

*“La imposibilidad de procrear no parece ser un motivo que resista el análisis convencional, (...) introduciría una discriminación no aceptable entre parejas de lesbianas y de varones homosexuales, ya que las primeras pueden acudir a las técnicas de reproducción asistida mientras que los segundos requerirían de la maternidad subrogada, no aceptada legalmente en la mayoría de los países de la Región.”*

## Unión civil, matrimonio igualitario e identidad de género: la obligación de reconocimiento y tutela de la diversidad sexual en el Derecho peruano

100

Paula Siverino Bavio\*

### I. Introducción

El reconocimiento e inclusión de las personas sexualmente diversas ha venido ganando espacio en la agenda pública peruana y un claro reflejo de ello es que dos de los temas constitucionalmente más relevantes en la actualidad son el debate del proyecto de ley sobre Unión Civil -que avanza en la admisión de derechos a parejas homoafectivas- y la discusión en el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) sobre el derecho de las personas transexuales a ser reconocidas plenamente en su identidad de género autopercebida.

La contundente decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión IDH) en el caso *Atala Riffo vs Chile* a fines del año 2012 marca una primera serie de pautas claras en cuanto a la obligación de contar con normas inclusivas sobre diversidad sexual como una exigencia derivada de la Convención Americana de Derechos Humanos, y lo hace con parámetros más amplios y claros que los establecidos en los años precedentes por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). Actualmente, las denuncias por violaciones a los derechos de las personas sexualmente diversas están siendo tratados de manera prioritaria en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (fast track), existiendo hasta este momento dos casos pendientes de resolución:

---

\*Abogada y candidata a Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Profesora de Bioética Jurídica y Derecho Civil I en grado y postgrado, en Universidades del Perú y la Argentina. Fundadora del Observatorio de Bioética y Derecho de la Facultad de Derecho. PUCP, Presidente del Comité de Ética del Laboratorio de Criminalidad Social y Estudios sobre la Violencia, CISEPA-PUCP, Facultad de Ciencias Sociales. Integrante de la Coordinación del Comité Ejecutivo de Lucha contra la Trata y el Tráfico de Personas, Prevención y Asistencia a las Víctimas, Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación (Argentina).

Duque vs. Colombia, con informe de admisibilidad del 2 de noviembre del año 2011, y la denuncia presentada contra Chile por tres parejas del mismo sexo en mayo del 2013 en reclamo del reconocimiento del matrimonio igualitario, admitido a trámite y actualmente en estudio. Para resaltar la importancia de estos temas, en la línea de ampliación de derechos, la Comisión IDH creó en noviembre del año 2013 la Relatoría sobre los derechos de las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex<sup>1</sup> (en adelante, LGBTI).

A nivel del sistema internacional de protección de Derechos Humanos, desde el año 2013, Naciones Unidas viene promoviendo intensas campañas en medios de comunicación a favor de los derechos de las personas LGBTI<sup>2</sup>. La campaña “Libres e Iguales” tiene por objetivo crear conciencia sobre la violencia y la discriminación homofóbica y transfóbica, y se inscribe en el marco de numerosas actividades a diversos niveles en pos del cese de la violencia y el reconocimiento de derechos de la comunidad LGBTI (Declaraciones de derechos, tales como los Principios de Yogyakarta<sup>3</sup>; conferencias internacionales, foros de debate, talleres y seminarios de capacitación y documentos de estudio, entre otros).

Veamos, entonces, el tratamiento que el TC le ha dado a la cuestión de la diversidad sexual para luego mencionar los parámetros de convencionalidad que plantea la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia.

