caso de castigos físicos (3 azotes) producto de una sentencia. El señor Anthony Tyrer fue condenado a los 15 años de edad por el Tribunal local de menores de la Isla de Man (dependencia de la corona británica) por haber agredido y herido a un compañero de clase, la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de la Isla fue desestimada, declarando al señor Tyrer expedito para recibir la pena, hecho que se consumó en una dependencia policial frente a su padre, a un policía y un médico. El castigo tenía como base normativa artículo 56.1 de la Ley de 1927 sobre los jueces de paz y Tribunales de policía («*Petty Sessions and Summary Jurisdiction Act*»), modificado por el artículo 8 de la Ley de 1960 sobre los Tribunales de policía («*Summary Jurisdiction Act*») (*párr.11*). En ese caso el TEDH declaró que existió un trato degradante y humillante contrario a lo prescrito en el art 3 del CEDH, además de detallar que;

El Tribunal recuerda además que el Convenio es un instrumento vivo que hay que interpretar -la Comisión lo ha puesto de manifiesto debidamente- a la vista de las actuales circunstancias de vida [...]. (*Párr. 31*)

Posteriormente, el TEDH utiliza tibiamente el concepto “*interpretación viva*”, en el tema en particular sobre la orientación sexual, en el caso “**Frette c. Francia**. *Aplicación no. 36515/97. Sentencia del 26 de febrero de 2002*”. Para la interpretación del artículo 14 en relación con el artículo 8 del CEDH, no obstante, se debe resaltar que en el caso “**X y otros c. Austria**. *Aplicación no. 19010/07 de fecha 19 de febrero de 2013*”, el TEDH es mucho más explícito al dotar de contenido a aquella interpretación viva, puesto que parte de un análisis evolutivo de la sociedad y del tratamiento tradicional de la familia incluso del estado civil de sus miembros, en este caso, el TEDH reitera exactamente lo argumentado en el caso “**Kozak c. Polonia**. *Aplicación no. 13102/02. Sentencia del 2 de junio de 2010*”.

[...] El Tribunal observa que la Convención es un instrumento vivo, que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales. (*Frette c. Francia. Párr. 34*)

[...] El objetivo de proteger a la familia en el sentido tradicional es bastante abstracto y puede utilizarse una amplia variedad de medidas concretas para aplicarlo [...]. Asimismo, dado que la Convención es un instrumento vivo, que debe interpretarse en las condiciones actuales, el Estado, en su elección de los medios destinados a proteger a la familia y garantizar el respeto de la vida familiar, como exige el artículo 8, debe necesariamente tener en cuenta la evolución de la sociedad y los cambios en la percepción de las cuestiones sociales, del estado civil y de las relaciones, incluido el hecho de que no hay una sola manera o una sola elección cuando se trata de llevar la propia familia o la vida privada. (*X y otros c. Austria. Párr. 139*)

En el tema de la adopción por parte de parejas del mismo sexo o de personas solteras homosexuales, el TEDH siempre ha dejado al margen amplio de la soberanía de cada estado, la legislación correspondiente, ese fue el claro ejemplo del caso “*E. B. c. Francia. Aplicación no. 43546/02. Sentencia del 22 de enero de 2018*”, en el cual el Tribunal señaló que no estaba llamado a pronunciarse sobre el derecho a adoptar, no obstante se debía tener en cuenta la “evolución de la legislación en Europa y el hecho de que el Convenio es un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales”. (Párr. 46)

En las sentencias que forman parte del análisis de la presente tesis, el TEDH tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación viva de los instrumentos de derechos humanos, en los casos, “*Shalk y Kopf c. Austria. Aplicación no. 30141/04. Sentencia del 22 de noviembre de 2010*” y *Oliari y otro c. Italia. Aplicaciones nos. 18766/11 y 36030/11. Sentencia de 21 de octubre de 2015*, en este último caso, el TEDH es explícito en señalar que si bien, se realiza una interpretación del Convenio como instrumento vivo, este no puede sustituir a la legislación nacional, sino es solo su principal referente pues de lo contrario se vería forzosamente a actualizarse de acuerdo a lo que mande la normativa interna de cada estado desnaturalizando así el sentido de un convenio supranacional;

[...] Si bien la Corte debía interpretar la Convención como un instrumento vivo, no podía sustituirla, ya que seguía siendo la referencia principal. De lo contrario, la Corte se convertiría en un instrumento de actualización ideológica a partir de las legislaciones nacionales, en materias relacionadas con la sociedad, papel que seguramente no es de su competencia. (Párr.152)

En el continente americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se refirió a la “interpretación viva de la Convención”, en orden de incorporar a la “orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención”, en la sentencia de “*Karen Atala Rifo y niñas vs Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)*”, en la cual, hizo suyo el argumento del TEDH, indicando lo siguiente;

La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. (Párr. 83).

|

Otra referencia sobre esta interpretación, no se cristalizó en la parte argumentativa de la sentencia, pero sí en un voto parcialmente disidente correspondiente al juez Eduardo Vio Grossi, en el caso “*Duque vs. Colombia, sentencia de 26 de febrero de 2015, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*”, en el cual manifiesta;

En ese orden de ideas, la interpretación evolutiva de la Convención o la consideración de que ella es derecho vivo, no consiste en que se le interprete con el fin de hacer legítimo, de modo casi automático, lo que la realidad social exprese en el momento de la interpretación, pues en tal evento dicha realidad sería el intérprete y aún la que ejercería la función normativa. Lo que, en cambio, significa la interpretación evolutiva de la Convención es entender sus disposiciones en la perspectiva de determinar cómo jurídicamente ellas prescriben que se deben abordar esos novedosos asuntos o problemas.

Como puede observarse, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido reiterativo en manifestar que mediante la interpretación dinámica de la Convención Europea de Derechos Humanos se garantizan derechos que no se encuentran previstos expresamente, de la misma manera la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha coincidido plenamente con la interpretación dialéctica de la Convención Americana de Derechos Humanos, todo ello de acuerdo a las nuevas realidades de la sociedad y en salvaguarda del “principio de igualdad y no discriminación, el principio pro homine y la dignidad del ser humano”.

Sin embargo, el Tribunal Europeo ha puesto un límite inquebrantable al interpretar el Convenio Europeo y es lo que en reiterada jurisprudencia ha denominado “*el consenso europeo*”, que no es más que el acuerdo unánime de los estados parte del Convenio sobre el tratamiento de algún derecho en particular, por lo tanto, si no existe consenso europeo para dilucidar el contenido de un derecho, el criterio de interpretación que subyace es el del “*margen de apreciación nacional*”, cuya piedra de toque es la soberanía de cada estado y el

ejercicio de su derecho interno en razón a la subsidiaridad del sistema europeo. Este margen puede ser amplio, pero no ilimitado -siempre bajo el control del TEDH- debiendo estar supeditado a un fin legítimo y al cumplimiento en estricto del test de proporcionalidad; y un margen estrecho cuando se trate de alguna interferencia que pueda afectar derechos humanos, invocando la moral y el orden público de cada estado en particular. En ese sentido, García Roca precisa que;

[...] El Convenio Europeo no es un texto refundido que reclame la adopción de las mismas decisiones por parte de todos los Estados miembros antes bien supone singularizar unos estándares mínimos comunes. El nivel de protección de los derechos y las diversas fórmulas o variantes posibles para concretarlos distan todavía de ser homogéneos en naciones con tradiciones jurídicas y culturales tan diversas. (García, p. 125)

De tal manera que si el TEDH aplica el margen de apreciación estatal por ausencia de consenso europeo, se ratificará la decisión de los tribunales nacionales, no pudiendo forzar a los estados la adopción de figuras jurídicas en tanto no exista aquel consenso, dejando al tiempo la formación de consenso sobre el contenido esencial de un derecho, esto último aplicable al no reconocimiento de vulneración del derecho al matrimonio de dos personas del mismo sexo, puesto que no existe consenso entre los estados parte del Convenio sobre la legalización del matrimonio igualitario, o como sucedió en el año 1986 en el caso *Johnston y otros c. Reino Unido*. El señor Johnston casado, pero separado y con una nueva relación de convivencia y una hija extramatrimonial (considerada por la ley de Irlandesa como hija ilegítima), demanda al Estado por no permitírsele divorciar y así formalizar su vida con la segunda demandante, puesto que la disolución del vínculo matrimonial no estaba permitido por la Constitución de Irlanda de 1937, el TEDH resolvió que no se habrían vulnerado los artículos 8 (respeto de su vida privada y familiar) ni 12 (matrimonio), al no existir un derecho al divorcio, toda vez que la CEDH solo protege el derecho al matrimonio, y haciendo la remisión a las leyes nacionales, se desconoce el derecho al respeto de su vida privada y familiar actual, toda vez que no se puede entender que los compromisos contraídos por Irlanda según el artículo 8 le imponen la obligación de tomar medidas que permitan el divorcio y el nuevo matrimonio que se pretende, ratificando el amplio margen de apreciación, haciendo referencia a la diversidad de criterios y situaciones en los Estados Contratantes. (párr. 54)

Ello no permite que el TEDH ostente sentencias coherentes o que se avance hacia una armonización plena de “protección de los derechos humanos”, sino por el contrario existe en

algunas ocasiones contradicción en la protección de derechos, así, algunas sentencias dan muestras de cambio a una posición garantista -aún sin que medie el consenso europeo -, como el caso del reconocimiento del matrimonio de transexuales con personas del sexo opuesto (*Goodwin c. Reino Unido*), o de casos en los cuales no se reconocieron derechos por la falta de existencia de consenso (*Oliari y otro c. Italia, X, Y y Z c. Reino Unido, Frette c. Francia y Shalk y Kopf c. Austria*), ello hace más dificultoso encontrar una sistematicidad y homogenización en las sentencias del TEDH.

A diferencia de la doctrina del consenso europeo o el “otorgamiento del margen de apreciación nacional” que definen la jurisprudencia del Tribunal Europeo, la Corte Interamericana no contempla la supeditación de la garantía de derechos a un “consenso legislativo latinoamericano” y ello se denota en el caso “*Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012*”, en el que la Corte resuelve sobre temas tan controversiales, como el aborto, el concepto de persona, ser humano y concepción, señalando que un embrión no implantado no es persona por lo tanto no tiene derechos absolutos, acogiendo así a la teoría de la anidación y reconociendo que en el momento en el que ocurre la concepción es el momento de la implantación y que por tanto antes de este evento no procede aplicar el art. 4 de la CADH, además de señalar que la prohibición del aborto que no respete los derechos de las mujeres violaría la Convención. En este caso el juez Eduardo Via Grossi en su voto disidente si recurre someramente al consenso señalando lo siguiente;

Y en el ejercicio de esa función interpretativa, indudablemente que la Corte tiene limitaciones. Ya otros tribunales han resaltado la dificultad de la tarea y aún la improcedencia de que tenga que ser un órgano jurisdiccional el que resuelva algo más propio, aunque no exclusivo, de la ciencia médica y respecto del cual, incluso en ese ámbito, aún no se logra un consenso.

Otro ejemplo, fue el caso *Karen Atala Rifo y niñas v. Chile*, los argumentos defensa expuestos por parte del estado, señalaban como deber ser, la confianza en el sistema interamericano, la cual se podría resquebrajar si es que la acción de la Corte era en exceso reguladora, desmereciendo el sentir mayoritario de los demás estados, invocando entre líneas la doctrina del consenso y su aplicación al ámbito regional, así como la interpretación literal de la Convención:

[...] “al suscribir la [Convención Americana], los Estados miembros consintieron en obligarse por sus disposiciones. Si bien la interpretación jurídica puede ser flexible y el lenguaje de los derechos humanos reconoce su desarrollo progresivo, los Estados prestaron su consentimiento a una idea de derechos humanos que tenía en mente ciertos tipos de violación, y no otras que en su momento no existían. De ser necesario ampliar el alcance del tratado, en materias en que no existe un consenso mínimo, la misma [Convención Americana] establece un procedimiento para la incorporación de protocolos que protejan otros derechos”. (Párr. 74).

La Corte Interamericana rechaza de plano la doctrina del consenso de los estados si es que se trata de protección y garantía de derechos humanos, diferenciándose radicalmente de su homólogo de Estrasburgo;

[...] La presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana. (Párr. 92).