## II. El tratamiento de la diversidad sexual y los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>4</sup>

- a) La homosexualidad como opción válida de vida, no reñida con valores “tradicionales” (recurso de amparo contra el Código de Justicia Militar)<sup>5</sup>;
- b) Sostener que la homosexualidad es una desviación o enfermedad no es solo retrógrado sino inconstitucional (caso CFAD)<sup>6</sup>;
- c) La primacía del derecho al libre desarrollo de la per-

sonalidad y las conductas autorreferentes, así como su relación con el ejercicio del derecho a contraer matrimonio (de un hombre heterosexual con una mujer transexual) (caso Álvarez Rojas)<sup>7</sup>;

d) Es inconstitucional inmiscuirse en la esfera de libertad humana relacionada con la opción y libertad sexual de un sujeto (Álvarez Rojas);

e) El Estado no puede imponer valores o visiones morales; la relación entre moral y derecho se da en el ámbito de las facultades, no de los deberes (Álvarez Rojas);

f) Es fundamental preservar la ligazón entre el respeto de la dignidad y la identidad para garantizar una vida plena, no sólo en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material (caso Karen Mañuca);

g) La partida de nacimiento en sí, y las notas marginales correspondientes, deben constituir la micro biografía jurídica de cada persona (Karen Mañuca);

h) Cualquier mecanismo de discriminación que tenga como origen la opción sexual, sea a través de normas, reglamentos, prácticas estigmatizadoras o segregacionistas, así como de un lenguaje ofensivo, es contrario a la Constitución y vulneratorio de los derechos fundamentales de la persona (CFAD).

i) En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, ningún ser humano debe verse limitado en el libre desenvolvimiento de su personalidad e identidad sexual. Es una obligación del Estado el proteger el ejercicio de este derecho así como el de derogar o eliminar las medidas legales o administrativas que puedan verse como una traba para su ejercicio (CFAD).

A todo ello debe sumarse la extensa y sostenida doctrina del Colegiado referida a la dignidad humana. Siguiendo un orden cronológico, podríamos mencionar en primer lugar el proceso de inconstitucionalidad contra una serie de disposiciones relativas a la Justicia Militar promovido por la Defensoría del Pueblo, que obtuvo sentencia del Tribunal Constitucional (TC) en junio del 2004<sup>8</sup>; para el análisis que nos interesa fue impugnada, entre otros, la primera parte del artículo

<sup>1</sup> <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/>

<sup>2</sup> LGBTI: personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex.

<sup>3</sup> [http://www.oas.org/dil/esp/orientacion\\_sexual\\_Principios\\_de\\_Yogyakarta\\_2006.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf)

<sup>4</sup> En este acápite reproducimos lo sostenido en SIVERINO, Paula. “Transgeneridad y diversidad sexual, breve comentario a la jurisprudencia argentina y peruana sobre el tema”, En: Actualidad Jurídica, Tomo 207, febrero 2011, Gaceta Jurídica, pp. 43-49. 2011.

<sup>5</sup> Tribunal Constitucional Peruano. Expediente 0023-2003 AI/TC.

<sup>6</sup> Tribunal Constitucional Peruano Exp. N° 00926-2007-PA/TC. LIMA “C.F.A.D.” (sentencia de noviembre de 2009).

<sup>7</sup> Expediente N° 02005-2009 PA/TC.

<sup>8</sup> Expediente 0023-2003 AI/TC.

269° del Código de Justicia Militar, por entender que se vulneraba el principio de dignidad de las personas y la cláusula de igualdad, y el Tribunal rechaza la tesis de que la homosexualidad es una conducta reñida con los valores castrenses.

De noviembre del año 2004 es la sentencia del TC en el caso Álvarez Rojas. El Sr. Álvarez Rojas era miembro activo de la Policía Nacional del Perú y auxiliar de enfermería; fue castigado, en total, con 18 días de arresto por no cursar pedido de autorización para casarse, lo cual era una exigencia vigente al momento en que él contrajo matrimonio. Aparentemente, al constatar que contrajo matrimonio con una persona transexual se le sanciona colocándole en situación de disponibilidad y finalmente se le pasa a retiro. En este caso, el Tribunal hace interesantes precisiones sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y del *ius connubi*, así como sobre la afección a la “moral y buenas costumbres”. Así, se sostuvo que:

*El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad (...) parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. (...) Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra. (f. 14).*