No obstante, en este caso, el voto disidente del Juez Alberto Pérez Pérez, señala que no es prudente ni necesario declarar la violación del artículo 17 de la CADH (Protección a la Familia), bastando solo declarar la violación del artículo 11.2 (prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y familiar), teniendo como fundamento la jurisprudencia del TEDH que cita en su voto. Así mismo, manifiesta que al declarar la vulneración del artículo 17 “pudiera tomarse como un pronunciamiento implícito sobre la interpretación de las distintas disposiciones de dicho artículo”, es decir lo que los estados conciben como familia, haciendo referencia a las Constituciones de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, , Cuba, Nicaragua Ecuador, Paraguay, Perú, Costa Rica, El Salvador, Uruguay y Venezuela, las cuales definen la protección de la familia como política del estado, además de reconocer que el matrimonio es una figura jurídica que tiene como base la unión entre un

hombre y una mujer⁶⁹, concluyendo que no existe consenso sobre la cuestión de lo que se considera familia y su protección, en consecuencia se debe de “reconocer un margen de apreciación nacional”;

Estoy de acuerdo con el criterio de interpretación evolutiva que considera a la Convención Americana como un instrumento viviente que ha de entenderse de acuerdo con las circunstancias actuales, pero en el entendido de que para avanzar en ese terreno es necesario que exista un consenso, un espacio de coincidencia o una convergencia de estándares entre los Estados partes. [...] (Párr. 20)

El hecho incontrovertible de que actualmente exista una pluralidad de conceptos de familia, [...], no quiere decir que necesariamente todos y cada uno de ellos hayan de corresponder a lo que la Convención Americana, incluso interpretada evolutivamente según los parámetros mencionados [...], entiende por familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, o a lo que los Estados partes que tienen disposiciones análogas entienden por tal. (Párr. 21)

Como puede apreciarse, la distinción en la interpretación evolutiva de los tratados considerados como “instrumentos vivos” tiene sus matices que precisan una diferencia crucial en el método de interpretar del TEDH y de la Corte Interamericana, siendo que el TEDH toma como premisa, el consenso europeo y el margen de apreciación nacional, configurándose un inseguro control efectivo por parte del TEDH reforzando la discrecionalidad del estado. Por el contrario; la Corte Interamericana inaplica la teoría del consenso -en este caso- entre los estados parte de la Convención, pues sienta su jurisprudencia en la estricta garantía de los derechos al margen de la existencia de consenso, y a la luz de la interpretación evolutiva que ofrezca mayor protección a los derechos humanos, determinando que un presupuesto como la falta de consenso sobre el contenido de un derecho, no es óbice para no formular una decisión que proteja el derecho o en todo caso que sancione su vulneración; por lo que el Sistema Interamericano tiende a la universalización y protección de los derechos humanos, sin enredarse o hacer más compleja la protección por alguna teoría que implique la aquiescencia de todos los estados, perfeccionando así la hermenéutica jurídica de la Convención como doctrina de la garantía universal.

⁶⁹ Tomando en cuenta las disposiciones de las Constituciones en el contexto de año 2012, a la fecha algunos de esos países ya tienen legislada alguna forma de reconocimiento de las uniones de parejas del mismo sexo.

2.5 Presentación de la postura personal

Del análisis e interpretación de los problemas y de la propuesta para su solución, se ha decantado la postura personal sobre el reconocimiento del matrimonio igualitario bajo los principios de igualdad, no discriminación y de dignidad, además del reconocimiento de las familias homoparentales a la luz de la interpretación garantista y amplia de los tribunales supranacionales, así como el importante rol que juega la educación como herramienta de un sistema democrático y formación de ciudadanos en valores de respeto y tolerancia. Finalmente, la labor de la magistratura es determinante para evitar la revictimización de los denunciados pertenecientes al grupo LGBTI, por ello la importancia de su formación en derechos humanos de minorías sexuales, más aún si sobre el estado peruano pesa una sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por vulnerar entre otros, el derecho a la integridad física y perpetrar actos de tortura en contra de una persona perteneciente a este colectivo, un hecho que bajo la aplicación de la propuesta presentada en adelante, no debiera volver a repetirse.

2.5.1 Propuesta para la solución del problema

La presente tesis tuvo tres ejes relevantes de estructura de acuerdo al tema y a los objetivos planteados, siendo el primero de ellos la familia y sus nuevas reconfiguraciones a raíz de cambios socioeconómicos fundamentalmente alcanzados por la mujer, así mismo, se describió el contenido de las familias no heterosexuales, es decir de aquellas conformadas por dos padres o dos madres reconocidas legalmente en algunos estados y ampliamente invisibilizadas y proscritas en otros, constituyéndose a partir de aquella realidad fáctica el análisis de las principales demandas de este grupo familiar. Asimismo, fue consustancial el análisis del principio de igualdad y no discriminación como derecho fundamental e inherente al ser humano sin restricción alguna, salvo cuestiones objetivas y razonables. Este segundo eje fue la premisa para determinar que el colectivo LGBTI constituía un grupo en situación de vulnerabilidad, agravándose más la situación de las personas trans femeninas, quienes ven anulados y en constante peligro la realización de sus derechos humanos en algo tan esencial como es el derecho a la vida y a la identidad, por señalar solo algunos.

Esta lucha por el reconocimiento en sus diversas aristas, ha trascendido en algunos casos hasta las instancias judiciales nacionales y posteriormente supranacionales. Este tercer eje

resulta relevante porque del análisis de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación dinámica de sus instrumentos de derechos humanos específicos, se ha podido configurar un esquema de protección de los derechos humanos en relación a las demandas de garantía y reconocimiento de este colectivo. Así, se ha visibilizado a un grupo históricamente vulnerable, además de reforzar los principios de dignidad e igualdad y no discriminación, configurándose un estándar mínimo de protección.

En relación a esto último, mi solución a la problemática planteada en los tres ejes de análisis pasa necesariamente por la dimensionalidad del reconocimiento en el contexto del sistema democrático de garantía de derechos. Ello tiene asidero con la “justicia social”, toda vez que reconoce y valora la diferencia, priorizando la identidad y autoafirmación que impactará en un mayor grado de satisfacción de derechos de las minorías, cualquiera que ellas sean, bajo el nuevo paradigma planteado por Fraser de justicia del reconocimiento y redistribución que tienda a la universalidad del goce de derechos bajo el principio de dignidad. Aquello deconstruye el paradigma heterocentrista y heteronormativo (el universalismo antidiferencialista, señalado por Boaventura de Sousa) que resta valor a lo no heterosexual, patologizándolo y despojando de derechos consustanciales a la persona humana considera diferente. El reconocimiento debe sustentarse en la justicia igualitaria, ya que el aprecio, la estima y el respeto deben ser elementos que se construyan sobre los proyectos de autorrealización personal sin interferencias de cuestiones culturales o subjetivas que resten mérito a lo que se aparta de lo que la sociedad ha normalizado.

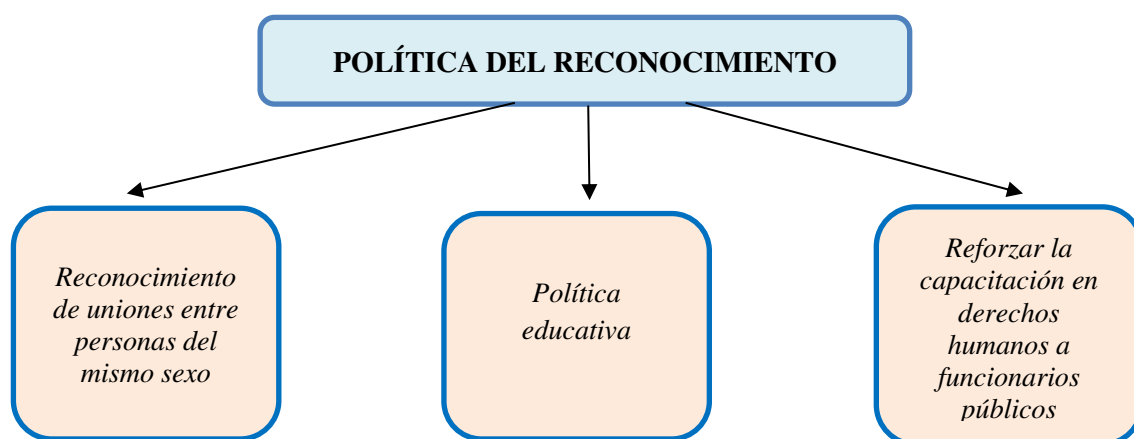


Figura No. 11 *Propuestas de resolución de la problemática sobre la política del reconocimiento.*

Fuente: Elaboración propia

- i. Los Estados deben legislar figuras jurídicas que reconozcan las uniones entre personas del mismo sexo bajo el principio de igualdad y no discriminación, estas pueden ir desde la regulación de las uniones de hecho, la unión civil y el matrimonio igualitario, que según los resultados del análisis comparado, esta última es la única institución que garantiza los derechos de filiación y de adopción de niños, así como el reconocimiento pleno de la familia homoparental. Las demás figuras excluyen este supuesto configurándose esencialmente como acuerdos patrimoniales.

En el mundo son 29 países que han reconocido el matrimonio igualitario y otros 27 - según ILGA- han regulado algún tipo de legislación sobre el reconocimiento de las uniones de personas del mismo sexo. En ese sentido, no puede dejar de mencionarse la labor garantista de las altas cortes de los estados en cuanto a la resolución de las controversias sobre las acciones de inconstitucionalidad planteadas ante el reconocimiento de estas uniones, así resultan ser los ejemplos emblemáticos el caso del Tribunal Constitucional de *España* en su sentencia de 2012, que señaló como uno de sus argumentos para resolver, la lectura evolutiva de la Constitución, que hace pensar en el derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad, interpretándose el matrimonio bajo el prisma evolutivo y no pético.

En **Sudáfrica**, la Corte Constitucional (2006) determinó que “prohibir el matrimonio a parejas del mismo sexo era discriminatorio e inconstitucional”, además precisó que, el matrimonio resulta ser una reliquia sobreviviente de prejuicios sociales destinados a evaporarse; el Consejo Constitucional de **Francia** (2013) señaló, que el matrimonio reconocido a dos parejas del “mismo sexo” se encontraba conforme a la Constitución.

En **Brasil**, (2013) el Consejo Nacional de Justicia aprobó legalizar el matrimonio igualitario en todo el país, obligando a las notarías al registro de los matrimonios de las “parejas del mismo sexo”. La Corte Suprema de los **Estados Unidos de Norteamérica** se pronunció sobre el caso de los demandantes y demandados: *James Obergefell v. Richard Hodges y otros*, (2015), en el que resuelve que el “derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo se deriva de la garantía de igual protección de la Décimo Cuarta Enmienda y por lo tanto no pueden ser privadas de este derecho y libertad”. En Puerto Rico las parejas se pueden casar desde el 2016.

En **Colombia**, el contexto fue una demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional de Colombia en contra de algunas expresiones contenidas en el artículo 113 del Código Civil. La Corte Constitucional resuelve que el concepto de familia “no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo, porque en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia”, la definición amplia de familia encuentra su sentido en la igualdad, por ello se proscribió la desprotección a causa de la orientación sexual, superando el déficit de protección, en virtud a ello se exhortó al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle sobre el matrimonio igualitario, no obstante, incumplido este plazo, nuevamente se recurrió a la Justicia Constitucional, toda vez que los notarios se negaban a celebrar dichas uniones por no tener un soporte constitucional, esta vez la sentencia del 28 de abril de 2016 ratificó el fondo de la sentencia C-577/11, señalando que “dos personas del mismo sexo tienen derecho a unir sus vidas mediante una institución reconocida por el estado, como lo es el matrimonio, ratificando además que los matrimonios civiles celebrados entre parejas del mismo sexo, con posterioridad al veinte de junio de 2013, gozan de plena validez jurídica”.

En **Austria**, fue la Corte Constitucional que aprobó el matrimonio igualitario, con la sentencia de fecha 5 de diciembre de 2017 que consideraba que la exclusión de las parejas del mismo sexo del acceso al vínculo matrimonial era discriminatoria.

En la **República de China (Taiwán)**, en este país el Tribunal Constitucional en 2017 tuvo participación al expedir una sentencia que señalaba que la ley que prescribe “que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer es inconstitucional” por ser discriminatoria. **Ecuador**, aprobó el matrimonio igualitario, con la sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador (2019) que resolvió sobre la Consulta de Norma remitida por el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, respecto de la “supuesta contradicción existente entre la Opinión Consultiva OC24/17 y el artículo 67 de la Constitución (que menciona que el matrimonio es la unión entre hombre y mujer)”. La Corte resaltó que la Opinión Consultiva constituye un instrumento internacional de derechos humanos, cuya aplicación debe ser directa e inmediata en el Ecuador.

Finalmente, en **Costa Rica** el matrimonio igualitario es legal desde el 26 de mayo de 2020, después de cumplido el plazo de 18 meses otorgado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia para que el Parlamento legislara sobre la materia, de lo contrario quedaban derogados los artículos que sean un obstáculo para el matrimonio igualitario. Este país aplicó la Opinión Consultiva 24/17.

En el Perú se han presentado diversos proyectos de ley, pero entre los más relevantes son PL 2647/2013-CR “Unión Civil no matrimonial para personas del mismo sexo” propuesta por Carlos Bruce, PL 718/2016- CR, propuesta por el congresista Alberto de Belaúnde y Carlos Bruce regulando la “unión civil” y PL 961-2016-CR, propuesta por las congresistas Indira Huilca y Marisa Glave “Ley de matrimonio civil igualitario”, esta última resulta ser la más idónea puesto que se modifica el artículo 234 del Código Civil en relación al matrimonio, siendo la modificación la siguiente “Artículo 234.- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por dos personas legalmente aptas para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.”, esta modificatoria sigue el mismo esquema que los países que han hecho la apertura de la figura matrimonio a las personas del mismo sexo, es decir eliminar las palabras “hombre y mujer” y en su lugar hacer referencia solo a “dos personas”, en apariencia una modificación sencilla pero que en definitiva cambiará la vida de las parejas que deseen recurrir a esta figura que garantiza la protección y el reconocimiento a las familias que han conformado.

En relación a la figura jurídica del matrimonio, el Perú, está lejos de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, y esto porque el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 01739-2018-PA/TC, resolvió declarar improcedente la demanda de amparo interpuesta por Oscar Ugarteche contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), quien solicitaba el reconocimiento y registro de su matrimonio celebrado en México (2010) con el señor Fidel Aroche. Los votos de los magistrados en mayoría señalan en buena cuenta lo siguiente:

- La figura del matrimonio es la heterosexual, de ahí que la complementariedad de los sexos desemboca en el nacimiento de nuevas personas, dotándolas por ello de un peculiar e intenso valor social. [...] “Los nuevos ciudadanos, que aseguran la continuidad social, proceden de uniones entre personas de distinto sexo, no de uniones homosexuales”. [...] La Constitución en su artículo 4, consagra el matrimonio heterosexual, en concordancia con la Declaración

Universal de los Derechos Humanos (artículo 16.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17.2)⁷⁰

- El proceso contencioso administrativo es la vía idónea en la que puede ventilarse este tipo de controversias relativas a resoluciones administrativas⁷¹.
- La Constitución “no consagra el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo” [Párr.1]. Como es de verse, no hay referencia alguna en la Constitución ni en la CADH al derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo ni habilitación alguna al respecto⁷² [Párr.6].
- No todo derecho adquirido fuera del Perú tiene que ser reconocido como válido en el Perú. Aunque el matrimonio de Ugarteche con Aroche fue celebrado válidamente en Ciudad de México, colisiona con la noción de matrimonio contenida no solo en el Código Civil sino también en la Constitución. [...] La Convención Americana no dice, pues, que contraer matrimonio es derecho de las personas; dice que es derecho “*del hombre y la mujer*, es decir, de *dos* personas de sexo *opuesto*”. La Convención Americana no ampara tampoco la poligamia ni el matrimonio entre personas del mismo sexo⁷³.

Sin ánimo de hacer un análisis pormenorizado de cada voto singular, se puede mencionar que reducir el matrimonio a la complementariedad de la genitalidad o la reproducción resulta discriminatorio respecto de personas que aun siendo heterosexuales deciden no tener hijos o no pueden tenerlos naturalmente por cuestiones biológicas como la edad o la infertilidad, de ahí que un matrimonio heterosexual que resulte en creación de personas sea más valioso que cualquier otro, resulta ser una falacia. Por otro lado, la Constitución expresamente no señala la heterosexualidad como criterio fundamental del matrimonio, es más, ni siquiera se hace referencia a ello, solo señala “*La comunidad y el estado [...] también protegen a la familia y promueven el matrimonio*”, por lo tanto, resulta un exceso la

⁷⁰ Voto singular del magistrado Ferrero Costa,

⁷¹ Voto singular del magistrado Miranda Canales.

⁷² Voto singular del magistrado Ernesto Blume Fortini.

⁷³ Voto singular del magistrado Sardón de Taboada.

interpretación forzosa del artículo 4 de la Constitución, así como la preponderancia del artículo 234 del Código Civil, que declara expresamente la heterosexualidad de los contrayentes (“*el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer*”) con el objetivo de restringir un derecho.

Otra arista de la fundamentación en mayoría, fue la interpretación literal de los tratados internacionales de derechos humanos de los que el Perú es parte, en alusión a la 4ta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, reforzando el carácter restrictivo de derechos sobre la base de los acuerdos internacionales que no expresan en su contenido que el matrimonio puede celebrarse entre dos personas del mismo sexo, soslayando la interpretación evolutiva de los tratados sobre derechos humanos, considerados instrumentos vivos por la Corte IDH y su homólogo, el TEDH.

Por otro lado, los temas relevantes del voto en minoría fueron; que las personas con orientación sexual no heterosexual son un conjunto humano históricamente discriminado, la orientación sexual como un componente esencial del ser humano, se ratifica la interpretación del artículo 1.1 de la CADH sobre el término “cualquier otra condición social”, entendida como “optimización de la dignidad de la persona humana”, y por ende la orientación sexual como categoría protegida por la CADH, además de pertenecer al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Se hace mención a lo señalado por la Corte IDH en la OC 24/17 (Para el magistrado Eloy Espinoza-Saldaña es vinculante) en relación al reconocimiento del matrimonio igualitario en los países de la región que no lo han legislado, pues no solo basta con reconocer la existencia del colectivo LGTBIQ, sino también debe de reconocerse sus proyectos de vida, lo que pasa por reconocer el matrimonio igualitario.⁷⁴

- ii.** La política educativa se constituye en un eje estructurador de la sociedad, aplicándose y ejecutándose en el sentido de una sociedad sustentada en valores democráticos que es el deber ser de un estado. Ello implica la premisa de un estado laico que no imponga un modelo de vida o de familia, es decir, el estado debe consolidarse como un estado respetuoso de todas las confesiones religiosas, pero sin dejar de ser influenciado por los diferentes grupos de presión religiosos cuando se trate del reconocimiento de derechos.

⁷⁴ Voto de los magistrados Marinella Ledesma, Ramos Nuñez y Eloy Espinoz-Saldaña.

En el pasado, una de las cuestiones de objeción por parte del colectivo “Con mis hijos no te metas”, fue la guía de educación sexual integral del año 2014, en la cual se abordaba la deconstrucción de los estereotipos de género al graficar a niñas con vestimenta neutra y con aspiraciones a carreras profesionales u oficios que solo se piensan pueden ser realizados por varones (por ejemplo se resalta la figura de una niña jugando futbol), así como también la enseñanza de que varones podrían ejercer un oficio o profesión que se piensa son femeninas (se gráfica y se relata la historia de un niño a quien no le agrada el futbol y prefiere el baile “Oliver Button es una nena” p. 49 o la historia de “érase un mundo al revés” el caperucito rojo). En dicha guía se hace referencia a la construcción de la identidad como cuestión personal y social así como la autoidentificación como hombre y mujer, el género como construcción social de lo femenino y masculino hecho que varía en cada época o cultura, se abordaban los estereotipos de género, identidad sexual, diversidad y respeto, relaciones de género y de igualdad de género. De su lectura y análisis, no se resalta el contenido tendencioso de querer *convertir* niños en niñas o viceversa.

Posterior al peregrinaje judicial⁷⁵, el Currículo Nacional 2017 debe de reforzar “los enfoques transversales (enfoque de derechos, enfoque inclusivo y de atención a la diversidad, enfoque intercultural, enfoque de igualdad de género, enfoque ambiental, enfoque del bien común y el enfoque de búsqueda de la excelencia)”. En nuestro país se protagonizó una suerte de satanización del enfoque de género, imputándole cuestiones que no figuraban en el currículo, como la intencionalidad de querer convertir a los niños en gay o en lesbiana, enseñarles sobre conductas homosexuales, inducirles a tener relaciones sexuales a temprana edad o a elegir si ser hombre o mujer, cuestiones que no se desprenden de la lectura sistemática del documento nacional de educación.

⁷⁵ En el año 2017, el Currículo Nacional de Educación Básica fue sujeto de una acción popular por parte del movimiento “padres en acción”, quienes entre sus argumentos señalaban que el citado Currículo incorporaba dos enfoques que no estaban presentes en los anteriores currículos, estos eran, “el enfoque de derechos y el enfoque de igualdad de género”, cuestiones en las que no habían participado los padres de familia. La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró parcialmente fundada la demanda, anulando la parte del Currículo que señalaba “*si bien aquello que consideramos femenino y masculino se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día en nuestras interacciones*”. El MINEDU y el colectivo de padres apelaron, el primero porque se revoque la resolución y los segundos porque se anule el Currículo Nacional. Finalmente, en abril de 2019 la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema declaró infundada la demanda de acción popular en todos sus extremos.

En consecuencia, no resulta incompatible abordar desde el sistema educativo la igualdad de género, la identidad sexual o la autoafirmación de lo no heterosexual con los valores democráticos, por el contrario, ello coadyuva a construir una sociedad más democrática y más justa, más aún si la igualdad de género siempre resulta una tarea inacabada y que en su implementación siempre presentará obstáculos ideológicos, patriarcales, heterocentristas y religiosos. La igualdad de género no debe reducirse a la orientación sexual, porque no es el sentido que le otorga el Ministerio de Educación, ni la UNESCO, ni ONU mujeres, ni los objetivos del desarrollo del milenio (Objetivo 3. Promover la “igualdad de género y el empoderamiento de la mujer”), ni los objetivos del desarrollo sostenible (objetivo 5. Igualdad de género), sino que la igualdad de género parte de la inequidad en oportunidades de desarrollo construidas históricamente en el mundo, lo que impacta directamente en las mujeres, discriminándolas, subordinándolas o encasillándolas a una función meramente reproductiva o de segunda categoría en lo profesional, además de someterlas a violencia doméstica por parte de sus parejas. Se busca incluir a la mujer en el desarrollo de su nación.

La orientación sexual, como parte del enfoque inclusivo y de comprensión de la diversidad, busca fomentar el respeto por las diferencias, cualquiera que esta sea, incluyendo la diversidad sexual, generando espacios inclusivos en el que todos podamos desarrollar cada proyecto de vida y autorrealización sin prejuicios o creencias que los menosprecien o denigren. Sin lugar a duda, la educación es la clave fundamental para desafiar el estatus quo de cada sociedad patriarcal, cerrando el círculo de la discriminación y la violencia.

- iii.** La capacitación en materia de derechos humanos a los funcionarios y servidores públicos del estado, es sustancial para el respeto y la no discriminación de toda persona. A ello debe sumarse en específico, la capacitación y formación en el respeto a los derechos de las personas LGBTI, fundamental en los temas de violencia contra este grupo. En ese sentido esta formación en derechos humanos con incidencia en los derechos de las minorías sexuales debe ser obligatoria para los jueces y fiscales de todos los niveles, así como para el personal policial y militar del país. A nivel local, la capacitación deberá impartirse especialmente al personal de serenazgo.

Asimismo, se debe tener presente lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (garantías de no repetición) en el caso Azul Rojas Marín, en el cual la corte insta al estado peruano a:

- La adopción de un “protocolo sobre la investigación y administración de justicia en casos de violencia contra las personas LGBTI”.
- “Sensibilización y capacitación de agentes estatales sobre violencia contra las personas LGBTI sobre: (i) el respeto de la orientación sexual y expresión de género en sus intervenciones a civiles, especialmente de personas LGBTI que denuncien haber sufrido violencia o tortura sexual; (ii) la debida diligencia en la conducción de investigaciones y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia sexual y tortura de personas LGBTI, y (iii) el carácter discriminatorio que tienen los estereotipos de orientación sexual y expresión de género y el impacto negativo que su utilización tiene sobre las personas LGBTI”. [...] (*Párr. 248*)
- “Diseño e implementación de un sistema de recopilación y producción estadística de violencia contra personas LGBTI”.
- “Eliminar el indicador de “erradicación de homosexuales y travestis” de los Planes de Seguridad Ciudadana de las Regiones y Distritos del Perú”.

La formación de los magistrados y agentes del orden en respeto de los derechos humanos de las personas LGBTI contribuirá a una sociedad más justa y menos prejuiciosa al momento de impartir justicia para las víctimas de crímenes por prejuicio.

2.6 Impacto social de la presentación de la propuesta

Los tres ejes, el reconocimiento del matrimonio igualitario, la política educativa con los enfoques planteados por el estado en derechos, diversidad e igualdad de género además del fortalecimiento en conocer e interiorizar los derechos humanos en general, y los derechos humanos de las minorías sexuales en particular, son las garantías que requiere una sociedad y un estado democrático que forme a futuras generaciones en respeto y diversidad social. La

aplicación de las propuestas de solución resultará en menos casos de discriminación, homofobia, ciclos de violencia contra la mujer y en mayor justicia ante la vulneración de derechos de personas LGBTI. Sin embargo, debemos de reconocer que estos resultados no serán a corto plazo, pues implica formar desde la educación básica a los nuevos ciudadanos del Perú bajo un nuevo paradigma educativo y social de respeto y tolerancia, implica trabajar con las familias y que el gobierno tenga la voluntad política de emprender cambios en sectores marginalizados de la sociedad. En el caso de las medidas ordenadas por la Corte IDH, el plazo es de dos años y es de obligatorio cumplimiento, cuestión que será supervisada por la Corte IDH, ello ayudará a dimensionar la realidad de los abusos y violaciones de derechos contra el grupo LGBTI, así como se dará cuenta de las medidas y diligencia debida tomada en cada caso en concreto, asegurando así la correcta investigación y sanción de actos de violencia contra este colectivo.

El reconocimiento del matrimonio igualitario, tendrá un impacto social definitivo en dos sentidos, primero en la sociedad, en la cual seguramente se producirán movilizaciones “pro familia” recrudeciendo la homofobia, señalando entre sus principales argumentos discursivos la desnaturalización de la familia tradicional o natural, el daño producido a los niños al carecer de una figura paterna o materna, la degeneración de la sociedad, y seguramente uno que otro argumento bíblico y de predicciones de desgracias para nuestro país por la aprobación de una normativa de esa envergadura. A ello se sumará las demandas de inconstitucionalidad, y finalmente será el Tribunal Constitucional quien resolverá en única y definitiva instancia, siendo el proceso el mismo que en los Tribunales Constitucionales o en las Cortes Supremas de los países que han terminado por reconocer el matrimonio igualitario; por otro lado, tendremos el impacto a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, quienes tendrán a su disposición la figura jurídica del matrimonio civil y optarán o no por casarse.