Estamos de acuerdo en sostener que lo dicho permite considerar amparados bajo el derecho al libre desarrollo de la personalidad las decisiones que una persona pueda adoptar sobre cómo vivir su sexualidad o las consecuencias de una determinada identidad sexual, cuestiones sobre las que el Estado no puede tener ninguna injerencia, de no afectarse derechos de terceros. Como hemos manifestado en otras ocasiones<sup>9</sup>, dado el avance progresivo de los derechos fundamentales, las

opciones personalísimas sobre cuestiones atinentes a la sexualidad ya no sólo pertenecen a la esfera de las conductas privadas, sino que paralelamente han sido paulatinamente reconocidas como derechos. Hablamos de los derechos sexuales y reproductivos<sup>10</sup>; podrían entenderse afectados en este caso: el derecho a vivir una sexualidad placentera, responsable y libremente decidida, el derecho a la libre elección de prácticas sexuales, el derecho a la libre expresión de su orientación sexual, así como la regulación de las distintas situaciones que se desprenden de su ejercicio cotidiano, el derecho a la integridad corporal y la autonomía en el control del propio cuerpo.

El Tribunal juzga inconstitucional lo siguiente:

*(...) inmiscuyéndose en una esfera de la libertad humana, se considere ilegítima la opción y preferencia sexual de una persona y, a partir de allí, susceptible de sanción la relación que establezca con uno de sus miembros. Por tanto, considera que es inconstitucional que el recurrente haya sido sancionado por sus supuestas relaciones sospechosas con un transexual (f. 24).*

Debe tenerse presente que el humanismo laico asume que el mundo no tiene un orden preestablecido y son los individuos quienes pueden y deben dárselo mediante actos de voluntad que constantemente renuevan para mejorar el orden. En este tenor de ideas, el TC entiende que en un Estado constitucional y democrático de derecho, que se sustenta en una comunidad de seres libres y racionales, las relaciones entre moral y derecho no se resuelven en el ámbito de los deberes, sino de las facultades. Se reconoce que la orientación sexual está dentro de la esfera de elecciones del ser humano en cuanto ser libre y racional, no siendo posible para el Estado, o para cualquier otra institución, imponer determinados valores o visiones morales.

En el caso “Karen Mañuca Quiroz”, la demandante interpone demanda de habeas corpus contra el RENIEC por la negativa del organismo a otorgarle un duplicado de la última versión de su DNI, lo cual vulnera sus derechos a la vida, la identidad, la integridad psíquica y

<sup>9</sup> SIVERINO BAVIO, Paula. “La transexualidad y el derecho a la identidad personal” Actualidad jurídica. T123, Lima, 2004 pp.69-82.

<sup>10</sup> SIVERINO BAVIO, Paula. “Apuntes sobre los derechos sexuales y reproductivos en el ordenamiento jurídico argentino”. En AAVV “Bioética y Derechos, Dilemas y Paradigmas en el Siglo XXI”. Ediciones Cátedra Jurídica, Buenos Aires, julio 2008

física, al libre desarrollo y bienestar y a la libertad personal. El Juzgado Penal de Lima N<sup>o</sup>. 31 declara improcedente la demanda por considerar que la parte actora no ha esclarecido su verdadera identidad, ni tampoco ha señalado los pormenores relacionados a su doble inscripción en el RENIEC. Contra esta sentencia, la Señora Mañuca interpone recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional peruano. Visto que la demandante solicita un nuevo DNI en el año 2001, en el que hay un mandato judicial no cuestionado que rectifica sus nombres y que el RENIEC incurre en una demora injustificada, violatoria de derechos fundamentales; el Tribunal, en abril del año 2006, declara fundada la demanda y ordena al RENIEC extienda un nuevo DNI a nombre de Karen Mañuca Quiroz, pero manteniendo la intangibilidad de los otros datos, incluido el sexo, que se consigna como masculino.