En relación con lo glosado, el matrimonio les otorgará la seguridad jurídica que su unión requiere y los beneficios patrimoniales y personales que anhelan. En la dimensión familiar, sus grupos familiares serán reconocidos y visibilizados por el estado, lo que permitirá concretar los derechos de filiación o adopción de niños, o de los hijos de una pareja (cuyo padre no lo ha reconocido), por la otra pareja -siempre sometiéndose ello bajo pautas objetivas del “interés superior del niño”- adquiriendo esta los derechos y deberes en relación al menor, mejorando el bienestar integral de aquella familia.

Finalmente, la política del reconocimiento se cristalizará al reconocer los mismos derechos a todos por igual sin discriminación de ningún orden, lo que impacta positivamente en el proyecto de vida de las personas LGBTI y en la posibilidad de disfrutar plenamente sus derechos humanos y a la vez provoca en la sociedad actitudes de reconocimiento y aceptación, disminuyendo así la homofobia e intolerancia, pues el matrimonio igualitario no menoscaba derechos de terceros ni colocará a la sociedad en una crisis a partir de ello y se seguirán formando diversos tipos de familias, incluidas las tradicionales, es decir, no habrá mayor catástrofe social por el reconocimiento de un derecho a una minoría.

En correlación a este reconocimiento, el estado debería de suscribir la “Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia adoptado en el Cuadragésimo Tercer Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General en el 2013” y de reciente entrada en vigor (20 de febrero de 2020) a partir del depósito hecho por los Estados Unidos de México. Esta convención, es un instrumento explícito que define y combate la discriminación en su múltiple variante (discriminación directa, indirecta, múltiple o agravada) además de señalar de forma expresa en el artículo 1.1 la discriminación por “orientación sexual”. La suscripción y ratificación de esta Convención de avanzada es el referente normativo para las propuestas que presenta la tesis, puesto que obliga a los estados a definir medidas que prohíban, sancionen o eliminen conductas que tiendan a la discriminación o intolerancia (art. 4) y exhorta a los estados a aplicar medidas que garanticen el goce pleno de los derechos de las poblaciones históricamente vulnerables, equiparando sus condiciones para un desarrollo pleno. Por otro lado, el impacto social de la educación bajo los enfoques planteados por el Estado, en especial los enfoques: de “derechos, enfoque inclusivo y de atención a la diversidad y de igualdad de género” son consustanciales a la formación de una ciudadanía responsable, respetuosa y tolerante ante las diferencias y minorías de cualquier tipo.

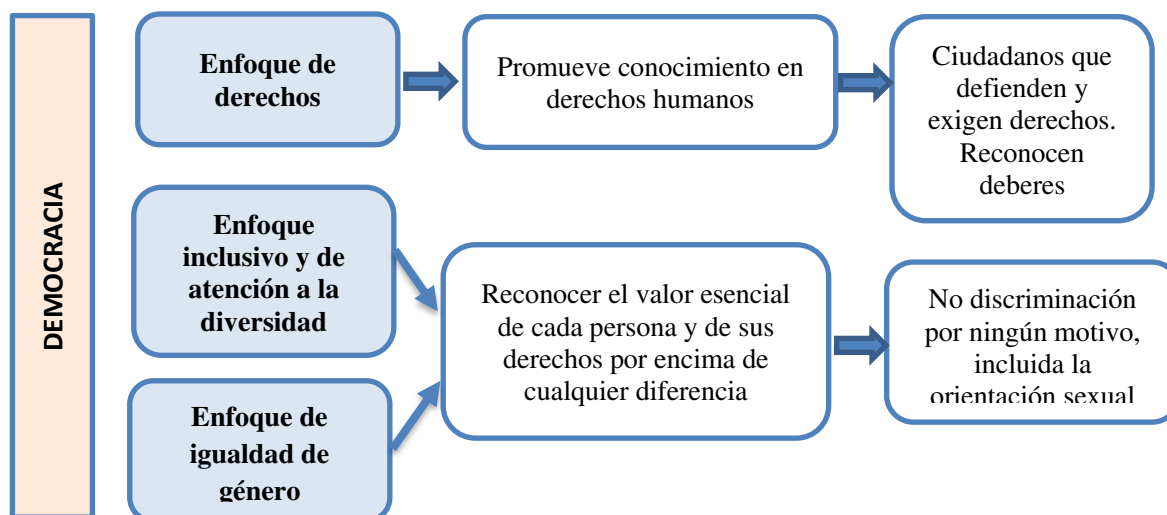


Figura No. 12 Enfoques de derechos pertinentes para la propuesta sobre el sistema educativo.

Fuente: Elaboración propia en base el “Currículo Nacional de la Educación Básica del Perú”, Ministerio de Educación, 2016.

Con un sistema educativo inclusivo se forjarán nuevas generaciones a quienes, desde la educación más elemental, se les inculcará conocimientos en derecho humanos, respeto y no discriminación, además de ello, tendremos ciudadanos formados sin prejuicios y sin la recurrencia de estereotipos de género, lo que ayudará a que se elimine la terrible práctica del bullying. Además, una educación que tenga como marco los enfoques transversales antes descritos, promueve ciudadanos que viven e interiorizan valores democráticos de aprecio y reconocimiento de las diferencias, proscribiendo discursos facilistas de las personas o grupos que pretendan limitar derechos en base a dogmas. La política educativa debe estar acompañada del compromiso de las familias de priorizar una educación en valores y evitar replicar estereotipos de género, terminando con el ciclo de la violencia en todos los sentidos.

Finalmente, la formación en derechos humanos con incidencia en la protección de los derechos fundamentales de las personas LGBTI, de jueces y fiscales de todos los niveles a nivel nacional, contribuirá a que se derriben estereotipos y prejuicios al momento de resolver sobre una causa o de calificar una denuncia. El caso de Azul Rojas Marín, bajo estos nuevos estándares de capacitación y protección no debería volverse a repetir, de ahí que resulte imperiosa la formación en derechos humanos de las personas LGBTI de los agentes estatales, es decir de la policía, las fuerzas armadas y el serenazgo, tal como manda la Corte Interamericana. El impacto de estas medidas a mediano plazo, será que los ciudadanos <LGBTI se sientan más empoderados en sus derechos y que empiecen a denunciar desde acosos callejeros, discriminación, violencia familiar, malos tratos, hasta los casos de violación y torturas con la convicción que no serán revictimizados al momento de la denuncia.

TERCERA PARTE

CONSECUENCIAS

3.1 Costos de la implementación de la propuesta

Las propuestas antes indicadas no irrogan mayores recursos a los sectores específicos, toda vez que el proyecto de ley sobre el matrimonio igualitario se encuentra en la Comisión de Constitución. Por otro lado, la política educativa tiene sentadas sus bases en el “Currículo Nacional de Educación Básica”, cuyos enfoques desarrollados sistemática y seriamente generarán la garantía de una formación sin prejuicios y con el objetivo de desaparecer los estereotipos que han creado superioridades de un grupo versus la inferioridad de otros. En consecuencia, no existirá un sobrecosto al presupuesto público por la aplicación de la propuesta de una educación verdaderamente inclusiva y diversa.

Finalmente, la propuesta de la formación especializadas en derechos humanos de las personas LGBTI en jueces, fiscales así como en agentes estatales, deberá implementarse por orden de la Corte Interamericana. Es preciso destacar que se han llevado a cabo algunos cursos o congresos sobre derechos LGBTI en el poder judicial a través de su escuela virtual en el año 2019 y 2020, por lo tanto, no generará un sobre costo en su presupuesto el implementar más cursos especializados en el tema.

3.2 Beneficios que aporta la propuesta

El reconocimiento del matrimonio igualitario en nuestro país iría de acorde a lo exhortado por la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva 24/17, y beneficiaría a una población históricamente discriminada en el ejercicio de sus derechos, reconocería a las familias homoparentales, cuya existencia es desde siempre, pero a los ojos del estado siempre han resultado invisibilizadas lo que los ha llevado a vivir en un estado de marginalización.

La educación básica y la formación especializada en derechos humanos con incidencia en la protección de poblaciones vulnerables, específicamente, el colectivo LGBTI tienen un impacto positivo en la sociedad porque permite valorar las diferencias, evitando las discriminaciones y que las personas LGBTI sean objeto de burla por la población y por las fuerzas del orden, sin duda, se reforzaría el respeto a todos por igual.

Aunque reiteramos, es una política a mediano y hasta de largo plazo el cambiar el paradigma patriarcal y de exclusión de lo que se considera inferior, por un paradigma del ejercicio pleno de los derechos humanos sin excepción alguna, pero con políticas y medidas concretas, como las propuestas puede avizorarse un futuro de paz social, cerrando ciclos de violencia contra la mujer y contra las personas LGBTI además de ser la sociedad en la cual el respeto y la tolerancia se conviertan en valores que le den verdadero sentido a la convivencia social.

CONCLUSIONES

El desarrollo de la presente tesis permitió abordar tres ejes centrales para la investigación de la garantía de derechos de las familias homoparentales. El primer eje, fue la familia como estructura sistémica y dialéctica sujeta al cambio histórico y cultural, el segundo, el principio de igualdad y no discriminación que dimana de la teoría del reconocimiento de lo diverso y por último la garantía de derechos humanos de las personas LGBTI y la de sus familias en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo las conclusiones las siguientes.

I. FAMILIA Y RECONOCIMIENTO FORMAL DEL VÍNCULO FAMILIAR GENERADO POR LAS PERSONAS LGBT.

1. En las últimas dos décadas, se ha dado una suerte de posmodernización de la familia, que implica una nueva composición, reestructuración y reconfiguración de la misma, a raíz de un nuevo contexto social, educativo y fundamentalmente económico que ha deconstruido el paradigma de la familia tradicional o nuclear caracterizada por roles de género históricamente definidos.
2. Por otro lado, una -aparente- nueva forma de familia ha hecho su entrada en el derecho y en el campo social, estas son las familias conformadas por parejas del mismo sexo (con o sin hijos), familias que siempre han existido pero que se mantuvieron bajo la sombra de lo tradicional y deseado por el estado y la sociedad. Algunos estados a través de la labor legislativa, el manejo de los discursos de algunos partidos políticos, los pronunciamientos judiciales de las altas cortes nacionales y la jurisprudencia sentada por la justicia supranacional, han universalizado el derecho a tener y formar una familia soslayando el imperativo heterosexual. La consecuencia de esto es el reconocimiento y la legitimación de estas familias; mientras que otros estados han optado por su invisibilización, configurándose en este último caso un desfase entre norma, política pública y realidad. Lo cierto es que esta tipología familiar reconocida en algunos países, aún es la excepción y no la regla. La razón de esto, es el mandato de la heteronormatividad que siempre ha sido el parámetro jurídico de validez de las relaciones familiares. Sin embargo, la realidad se ha tornado cambiante al legitimarse y permitirse jurídicamente el matrimonio entre parejas del mismo sexo en algunos países del mundo.

3. Los enfoques sistémico, funcional y estructural que explican la dinámica de las relaciones sociales entre los individuos que componen una sociedad, son aplicables a la complejidad y dinamismo de la familia, toda vez que las familias responden a las mismas variables que las de una sociedad, de ahí su complejidad y su estudio a partir de las teorías sociológicas funcionales y estructurales, considerando a la familia como un sistema, con sus propias particularidades. De acuerdo a ello, se tiene que la familia homoparental cumple con las características de estos enfoques, es decir son un conjunto, puesto que es una totalidad que aporta una realidad más allá de la suma de los miembros, tienen una estructura definida, porque ostenta una organización de la vida cotidiana que incluye reglas de interacción y jerarquización de las relaciones intrafamiliares, es un grupo propositivo, toda vez que está orientado a la consecución de sus objetivos personales y familiares.

4. La exigencia Jurídica y social destinada a que las familias homoparentales demuestren su idoneidad, va en contra del espíritu del derecho internacional. La declaración de derechos humanos establece que las personas no deben ser discriminadas por ciertas características, incluida la orientación sexual, derecho que se desvanece al aplicar el principio precautorio para las parejas del mismo sexo, al tener por cierto que estas familias actúan *ex ante* contra el interés superior del niño, ello es perpetuar actitudes discriminatorias en razón a la orientación sexual de las personas.

De las entrevistas a familias homoparentales tenemos que;

5. Cuando expresaron su orientación sexual al grupo familiar primigenio (padres y familia nuclear) lo que comúnmente se denomina “salida del closet”, implicó en la mayoría de los casos rechazo, culpa y en otros una aceptación tardía, reconstituyéndose posteriormente las relaciones familiares. La contraparte de ello, son las familias que nuestros entrevistados formaron, familias normales y su punto de retorno seguro, comunión de valores, lugar de desarrollo -como las han caracterizado que buscan reconocimiento legal a través del matrimonio igualitario o de la unión civil, razón por la cual, las tres familias peruanas señalaron que efectivamente se casarían para dotar de mayor seguridad jurídica a su relación, además de compartir las prestaciones sociales y los derechos propios de la convivencia reconocida.

6. Los entrevistados manifiestan que sus prácticas familiares son de lo más convencional que pueden resultar y son tan legítimas y dignas de respeto como cualquier otra, asimismo, destacan el normal desenvolvimiento de sus hijos en espacios sociales como el colegio o las relaciones amicales que han formado, cuestión que se contrasta con las investigaciones de Patterson, Perrin, Golombok y otros. Por tanto, esbozar cuestionamientos ex ante sobre la idónea parentalidad por razón de la orientación sexual, así como afirmar sobre disfuncionalidades en el desenvolvimiento de sus hijos en la vida social, resulta en un prejuicio discriminatorio que atenta al normal desenvolvimiento y desarrollo de estas familias.

De las entrevistas a los especialistas en género y derechos humanos, se tienen lo siguiente;

7. Resulta imperioso destacar que la discriminación y desigualdad padecida por este colectivo tiene incidencia en su dignidad como sentido universalista y en el proyecto de vida que han trazado para ellos, de ahí la importancia que el reconocimiento ayude entender que los sentimientos de desprecio o discriminación hacia personas que no se adscriben a lo que se denomina tradicional, no hace más que menoscabar la autorrealización que cada uno define para sí mismo, es por ello la perspectiva del reconocimiento como aprecio de las aptitudes de los otros en el proceso de construcción de su identidad.
8. En consecuencia, tenemos en las sociedades personas que pueden ejercer plenamente sus derechos, pero a la vez, existen personas de colectivos minoritarios, en este caso, los LGBTI, quienes institucionalmente e históricamente han sufrido la desposesión de derechos y que buscan en la autoorganización la conquista de derechos y condiciones que los heterosexuales tuvieron desde siempre, lo que constituye una injusticia, toda vez que se quiebra la universalidad de los derechos humanos, siendo lo idóneo la promoción de lazos de reconocimiento, empezando por valorar la diversidad y la diferencia como parte consustancial de una sociedad más inclusiva y proscribiendo las intenciones de homogenización que implica la negación de las diferencias, teniendo como postulado básico que la igualdad como derecho esencial que se desprende de esencia natural del ser humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona.

9. Los derechos humanos son el presupuesto esencial de un sistema político, son los estándares mínimos que deben ser garantizados por los estados, siendo el principio de igualdad y no discriminación una norma de *ius cogens*. Los derechos humanos resultan indispensables para que los individuos puedan desarrollar en la sociedad el proyecto de vida trazado, no obstante, aún en sistemas democráticos que proscriben formalmente mediante las leyes nacionales actos discriminatorios, estos siguen cometiéndose y muchos de ellos están aparejados con maltratos y violencia en contra de lo que no se considera “normal” o “natural”, es decir, se producen vulneraciones a los derechos humanos, en el caso en concreto, contra las personas LGBTI, toda vez que la violencia que padecen no goza de relevancia social ni jurídica existiendo dejadez de parte de los gobiernos en legislar contra los crímenes de odio.
10. La desigualdad afecta el ejercicio de los derechos humanos a las personas LGTBI, sin embargo, dentro de este grupo hay quienes resultan ser más afectados que otros, lo que depende en buena cuenta de la cuestión socio – económica y en la mayor visibilidad como son las mujeres trans, pasibles de discriminación interseccional. Pero también la desigualdad puede considerarse como una condición que frustra un proyecto de vida, y que tiene que ver no solo con el reconocimiento, sino además con la redistribución, por lo tanto, para las personas trans las políticas o los mecanismos de protección no solo pasan por el reconocimiento, sino por generar condiciones de vida dignas que en la actualidad no tienen, ya que les han sido negadas oportunidades y condiciones que las personas heterosexuales si tienen. En este último caso, es imperativo que se regule sobre la identidad de género para que las personas trans puedan ser reconocidas en razón de su autodeterminación.
11. Resulta imperioso que el sistema político reemplace el paradigma heterosexual y sus consecuencias por uno en el cual todas las vidas sean valiosas y sin esquemas de desigualdad, por otro lado, el tema de la educación siempre será la piedra de toque en construcción de valores, pues será la herramienta que permitirá desarraigar los estereotipos y prejuicios culturales en general en la sociedad.
12. El Estado peruano no ha implementado una política sostenible de garantizar derechos a las personas LGBTI, existiendo un desfase entre el discurso político de los gobernantes y la violencia estructural por parte del Estado a la que se ven sometidos. Asimismo, la política estatal respecto a la garantía de derechos LGTBI, ha sido la

invisibilidad y exclusión, si bien existe la referencia a la protección de grupos vulnerables como lo son los LGBTI en los Planes sobre Derechos Humanos, ello resulta insuficiente, además que el reconocimiento de derechos depende de la voluntad política de la clase política de turno.

13. La única opción para la protección integral de las familias homoparentales es el reconocimiento del matrimonio igualitario conforme a la OC 24/17 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que señala que cualquier figura jurídica distinta al matrimonio, pero que reconozca sus mismos efectos, resulta discriminatoria. Este debate debe estar al margen de posiciones religiosas o la “ética privada”, puesto que se trata de reconocimiento de derechos. El matrimonio brinda seguridad jurídica a la relación y a la familia conformada por dos personas del mismo sexo. Se aspira al matrimonio como figura de protección de la familia y de la pareja, a fin de evitar el desamparo patrimonial y sobre todo el tener una participación activa en las decisiones más importantes en cuanto a la salud y vida de la pareja, derecho que es negado, pues no conforman parte de una relación con reconocimiento jurídico, afectando su derecho a conformar una familia.

II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

21. El Sistema de protección Europeo de Derechos Humanos ha atravesado por tres periodos definidos en lo que respecta a sus pronunciamientos sobre la garantía de derechos de las personas LGBTI. El primer periodo abarca la despenalización de las relaciones homosexuales/ Protección de la vida privada, puesto que se resolvieron cuestiones como la derogatoria de las leyes de sodomía. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos invoca el *margen estrecho* cuando los estados interfieran en el derecho a la vida privada que incluye la vida sexual de acuerdo a lo prescrito en el artículo 8° del CEDH, por tanto, la sola existencia de legislación penal sobre delitos de sodomía constituía una intromisión continua y directa en el derecho de hombres gays.
22. El segundo periodo, denominado el del reconocimiento limitado o restringido en materia de derechos de las personas LGBTI, implica el pronunciamiento de las relaciones estables de pareja como pasibles de ser protegidos por el derecho a la vida familiar, no obstante no se reconoce el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar, finalmente, el

tercer periodo, el del consenso europeo, implica dejar a los estados a que legislen sobre el matrimonio igualitario, pues el TEDH no interpreta el artículo 12 del convenio como un derecho al matrimonio por parte de las personas LGBTI, aduciendo a que no existe consenso sobre este tema en todos los estados parte del Convenio. Si bien el Tribunal no obliga a los estados a aceptar el matrimonio igualitario, si los exhorta para legislar sobre alguna figura distinta al matrimonio que reconozca jurídicamente a estas uniones.

23. Este segundo periodo resulta más complejo y ostenta mayores márgenes de interpretación y de ponderación de derechos, pues se resuelven casos relacionados a la homosexualidad y las relaciones familiares, discutiéndose sobre la disyuntiva de si parejas del mismo sexo, en una unión estable pueden estar amparadas por el artículo 8° del CEDH (la protección del derecho a la “vida familiar”), resolviendo el Tribunal que la noción de "vida familiar" del artículo 8° no se limita únicamente a las familias basadas en el matrimonio, sino que este abarca otras relaciones de hecho, incluida la de los transexuales a quienes el Estado tiene la obligación de reconocerles su identidad sexual e incluso sus derechos parentales.
24. El caso que reviste mayor importancia en la presente tesis y adscrita al segundo periodo de sentencias del TEDH, por abordar la problemática de sobre la parentalidad de hijos menores de edad bajo el cuidado de padres gay o lesbianas, es sin duda el caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, con sentencia del 21 de diciembre de 1999, en el cual el Tribunal concluyó que Corte de Apelaciones de Lisboa llevó a cabo una diferencia de trato en desmedro del señor Salgueiro Da Silva por el solo hecho de su orientación sexual, actuación que no pasó por el test de proporcionalidad y razonabilidad, toda vez que la diferencia de trato será discriminatoria en el sentido del artículo 14 si no tiene una justificación objetiva y razonable.
25. El tercer periodo de sentencias del TEDH corresponde a la interpretación sobre la existencia del derecho al matrimonio por parte de parejas del mismo sexo. Para estos efectos, el Tribunal recurre a la figura del “*consenso europeo*”, que no es más que el acuerdo unánime de los estados parte del Convenio sobre el tratamiento de algún derecho en particular, por lo tanto, si no existe consenso europeo para determinar el contenido de un derecho el criterio de interpretación que subyace es el del “*margen de apreciación nacional*”, cuya piedra de toque es la soberanía de cada estado y el ejercicio de su derecho interno en razón a la subsidiaridad del sistema europeo. Este margen puede ser amplio, pero no ilimitado -siempre bajo el control del TEDH-

debiendo estar supeditado a un fin legítimo y al cumplimiento en estricto del test de proporcionalidad; y un margen estrecho cuando se trate de alguna interferencia que pueda afectar derechos humanos, invocando la moral y el orden público de cada estado en particular. De tal manera que si el TEDH aplica el margen de apreciación estatal por ausencia de consenso europeo, se ratificará la decisión de los tribunales nacionales, no pudiendo forzar a los estados la adopción de figuras jurídicas en tanto no exista aquel consenso, dejando al tiempo la formación de consenso sobre el contenido esencial de un derecho, esto último aplicable al no reconocimiento de vulneración del derecho al matrimonio de dos personas del mismo sexo, puesto que no existe consenso entre los estados parte del Convenio sobre la legalización del matrimonio igualitario.

26. En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tenemos el caso *Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012, que hasta la fecha es el principal precedente en materia de derechos de personas LGBTI, puesto que señaló por primera vez que los criterios establecidos en el art. 1.1 de la Convención American de Derechos Humanos (CADH) no son taxativos, entendiéndose por “*otra índole social*” la incorporación de nuevas condiciones como la categoría orientación sexual de las personas, ello tomando en cuenta que la igualdad se desprende de la naturaleza de género humano y es inseparable de la dignidad de la persona y que se constituye como la obligación de los Estados parte de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”.
27. La Corte IDH, condensa en el caso Karen Atala, una serie de garantías de derechos para familias homoparentales protegida por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención., además se enfatiza que de acuerdo al principio de igualdad y no discriminación, la orientación sexual es una categoría protegida por la CADH y forma parte del derecho a la vida privada. Los tres subsiguientes casos se dieron en periodos relativamente breves de tiempo, y al igual que el caso *Karen Atala v. Chile*, parten de la premisa más importante que es la igualdad y no discriminación, además de entrar a un análisis más detallado sobre la integridad personal y protección a la honra y dignidad.

- 28.** La Corte Interamericana rechaza e inaplica de plano la doctrina del consenso de los estados parte de la Convención, pues sienta su jurisprudencia en la estricta garantía de los derechos humanos al margen de la existencia de consenso, y a la luz de la interpretación evolutiva que ofrezca mayor protección a los derechos humanos, determinando que un presupuesto como la falta de consenso sobre el contenido de un derecho, no es óbice para no formular una decisión que proteja el derecho o en todo caso que sancione su vulneración; por lo que el Sistema Interamericano tiende a la universalización y protección de los derechos humanos, sin hacer más compleja la protección por alguna teoría que implique la aquiescencia de todos los estados, perfeccionando así la hermenéutica jurídica de la Convención como doctrina de la garantía universal.
- 29.** Por tanto, la Corte IDH realiza una interpretación garantista y dinámica de la CADH en los cuatro casos que merecieron su pronunciamiento, siendo la primera sentencia la que más derechos protegidos abarca, no obstante, aún no existe pronunciamiento jurisdiccional sobre algún caso que tenga como controversia la legislación o el reconocimiento del matrimonio igualitario, aunque cabe resaltar que en la Opinión Consultiva 24/17 del año 2017, la Corte insta a los Estados a que de acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención, garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, diferencia abismal con lo propuesto por el TEDH, quien deja a cada estado que legisle sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo, aduciendo que la única unión matrimonial protegida por el CEDH, es la heterosexual.
- 30.** De la lectura de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), no se denota la referencia de protección expresa sobre alguna condición de orientación sexual, o de la familia no tradicional, sin embargo, tanto la Corte IDH como el TEDH han considerado a sus tratados de derechos humanos como instrumentos vivos y como tales deben de interpretarse en contextos actuales, es decir no son una normativa pétrea e inmutable sino son norma de amplia interpretación siempre salvaguardando el principio pro homine y de dignidad, en virtud a ello, ambas Cortes han reconocido a la orientación sexual como categoría protegida y perteneciente a la privacidad de la persona.

RECOMENDACIONES

Las recomendaciones en la presente tesis se han esbozado sobre la base de las propuestas para la solución de la problemática sobre la falta de garantía de derechos humanos de las personas LGBTI y de las familias que conforman en el contexto peruano.