El TC concede la pretensión requerida haciendo importantes precisiones sobre el derecho a la dignidad y su relación con la identidad personal, aunque elude cualquier referencia a la cuestionada identidad sexual de la demandante y opta por una solución formal, basada en el aspecto del derecho a la identidad vinculado a la identificación. Es cierto que la petición bajo examen buscaba lograr la expedición de la copia del DNI con el pronombre rectificado, pero no es menos cierto que en varias ocasiones el Tribunal ha juzgado oportuno ahondar cuestiones subyacentes que no habiendo sido directamente planteadas revisten la suficiente importancia como para ameritar ser analizadas<sup>11</sup>. De hecho, es inevitable preguntarse en qué medida está garantizado el derecho a la identidad de la peticionante cuando se le expedirá un DNI donde constará un pronombre femenino y el sexo masculino.

Sin perjuicio de ello, lo fundamental del caso es la relación establecida por el Tribunal entre el respeto de la dignidad e identidad para garantizar una vida plena “no sólo plena en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material; o, en otras palabras, garantizar una vida digna”. Y la afirmación acerca de que “la partida de nacimiento en sí, y las notas marginales correspondientes, debe constituir micro biografía jurídica de cada persona”.

Siguiendo esta línea el Tribunal resuelve en el caso

“C.F.A.D”. Se trata de una demanda de amparo contra el Director de Instrucción y Doctrina de la Policía Nacional del Perú (PNP) solicitando que se ordene la reposición del demandante como alumno del segundo año de la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional de Puente Piedra. Él alega haber sido destituido en violación del derecho de defensa en el procedimiento administrativo disciplinario que le inició la Dirección de Instrucción y Doctrina Policial, la cual adoptó la medida acusándolo de haber cometido una falta muy grave contra la moral policial: el haber mantenido relaciones sexuales dentro y fuera del recinto policial con otro alumno.

Entre varios fundamentos valiosos, el Tribunal sostiene que:

a) El considerar que las personas homosexuales padecen alguna patología evidencia “no solo un criterio anacrónico y retrógrado, sino violatorio de los derechos a la intimidad, al libre desenvolvimiento de la personalidad y a la integridad personal del demandante, que se configura como un trato discriminatorio” (f.22).

b) Cualquier mecanismo de discriminación que tenga como origen la opción sexual, sea a través de normas, reglamentos, prácticas estigmatizadoras o segregacionistas, así como de un lenguaje ofensivo, es contrario a la Constitución y “vulneratorio de los derechos fundamentales de la persona” (f.23).

c) En el marco del Estado social y democrático de derecho, ningún ser humano debe verse limitado en el libre desenvolvimiento de su personalidad e identidad sexual. Es una obligación del Estado el proteger el ejercicio de este derecho así como el de derogar o eliminar las medidas legales o administrativas que puedan verse como una traba para su ejercicio (f.57).

d) El ser humano es libre de autodeterminarse y no es posible concebir que en función de sus particulares opciones de comportamiento tenga que verse discriminado (f.59)

e) Cualquier limitación al reconocimiento de la identidad sexual y la voluntad de guardar reserva en torno

<sup>11</sup> Un reciente ejemplo de esto lo encontramos en la sentencia del caso Shols Perez, ver en este sentido SIVERINO Bavio, Paula “Apuntes a la sentencia del TC sobre familias ensambladas. Una lectura posible de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Schols Perez” En; Gaceta Jurídica, Ius Jurisprudencia 3/2008, Lima, 2008, pp. 66-81.

a ella, constituye una vulneración de derechos fundamentales (f.60).

Si bien el planteo es motivado por la violación de derechos de una persona homosexual, al igual que en el caso *Atala Riffo vs. Chile*, la posición del Tribunal Constitucional en materia de diversidad sexual (orientación e identidad sexual) se anticipa y es perfectamente compatible con la línea argumental desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los sucesivos desarrollos del Tribunal Constitucional en materia de ampliación de derechos sirvieron de fundamento a una de las primeras decisiones que reconoce el derecho a la identidad sexual de una persona transexual y constituye un importante antecedente en el tema bajo tratamiento. Se trata del caso “A.P.C.A c/Ministerio Público s/ declaración judicial”<sup>12</sup> resuelto por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte. El fallo reconoce expresamente el derecho a la identidad de una persona transexual (MTF operada<sup>13</sup>) al revertir un fallo anterior que declara improcedente la demanda por entender que el cambio de identidad no está regulado en el ordenamiento jurídico peruano. La actora, una mujer transexual que fuera operada en Italia y es ciudadana peruana solicita la rectificación de su partida de nacimiento respecto del nombre y el sexo<sup>14</sup>.