1. El estado peruano debe suscribir la “Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia adoptado en el Cuadragésimo Tercer Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General en el 2013” y de reciente entrada en vigor (20 de febrero de 2020) a partir del depósito hecho por los Estados Unidos de México. Esta Convención, es un instrumento explícito que define y combate la discriminación en su múltiple variante (discriminación directa, indirecta, múltiple o agravada) además de señalar de forma expresa en el artículo 1.1 la discriminación por orientación sexual. La suscripción y ratificación de esta Convención de avanzada es el referente normativo para las propuestas que presenta la tesis, puesto que orienta a la política pública, obligando a los estados a definir medidas que prohíban, sancionen o eliminen conductas que tiendan a la discriminación o intolerancia y exhortándolos a aplicar medidas afirmativas para garantizar los derechos de las poblaciones históricamente vulnerables, equiparando sus condiciones para un desarrollo pleno.
2. Los Estados en general, deben legislar figuras jurídicas que reconozcan las uniones entre personas del mismo sexo bajo el principio de igualdad y no discriminación, siendo el matrimonio igualitario la única institución que garantiza los derechos de filiación y de adopción de niños, así como el reconocimiento de la familia homoparental. Las demás figuras excluyen este supuesto configurándose esencialmente como acuerdos patrimoniales.
3. En el caso del Perú, debe de aprobarse el matrimonio igualitario sobre la base de la Opinión Consultiva 24/17, en ese sentido, la propuesta por las congresistas Indira Huillca y Marisa Glave es la más coherente y conforme al derecho convencional “Ley de matrimonio civil igualitario”, la misma que modificaría el artículo 234 del Código Civil en relación al matrimonio, siendo la modificación la siguiente “Artículo 234.- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por dos personas legalmente aptas para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.”, esta modificatoria sigue el mismo esquema que los países que

han hecho la apertura de la figura matrimonio a las personas del mismo sexo, es decir eliminar las palabras “hombre y mujer” y en su lugar hacer referencia solo a “dos personas”.

4. Desde la política educativa se debe abordar la igualdad de género, la identidad sexual o la autoafirmación de lo no heterosexual, razón por la cual, deben de reforzarse los enfoques propuestos en el Currículo escolar del Perú, el mismo que señala el enfoque de igualdad de género que busca equiparar oportunidades entre hombres y mujeres y desterrar prejuicios o estereotipos. Asimismo, debe de trabajarse multidisciplinariamente la Guía de Educación Sexual a fin que los alumnos conozcan de una sexualidad responsable, didáctica y profesional, la que deberá incluir la orientación sexual. Para ello los docentes deberán de capacitarse en género, familias diversas y derechos humanos de las minorías.

5. Resulta imperiosa la capacitación en materia de derechos humanos en general y de derechos humanos de las minorías sexuales a los funcionarios y servidores públicos del estado. En ese sentido esta formación en derechos humanos con incidencia en los derechos de las minorías sexuales debe ser obligatoria para los jueces y fiscales de todos los niveles, así como para el personal policial y militar del país. A nivel local, la capacitación deberá impartirse obligatoriamente al personal de serenazgo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alves de Faria, G. (2015). Sexual Orientation and the ECtHR: what relevance is given to the best interests of the child? An analysis of the European Court of Human Rights' approach to the best interests of the child in LGBT parenting cases', *Family & Law* April, DOI: 10.5553/FenR/000018
- American Academy of Pediatrics (2002), *Technical Report: Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents*, 109 *Pediatrics* 341. Feb. citado por National Center for Lesbian rights. Adoption By Lesbian, Gay, And Bisexual Parents: An Overview of Current Law. <http://www.nclrights.org/wp-content/uploads/2013/07/adptn0204.pdf>.
- Andrade, A y Uribe, M. (2015). Las familias homoparentales y el cuidado. *Prospectiva. Revista de Trabajo Social e Intervención Social No. 20*, octubre 2015: pp. 351-374.
- Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA): Chiam, Z., Duffy, S. y González Gil, M., Informe de Mapeo Legal Trans 2017: Reconocimiento ante la ley (Ginebra: ILGA, noviembre de 2017).
- Arriagada, I. (ed) 2001. "Familias latinoamericanas. Diagnóstico y políticas públicas en los inicios del nuevo siglo". División de Desarrollo Social. Santiago de Chile. Naciones Unidas – CEPAL.
- Baidawi, A. y Cave, D. (2017, 14 de noviembre). *Australia vota a favor del matrimonio homosexual*. New York Times. <https://www.nytimes.com/es/2017/11/14/espanol/australia-vota-a-favor-del-matrimonio-homosexual.html>.
- Baños, C. (2008). Pecado, delito y enfermedad. El "estigma" de ser homosexual. Notas de sociología crítica a propósito de las uniones homosexuales en América Latina. *Revista legislativa de estudios sociales y de opinión pública, Vol. (1, N°. 1)*, págs. 45-80
- Banco Interamericano de Desarrollo (s/f). Las vidas de las muxes en México. Muxes, el Tercer sexo en México. <https://www.iadb.org/es/mejorandovidas/muxes-el-tercer-sexo-de-mexico>. [última visualización, 7 de febrero de 2020]
- Barrios, A. (2012). Estudio y análisis de la percepción social de las familias homoparentales y su presencia en la prensa escrita española. Universidad de Valencia, 2012. <<http://familieslg.org/familieslgtb/wp-content/uploads/Homoparental.pdf>>.
- Behar, D. (2008). Metodología de la investigación. Editorial Shalom.
- Bermúdez-Tapia, M. (2021). La incidencia de los derechos individuales en el contexto familiar como una proyección de un nuevo modelo de evaluación de derechos sociales. En Aguilar, G. y Nogueira, H. *La Evolución de los derechos sociales en el mundo global*. Págs. 487-504. Ed. Tirant to blanch.

- (2021). Tutela de derecho en el derecho de familia en el ámbito convencional. En Bustamante, E. *La aplicación de las reglas procesales en el derecho de familia*. Págs. 353-367. Ed. Instituto Pacífico.
- (2020). La extrapolación de la tutela del derecho de identidad a los colectivos LGBTQ conforme al estado de cosas inconstitucional. *Revista Instituto Pacífico*. Número 75. Setiembre 2020. Págs. 99-111.
- Bermúdez-Tapia, M. y Pinedo, M (2019). La incidencia jurídica de la buena y mala fe en las relaciones afectivas. *Gaceta Jurídica*. S.A
- (2016). El conflicto normativo entre los artículos 1 y 4 de la Constitución en el ámbito judicial en la especialidad de Derecho de Familia. *Revista Gaceta Civil y Procesal Civil*. Tomo 42. Diciembre, 2016. Págs.173-183.
- Bigner, J. J., Bozett, F. W. (1990). Parenting by Gay Fathers. In: Homosexuality and Family Relations. Bozett, F. W., Sussman, M. B. New York, NY: Haworth Press, Inc., citado en National Clearinghouse on Child Abuse And Neglect Information.
- Bimbi, B. (2014). Hannah Arendt y el matrimonio igualitario. La lucha por los derechos LGBT en Argentina. *Revista Nueva Sociedad*. No 251, mayo-junio de 2014, 113-126. Recuperado de <https://nuso.org/revista/251/contra-el-sistema-jovenes-luchas-y-disidencias-en-el-siglo-xxi/>.
- National Adoption Information Clearinghouse. (1990) "Gay and Lesbian Adoptive Parents: Resources for Professionals and Parents". https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/f_gay.pdf.
- Bloque Alternativo de Revolución Sexual (s/f). "Heteronormatividad". <https://bloqueandaluzrevsex.files.wordpress.com/2012/02/heteronormatividad2.pdf> [última visualización 15.03.2020].
- Bobbio, N. (1981). Presente y porvenir de los derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos Nro. 1*. *Revista de la Universidad Complutense*. Madrid. Instituto de Derechos Humanos.
- Burneo, J. (2011). Globalización de los derechos humanos y de la justicia penal internacional, en: Cuaderno de trabajo Nro. 21. Lima, Perú. Departamento Académico de Derecho PUCP.
- Butler, J. (2001). El grito de Antígona. Primera edición. Barcelona. El Rourc Editorial, S.A.
- Butler, J. (2002). Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del "sexo". Buenos Aires. Editorial Paidós.
- Butler, J. (2006). *Deshacer el género*. Barcelona. Editorial Paidós.
- Denneny, M. (1981). Política Gay: Dieciséis propuestas. En Jiménez (ed). *Manifiestos Gays, lesbianas y Queer*. Testimonios de una lucha (1969-1994), (2009). (pp.165-188). 1era edición. Icaria editorial.

- De Sousa, B. (2010). Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia. En Caicedo, D. y Porras, A. (ed), *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad* (pp. 3-52). Quito. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Calveiro, P. (2005). *Familia y poder*. 1 era edición. Argentina. Editorial Buenos Aires: Libros de la Araucaria.
- Chan, R. W., Brooks, R. C., Raboy, B., & Patterson, C. J. (1998). Division of labor among lesbian and heterosexual parents: Associations with children's adjustment. *Journal of Family Psychology*, 12(3), 402–419. <https://doi.org/10.1037/0893-3200.12.3.402>
- Chanamé, R. (2012). *Diccionario de derecho constitucional*. Novena Edición. Universidad Alas Peruanas.
- Cameron, P. y Cameron, K. (1998). Homosexual parents: A comparative forensic study of character and harms to children." *Psychological reports* 82.3c: 1155-1191. <https://pdfs.semanticscholar.org/a754/b9e57f9e30ff53d674561b8cf83c79098f3b.pdf>
- Capdevielle, Molina, Gómez y Martínez (2019). *La agenda de la laicidad en 2018*. Primera edición, México. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Carbonell, José (Law teacher) & Carbonell, Miguel, (author.) & González Martín, Nuria, (author.) (2012). *Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho* (Primera edición). México. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Carrillo, J. (2001). *Soberanía de los estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*. Segunda Edición. Madrid. Editorial Tecnos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). Nota del Presidente del Comité Jurídico Interamericano al Presidente del Consejo Permanente, transmitiendo el Informe Preliminar sobre “Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género”. OEA/Ser.G. CP/doc.4856/13. 17 abril. Original: español.
- Cretella y Den.(2019) *Homosexual Parenting: A Scientific Analysis*. <https://acped.org/position-statements/homosexual-parenting-a-scientific-analysis>.
- Cordero, D. (2019, 14 de junio). *Análisis sobre la sentencia del matrimonio igualitario en Ecuador*. La línea de fuego – Revista Digital. <https://lalineadefuego.info/2019/06/14/analisis-sobre-la-sentencia-del-matrimonio-igualitario-en-ecuador-por-david-cordero-heredia/>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Compendio sobre la igualdad y no discriminación*. Estándares Interamericanos. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 12 de febrero de 2019. OEA/Ser.L/V/II.170 Doc. 31.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018). Informe. Reconocimiento de derechos de las personas LGBTI. Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 7 de diciembre de 2018. OAS/Ser.L/V/II.170. Doc. 184.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). Informe. Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1984). Opinión Consultiva OC OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s/f). Cuadernillo de jurisprudencia N° 14: igualdad y no discriminación. <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14.pdf>. [última visualización el 12 de marzo de 2020].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). Cuadernillo de jurisprudencia N° 19: Derechos de las personas LGTBI. <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo19.pdf>.
- Comisión Internacional de Juristas, Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Guía para Profesionales No. 4, 2009.
- Darlington, S. (2018, 31 de diciembre). *Parejas del mismo sexo se apresuran a casarse antes de que el nuevo presidente de Brasil asuma el poder*. The New York Times. <https://www.nytimes.com/es/2018/12/31/espanol/bolsonaro-parejas-gay.html>.
- Defensoría del Pueblo. (2019). Nota de Prensa N° 247 /OCII/DP/2019. “Terapias de Reconversión” constituyen actos de tortura contra las personas LGBTI.
- De Schutter, O. y Waaldijk, K. (s/f). Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in Belgium. <https://same-sex.web.ined.fr/pdf/DocTrav125/05Doc125Belgium.pdf>.
- Della Porta y Keating (Coord.), 2013. Enfoques y metodologías de las Ciencias sociales una perspectiva pluralista. España. Editorial Akal.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. 2da. Edición. Barcelona. Editorial Ariel.
- Durkheim, E. (2005). *Suicide. A study in sociology*. Translated by John A. Spaulding and George Simpson Edited with an introduction by George Simpson. Londres. published in the Taylor & Francis.

- Durkheim, E. (2007). La división del trabajo social. Sexta edición. México. Editorial Colofón.
- El País (2010, 11 de junio). Islandia aprueba el matrimonio homosexual. https://elpais.com/sociedad/2010/06/11/actualidad/1276207208_850215.html.
- Engels, Federico. “El origen de la familia, la propiedad privada y el estado” (1891). Marx y Engels, obras escogidas.
- Equality and Human Rights Commission (2014). *The Marriage (Same Sex Couples) Act 2013: The Equality and Human Rights Implications for Marriage and the Law in England and Wales*. Publication GD.13.103-1. https://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/gd.13.1031_marriage_and_the_law_24-03-14.pdf.
- Espinoza, A. (2017). ¿En qué está la familia en el derecho del siglo xxi? El camino hacia un pluralismo jurídico familiar. *Tla-Melaua, revista de Ciencias Sociales*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México / issn: 1870-6916 / Nueva Época, año 10, núm. 41, octubre 2016/marzo 2017.
- Espinal, I., Gimeno, A. y González, F. (2006). El enfoque sistémico en los Estudios sobre la familia. *Revista internacional de sistemas*. Núm. 14. Pág. 21-34.
- EUROSTAT (2015). Statistical books. Being young in Europe today. 2015 edition. Belgium.
- Eurobarometer on Discrimination 2019: The social acceptance of LGBTI people in the EU. National data: Filework, may 2019/publihes 23 september 2019. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/ebs_493_data_fact_lgbti_eu_en-1.pdf.
- European Commission (2015). List of actions by the Commission to advance LGBTI equality. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/lgbti-actionlist-dg-just_en.pdf.
- Fernández, M. (2013) Manual de Derecho de Familia. Perú. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Fraser, N. (2000). ¿Redistribución o reconocimiento?. Un debate entre el marxismo y feminismo. Editor en la edición en castellano, Carlos Petro del Campo. Madrid. Editorial Traficantes de sueños.
- Fraser, N. y Honneth, A (2006). ¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político filosófico. Madrid. Editorial Morata.
- Fregenal, M. (s/f). *A 30 años desde que Dinamarca es el primer país en legalizar la unión civil entre personas del mismo sexo*. Consultado el 16 de febrero de 2020. <http://www.iri.edu.ar/index.php/2019/10/29/a-30-anos-desde-que-dinamarca-es-el-primer-pais-en-legalizar-la-union-civil-entre-personas-del-mismo-sexo/>.
- Ferrajoli, Luigi (1999). Derechos y garantías, la ley del más débil. España. Editorial Trotta.
- Ferrer, A.M. (1982). Derecho de familia. Tomo I. Argentina. Rubinzal y Culzoni S.C.C.

- Ferrer, I. (2018, 29 de mayo). *Holanda incluye el género neutro en el registro civil*. Diario El País. https://elpais.com/internacional/2018/05/28/actualidad/1527518795_375351.html.
- Flick. (2019, 14 de diciembre). *Datos definitivos del INE: las bodas entre personas del mismo sexo en España batieron su récord en 2018*. Dosmanzanas.com. <https://www.dosmanzanas.com/2019/12/datos-definitivos-del-ine-las-bodas-entre-personas-del-mismo-sexo-en-espana-batieron-su-record-en-2018.html>.
- Gamache, P., & Lazear, K. J. (2009). Asset-based approaches for lesbian, gay, bisexual, transgender, questioning, intersex, two-spirit (LGBTQI2-S) youth and families in systems of care. (FMHI pub. no. 252). Tampa, FL: University of South Florida.
- García, E. (1994). *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*. Bogotá. Editorial Gente Nueva.
- García, J (2007). La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, en UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 117-143.
- Golombok, S., Perry, B., Burston, A., Murray, C., Mooney-Somers, J., Stevens, M., & Golding, J. (2003). Children with lesbian parents: A community study. *Developmental Psychology*, 39(1), 20-33.
- Gómez, AB. (2004). *Diversidad familiar y homoparentalidad en Revista Pediatría de Atención Primaria. Volumen VI. Número 23. Julio/setiembre 2004*. www.felgtb.org.
- Gómez, M., Deslauriers, J. y Alzate, M. (2010). *Cómo hacer una tesis de maestría y doctorado. Investigación, escritura y publicación*. Bogotá. Biblioteca Nacional de Colombia.
- Government of Canada. (2005, 20 de julio). Civil Marriage Act (S.C. 2005, c. 33). Justice laws website. <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-31.5/index.html>
- Goytizolo, M. y Torres, F. Las terapias de la tortura. En *Diario la República*. (2019). <https://larepublica.pe/politica/2019/08/12/las-terapias-de-la-tortura/>.
- Hemmilä, Anita. (2005). *Ancestors ff Two-Spirits: Representations of Native American Third-Gender males in historical documentation: A Critical Discourse Analysis in Anthropology*. Finlandia. University of Jyväskylä. Repositorio Institucional. https://jyx.jyu.fi/bitstream/handle/123456789/7281/URN_NBN_fi_jyu2005460.pdf?sequence=1.
- Hantrais L., Letablier. N. (2014). *Families and family policies in Europe*. Routledge. USA. Taylor & Francis Group.
- Helminiak, D. (2007). Sodomía: la mítica invención de un pecado. En *Letra, salud, sexualidad y sida*. <https://www.jornada.com.mx/2007/08/02/ls-sodomia.html>.

- Hernández, R, Fernández, C y Baptista, M (2014). Metodología de la Investigación (Sexta Edición). México. Editorial McGRAW-HILL.
- Hoefffer, B. (1981). Children's acquisition of sex-role behavior in lesbian-mother families. *American Journal of Orthopsychiatry*, 51(3), 536–544. <https://doi.org/10.1111/j.1939-0025.1981.tb01402.x>
- Honneth, A. (1997). La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los derechos sociales. Barcelona. Novagrafik.
- Huggins, S. L. (1989). A comparative study of self-esteem of adolescent children of divorced lesbian mothers and divorced heterosexual mothers. *Journal of Homosexuality*, 18(1-2), 123-135. http://dx.doi.org/10.1300/J082v18n01_06
- Humming, A. (2019, 5 de agosto). *Austria elimina las trabas a la celebración de bodas entre parejas del mismo sexo binacionales*. DM dos manzanas. <https://www.dosmanzanas.com/2019/08/austria-elimina-las-trabas-a-la-celebracion-de-bodas-entre-parejas-del-mismo-sexo-binacionales.html>.
- Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (2017). Encuesta Nacional sobre Discriminación. https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enadis/2017/doc/enadis2017_resultados.pdf.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (2017). Primera encuesta virtual para personas LGBTI, 2017. <https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/lgbti.pdf>.
- Instituto de Política familiar (2019). Evolución de la familia en Iberoamérica (Madrid). Coeditado conjuntamente con UPAEP, Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla (México), FADEP, Asociación Familia Desarrollo Población (Guatemala), FAM, Fundación para la Familia (Perú) y Universidad de Especialidades Espíritu Santo (Ecuador).
- Iturrieta, S. (2001). Conflictos Familiares ¿Cómo Resolverlos?”, CED. Chile. Universidad Católica del Norte.
- Kerbo, H. (2003). Estratificación y desigualdad. Conflicto de clase en la perspectiva histórica, compara y global. 5ta edición. Traducido por Casado M. Madrid. Mac.Graw-Hill.
- Laing, D. (1982) El cuestionamiento de la familia. Ediciones Paidós. (2da reimpresión). Barcelona
- Lantigua F. (2005) Cuando la homosexualidad se consideraba una enfermedad. *Elmundo.es* <https://www.elmundo.es/elmundosalud/2005/06/24/medicina/1119625636.html>
- Leñero, L. (1983). El fenómeno familiar en México. Instituto Mexicano de Estudios Sociales. México DF.

- Légifrance (2013, 18 de mayo). LOI Nro. 2013-404. *Ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*. Journal Officiel de La République Française. https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000027414540.
- Lévi-Strauss, C. (1969) *Las estructuras elementales de parentesco*. Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona.
- Lira, M. (2012). *Los derechos humanos y universitarios de las mujeres. La lucha por la igualdad de género. Un estudio del caso UNAM*. México. Dirección General de Publicaciones y Fondo Editorial.
- Litón, R. (1986). Introducción. *La historia natural de la familia en From, Honrheimer, Parsons*. La Familia. Barcelona. Editorial Península.
- Malinowski, B. (s/f). *La cultura. Clásicos y contemporáneos en la antropología*, CIESAS-UAM-UIA. *Encyclopedia of Social Sciences* (1931). https://www.ciesas.edu.mx/publicaciones/clasicos/00_CCA/Articulos_CCA/CCA_PDF/037_MALINOWSKI_Cultura_B.pdf.
- Manzano Barragán, I. (2012). *La jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos sobre orientación sexual e identidad de género*. *Revista Española De Derecho Internacional*, 64(2), 49-78. Retrieved June 27, 2020, from www.jstor.org/stable/26180521
- Miano, M. (2010). *Entre lo local y lo global. Los muxes en el siglo XXI*. XIV. Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: congreso internacional 1810-2010: 200 años de Iberoamérica, septiembre, Santiago de Compostela, España. pp.2447-2464.
- Minuchin, S. (1994). *Caleidoscopio familiar. Imágenes de violencia y curación*. Buenos Aires. Ediciones Paidós.
- (2004). *Familias y terapia familiar*. 1era reimpresión. México. Editorial Gedisa Mexicana, S.A.
- Monje, Carlos Arturo (2011). *Metodología de la investigación cualitativa y cuantitativa. Guía didáctica*. Universidad Sur colombiana. <https://www.uv.mx/rmipe/files/2017/02/Guia-didactica-metodologia-de-lainvestigacion.pdf>.
- Morgan, H. (1971). *Ancient Society, or Researches in the Lines of Human Progress from Savagery through Barbarism to Civilization*. Madrid. Ed. Ayuso.
- Muñoz, E. (2013) *La impotencia Generandi en el matrimonio romano homosexual*. *Foro, Nueva época*, vol. 16, núm. 2 (2013): 211-230. http://dx.doi.org/10.5209/rev_FORO.2013.v16.n2.43937.
- Naciones Unidas – CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) (2016), *La autonomía de las mujeres en escenarios económicos cambiantes*. LC/CRM.14/3. Santiago. <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/45032>.
- Naciones Unidas – CEPAL. (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) (2016), *Oportunidades y desafíos para la autonomía de las mujeres en el futuro*

escenario del trabajo. Serie: Asuntos de Género. LC/TS.2019/3. Santiago.
<https://repositorio.cepal.org/handle/11362/45032>.

National Center for Lesbian Rights (NCLR, 2014), adoption by lesbian, gay, and bisexual parents: an national clearinghouse on child abuse and neglect information national adoption information clearinghouse. National Adoption Information Clearinghouse. “*Gay and Lesbian Adoptive Parents: Resources for Professionals and Parents*”.
https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/f_gay.pdf.

New Zealand Parliament (2013, 17 de Abril). Marriage (Definition of Marriage) Amendment Act 2013.
<http://www.legislation.govt.nz/act/public/2013/0020/latest/DLM4505003.html>.

Niño, L. (2018, 2 de febrero). Parlamento de Australia aprueba matrimonio entre parejas del mismo sexo. France24. <https://www.france24.com/es/20171207-matrimonio-gay-australia-homosexual>.

Nikken, P. (1994). El concepto de derecho humanos en Estudios básicos de derechos humanos. San José.

Office of Attorney General of Ireland. (015, 29 de agosto). Thirty-fourth Amendment of the Constitution (Marriage Equality) Act 2015.
<http://www.irishstatutebook.ie/eli/2015/ca/34/section/2/enacted/en/html#sec2>

Organisation for Economic Co-operation and Development OECD (2011), Doing better for families. OECD publishing. DOI:
<https://dx.doi.org/10.1787/9789264098732-en>.

Organización Mundial de la Salud – OMS (2019). Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11).

Organización de Naciones Unidas. (1948, 10 de diciembre). La Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A (III). <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Organización de Naciones Unidas. (1959). Declaración de los Derechos del Niño. A.G. res. 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 19, ONU Doc. A/4354. https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=33

Organización Panamericana de la Salud. (2012). “curas” para una enfermedad que no existe”. Las supuestas terapias de cambio de orientación sexual carecen de justificación médica y son éticamente inaceptables. <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2013/Curas-enfermedad-OPS-TR.pdf>.

Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de Naciones Unidas. (1989, 20 de noviembre). Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

- Parsons, T. (1976). *El sistema Social*. Segunda edición. Madrid. Editorial Revista de Occidente S.A,
- Patterson, C. (1992). Children of Lesbian and Gay Parents. *Child Development*, 63(5), 1025-1042. doi:10.2307/1131517
- Patterson, C.J., Fulcher, M., & Wainright, J. (2002). Children of lesbian and gay parents: Research, law, and policy. In B.L. Bottoms, M.B. Kovera, & B.D. McAuliff (Eds.), *Children, social science and the law* (pp. 176–199). New York: Cambridge University Press
- (2005). *Lesbian and Gay Parents and Their Children: Summary of research findings en Lesbian & Gay Parenting*. USA. American Psychological Association. *Lesbian & gay parenting*.
- Pelayo, C. (2011). *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. México Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Pennings, G. (2011). *Evaluating the welfare of the child in same-sex families*, *Human Reproduction*, Volume 26, Issue 7, July, Pages 1609–1615, <https://doi.org/10.1093/humrep/der109>
- Pérez, A. (1986). “Relación entre Estado y familia” en Anuario Jurídico XII. Archivos Jurídicos de la Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigación Jurídicas. México.
- Pérez, M. (2015). *Derecho de las familias*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM y el Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. 3era ed. México.
- Pérez, Elena. (1990). *Derecho de Familia*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Perrin, E. C. (2002). *Sexual orientation in child and adolescent health care*. New York, NY, US: Kluwer Academic/Plenum Publishers.
- (2013). AAP policy: No relationship between parents’ sexual orientation and children’s well-being. Volume 34, Number 4. April.
- Poder Legislativo de la República Oriental del Uruguay (2007, 27 de diciembre). *Ley N° 18.246. Unión Concubinaria*. Publicado en el D.O. 10 ene/008 - N° 27402. <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp720189.htm>.
- Poder Legislativo de la República Oriental del Uruguay (2013, 3 de mayo). *Ley N° 19.075 Matrimonio Igualitario*. Publicado el 9 may/013-N° 28710. <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp9346352.htm>.
- Radcliffe-Brown. A. (1986). *Estructura y función en la sociedad primitiva*. Primera Edición. España. Proyectos Editoriales S.A.
- Rawls, J. (2006). *Teoría de la Justicia*. trad. de María González. Sexta reimpresión. Harvard University Press.

- Ramírez, R. (2016). Proyecto de investigación. Cómo se hace una tesis. Lima Perú. Fondo Editorial AMADP.
- Regnerus, M. (2012) How different are the adult children of parents who have same-sex relationships? Findings from the New Family Structures Study. *Social science research* 2012. Volumen 41. Número 4.
- Rekers A. (2004). Review Of Research On Homosexual Parenting, Adoption, And Foster Parenting. https://www.bioeticaweb.com/wpcontent/uploads/2014/07/rekers_adoption_gay.pdf
- Robaldo, M. (2011). La homoparentalidad en la deconstrucción y reconstrucción de familia. Aportes para la discusión. *Revista Punto Género*, (1). doi:10.5354/0719-0417.2011.16859.
- Rodríguez, J. (2008, 31 de enero). Aprobación matrimonio homosexual España – Zapatero. [video]. YouTube. [youtube.com/watch?v=iJC_5DhkwgQ](https://www.youtube.com/watch?v=iJC_5DhkwgQ).
- Rousseau (2002) El contrato Social. Perú. Ediciones Cultura Peruana.
- Sánchez, R. (2013). Holocausto gay. En *Diario el Mundo*. <https://www.elmundo.es/elmundo/2013/06/22/internacional/1371891224.html>.
- Serrano, S. (s/f). La igualdad, la universalidad y la Constitución. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Belisario Domínguez. Universidad Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4321/22.pdf>
- Soria, R. (2010). Tratamiento sistémico en problemas familiares. Análisis de caso. *Revista Electrónica de Psicología Iztacala*, Vol. 13 (No. 3), pp. 87-104.
- Spencer, H. (S/F). El individuo contra el Estado. F. Sempere y C^a editores. Valencia.
- Spencer, Helbert (2009). Los primeros principios. Ed. Comares, España.
- Steiner, C. y Uribe, P. (Ed) (2014). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Fundación Konrad Adenauer, Colombia.
- Talavera, P. (2007). El derecho europeo ante el matrimonio y las uniones de hecho de personas del mismo sexo. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 20, 2007, pp. 6-25. Puebla, México. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=2932/293222932001>.
- Taylor, Ch. (1994). La ética de la autenticidad. 1^{era} edición, Barcelona. Ediciones Paidós.
- Taylor, Ch. (1993). El multiculturalismo y la política del reconocimiento. México. Fondo de la Cultura Económica.
- The Scottish Parliament. (2014, 12 de marzo). *Marriage and Civil Partnership (Scotland) Act 2014*. <https://www.parliament.scot/parliamentarybusiness/Bills/64983.aspx>.

- The Irish Times (s/f). *Full results for Marriage referéndum*. Consultado el 20 de febrero de 2020. <https://www.irishtimes.com/news/politics/marriage-referendum/results>.
- Teruel, A. (2013, 23 de abril). *Francia aprueba el matrimonio gay*. El País. https://elpais.com/sociedad/2013/04/23/actualidad/1366713674_990979.html.
- UNESCO. (1988). *Familia y desarrollo en América Latina y el Caribe*. Unidad Regional de Ciencias Humanas y Sociales para América Latina y el Caribe. Nro. 6 Serie Estudios y Documentos.
- United Kingdom Parliament (2013, 17 de julio). *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 Chapter 30*. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/enacted>.
- United Kingdom Parliament (2019 17 de julio). *the Marriage (Same-sex Couples) and Civil Partnership (Opposite-sex Couples) (Northern Ireland) Regulations 2019*. <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2019/1514/contents/made>.
- Univisión y agencias. (2016, 8 de abril). *Inconstitucional prohibir el matrimonio igualitario en Puerto Rico*. <https://www.univision.com/local/puerto-rico-wlii/inconstitucional-prohibir-el-matrimonio-igualitario-en-puerto-rico>.
- Warner, M. (2012). *Público, públicos, contrapúblicos*. México. Fondo de Cultura Económica.
- Weber, Max. (2002). *Economía y sociedad*. Fondo de Cultura Económica de España. Segunda reimpresión en FCE.
- Weiss-Altaner, E. (1977). *Economía clásica, familia y actividad femenina. Estudios demográficos y urbanos. Vol. 11, núm. 01*. DOI: <http://dx.doi.org/10.24201/edu.v11i01.379>.
- Westermarck, E. (1891). *The history of human marriage*. New York. Macmillan and Co.
- Wittig, M. (1980). "El pensamiento heterosexual (1978-1980)". En Jiménez (ed). *Manifiestos Gays, lesbianas y Queer*. Testimonios de una lucha (1969-1994), (2009). (pp.133-143). 1era edición. Icaria editorial.
- Wu, J. (2017, 24 de mayo). *Taiwan court rules in favor of same-sex marriage, first in Asia*. Reuters. <https://www.reuters.com/article/us-taiwan-lgbt-marriage/taiwan-court-rules-in-favor-of-same-sex-marriage-first-in-asia-idUSKBN18K0UN>.
- Zapata, B. *Las voces de la homoparentalidad. Resultados preliminares de una investigación*. Trabajo Social, [S.l.], n. 15, p. 41-58, ene. 2013. ISSN 2256-5493. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/tsocial/article/view/42570/44097>.

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Caso Dudgeon c. Reino Unido. Aplicación 7525/796, 22 de octubre de 1981
- Caso Morris c. Irlanda (Aplicación no. 10581/83), 26 de octubre de 1988
- Caso Modinos c. Chipre. Aplicación no. 15070/89, 22 de abril de 1993

Caso Laskey, Jaggard y Brown c. Reino Unido. Aplicación no. 21627/93; 21628/93; 21974/93, 19 de febrero de 1997

Caso X, Y Z c. Reino Unido. Aplicación no. 21830/93, 22 de abril de 1997

Caso Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal. Aplicación no. 33290/96, 21 de diciembre de 1999

Caso Frette c. Francia. Aplicación no. 36515/97, 26 de febrero de 2002

Caso X y otros c. Austria. Aplicación no. 19010/07, 19 de febrero de 2013

Caso E. B. c. Francia. Aplicación no. 43546/02, 22 de enero de 2018

Caso Christine Goodwing c. Reino Unido. Aplicación no. 28957/95, 11 de julio de 2002

Caso Karner c. Austria. Aplicación no. 40016/98, 24 de octubre de 2003

Caso Kozak c. Polonia. Aplicación no. 13102/02, 2 de junio de 2010

Caso Shalk y Kopf c. Austria. Aplicación no. 30141/04, 22 de noviembre de 2010

Caso Oliari y otros c. Italia. Aplicaciones nos. 18766/11 y 36030/11, 21 de octubre de 2015

Caso Aldeguer Tomás c. España. Aplicación nº 35214/09, 14 de junio de 2016

Caso Charpentier c. Francia. Aplicación no. 40183/07, 09 de setiembre de 2016

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso: Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile. Informe No. 139/09. Caso 12.502. Fondo, 17 de setiembre de 2010. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso: Duque Vs. Colombia. Informe No. 5/14 Caso. 12.841. Fondo, 2 de abril de 2014. Sentencia de 26 de febrero de 2016. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Informe No. 81/13. Caso 12.743. Fondo, 4 de noviembre de 2013. Sentencia de 31 de agosto de 2016 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso: Azul Rojas Marín y otra vs. Perú. Informe No. 24/18. Caso 12.982. Fondo, 15 de abril de 2018. Sentencia de 12 de marzo de 2020. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

Sentencias relevantes de Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas

Cortes Generales de España. (2005, 1 de julio). *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*. Boletín Oficial del Estado. núm. 157, de 2 de julio de 2005, páginas 23632 a 23634. <https://www.boe.es/eli/es/l/2005/07/01/13/dof>.

Constitutional Court of South Africa. (2005, 1 de diciembre). Sentencia. CCT 60/04 (Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another). <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2005/19.html>

Corte Constitucional de Colombia. (2011, 26 de julio). Sentencia C-577/11. *Matrimonio-Exequibilidad del artículo 113 del Código Civil que lo define y exhorta al Congreso de la República a legislar de manera sistemática y organizada sobre los derechos de las parejas del mismo sexo*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm> .

Supremo Tribunal Federal de Brasil. (2011). Informativo STF Mensal. Brasília, maio de 2011 - Nº 9. Direito Constitucional Controle de Constitucionalidade Relação homoafetiva e entidade familiar– 1, 2, 3, 4 y 5. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativo_mensal_maio_2011.pdf.

Tribunal Constitucional de España (2012, 6 de noviembre). Sentencia 198/2012. Boletín Oficial del Estado. «BOE» núm. 286, de 28 de noviembre de 2012, páginas 168 a 219. <https://www.boe.es/boe/dias/2012/11/28/pdfs/BOE-A-2012-14602.pdf>.

Conseil Constitutionnel (2013, 17 de mayo). Décision no 2013-669 DC du 17 mai 2013. (Loi Ouvrant le Mariage Aux Couples de Personnes de Même Sexe). Journal Officiel de La République Française. https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000027414806.

Supreme Court of The United States (2015, 26 de junio). 576 U. S. https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf.

Corte Constitucional de Colombia. (2016, 28 de abril). Sentencia SU214/16. *Matrimonio entre parejas del mismo sexo*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm>.

Corte Constitucional de Ecuador. (2019, 12 de junio). Sentencia Nro. 11-18-CN (matrimonio igualitario). <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/boletines-de-prensa/item/47-extracto-sentencia-n-11-18-cn-matrimonio-igualitario.html>.

Tesis consultadas

Bárcenas, K. (2010). *Familias diversas: de la institución al movimiento. Estructuras y dinámicas en la reconfiguración del orden*. [Tesis para obtener el grado de maestría en Comunicación de la Ciencia y la Cultura]. México, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente.

Lescano, A. (2021). *Reconocimiento de las familias homoparentales en la legislación peruana para viabilizar el uso de las técnicas de reproducción asistida*. [Tesis para obtener el título de abogada]. Perú. Universidad Seños de Sipán.

Ríos, J. (2020). *Las familias homoparentales, el matrimonio igualitario y su falta de regulación en el ordenamiento jurídico peruano*. [Tesis para obtener el título de abogado]. Perú. Universidad San Martín de Porres.

- Ríos, M. (2017) “Y, ¿cómo lo hacen? Familias homoparentales con niños en lima: constitución y estrategias de crianza y socialización. Estudio de caso de familias de clase media y media alta en distritos de Lima Metropolitana y el Callao”. [Tesis para obtener el grado de maestría en sociología]. Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- García, F. (2017). *El matrimonio civil de los/as homosexuales y la vulneración del respeto pleno de los derechos humanos en el Perú*. [Tesis para obtener el grado de Doctor en derecho]. Perú. Universidad Privada de Tacna.
- Castro, C. (2017). *El matrimonio igualitario: Marcando un hito en la lucha contra la discriminación. El derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual aplicado al acceso al matrimonio en el Perú*. [Tesis para obtener el grado de maestría en Derechos Humanos]. Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Arrieta-Chiroque, I. (2016). *Matrimonio homosexual y adopción homoparental*. [Tesis para obtener el título de Abogada]. Perú. Universidad de Piura.

ANEXO

GUÍA DE PREGUNTAS PARA LAS ENTREVISTAS

I Derecho a la igualdad

1. ¿Qué significado tienen los derechos humanos, y en especial el principio – derecho de igualdad en un estado democrático?
2. Conocemos que el Perú es un país con una brecha de desigualdad muy amplia en general, sin embargo ¿qué se puede decir de la desigualdad en cuanto al ejercicio y goce de los derechos por parte de las personas LGBTI?

II Discriminación

1. ¿Por qué la discriminación afecta transversalmente el ejercicio pleno de los derechos de las personas LGBTI?
2. ¿Puede considerarse que ha existido y aún persiste discriminación y exclusión sistemática por parte del Estado y la sociedad contra las personas LGBTI o percibidas como tales?
3. ¿Cómo contrarrestar el paradigma del heterocentrismo que es causa de la heteronormatividad en el Estado? y ¿cómo desarraigar la existencia de prejuicios sociales y culturales en la sociedad en relación a la vivencia de la sexualidad?

III Personas LGBTI como grupo vulnerable

1. Tomando en cuenta que las personas LGTBI son más vulnerables frente a actos de violencia de particulares y también del Estado, y conociendo que son distintas las experiencias de violencia, ¿Quiénes resultan ser los más vulnerables dentro de este grupo?
2. Existen sexualidades que no se ajustan a los estándares heteronormativo, resultando ser patologizadas por los grupos religiosos o inclusive por médicos; en este sentido, ¿Cuál debería ser la respuesta del Estado frente a las denominadas terapias de reconversión?
3. ¿Cómo se puede desde Estado y la sociedad hacer frente a la violencia por prejuicio u homofóbica que parece haberse institucionalizado en nuestro país?

IV Estado y políticas públicas en materia de derechos para las personas LGBTI

1. En general, ¿cuál ha sido la respuesta del Estado a las demandas de los colectivos LGBTI?
2. ¿Cuál es el rol de la educación para forjar una sociedad más tolerante?
3. ¿Resulta pertinente que el Estado legisle sobre la aprobación del matrimonio igualitario, o es que se debe regular primero la unión civil?, ¿cuál es el efecto que no se haya regulado sobre esto?
4. ¿Por qué es importante reconocer a la familia homoparental en el Perú?
5. ¿Cuáles son los desafíos en nuestro país en relación a la garantía plena de los derechos para las personas LGBTI?, ¿ha existido algún avance legal o material al respecto, o por el contrario se han dado retrocesos?
6. ¿Cuán peligrosos pueden ser los sectores o grupos organizados que se oponen a los derechos LGBTI?