Tomando como plataforma jurídica un par de sentencias del Tribunal Constitucional que ya comentamos, el Colegiado manifiesta lo siguiente:

*La dignidad humana, en tanto fundamento de todos los derechos se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomos también es el sustento del derecho de libertad, a la identidad y a la salud; es que el derecho a la libertad se constituye a la columna vertebral de nuestro ordenamiento jurídico, que en palabras de Fernández Sessarego: ‘es el núcleo existencial de la persona, la misma que se fenomenaliza a través de las acciones y omisiones. Esta libertad, como es obvio, se extiende a la libre decisión personal*

*del sujeto de proyectar su vida de acuerdo a sus propias y mas íntimas decisiones, de forma tal que los espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituye un ámbito de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal o particular que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra (...). (sic)*

La sentencia se basa en el reconocimiento de la identidad sexual, a merced de la libertad proyectual y la dignidad, con especial mención del resguardo debido a la salud psicosomática de la actora:

*(...) esta decisión ciertamente implica el respeto a la plena libertad del justiciable de vivir su sexualidad tal como lo quiere y siente, de esta forma desarrollar su personalidad obteniendo un equilibrio y bienestar psicológicos, con lo que se afirma su propia identidad personal en el sexo vivido de forma tal que esta pueda llevar su vida de social y familiar sin mayores complicaciones y satisfaga sus hondas expectativas existenciales. (sic)*

El Colegiado toma debida nota de la realidad de la actora, quien está inserta en lo laboral y familiar como mujer e “inclusive ha alcanzado una completa integración en la relación de pareja, ya que desde hace varios años vive con un hombre, llevando también buenas relaciones con la familia de origen y con la hija de su compañero”.

### *III. Parámetros de convencionalidad: la calificación jurídica de la diversidad sexual a partir del caso Atala Riffo vs. Chile<sup>15</sup>*

A partir de la decisión de la Corte IDH en el caso *Atala Riffo e Hijas vs. Chile* se abre un promisorio panorama para el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en el sistema interamericano. En la actualidad, la cuestión del alcance constitucional de la noción de “matrimonio”, el derecho de casarse y formar una familia está en discusión en todo el mundo y de manera

<sup>12</sup> Exp. Nº. 803-2005-0, resolución número 379 Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, sentencia del 26 de agosto del 2006

<sup>13</sup> La nomenclatura “MTF” se utiliza para indicar a una mujer transexual cuyo género asignado en origen fue el de varón-

<sup>14</sup> No podemos, sin embargo, dejar de mencionar que la falta de regulación expresa relativa al reconocimiento de la identidad de las personas transgénero en nada obsta que un/a magistrado/a lo reconozca por vía jurisprudencial, en la medida en que los principios generales del derecho establecen que los jueces/zas no deben dejar de pronunciarse por ausencia, oscuridad o silencio de la ley. La sentencia, es en definitiva, la ley en el caso concreto, y por su parte los/as magistrados/as siempre tienen la opción del control difuso de constitucionalidad.

<sup>15</sup> En los acápite 2 y 3 reproduciremos lo sostenido en SIVERINO Bavio, Paula “Diversidad sexual y Derechos Humanos: el reconocimiento de las personas sexualmente diversas como sujetos plenos de derecho”, en *Gaceta Jurídica*, Lima, 2014, en prensa.

particular en la Región. Así lo atestigua una sólida jurisprudencia favorable de los máximos tribunales nacionales (decisiones de la Corte Suprema Mexicana<sup>16</sup>, la Corte Constitucional colombiana<sup>17</sup>, el Tribunal Supremo brasileño<sup>18</sup>, la Corte Suprema norteamericana<sup>19</sup>) y una incipiente legislación sobre el matrimonio igualitario y la unión civil, con sus matices.

Por otra parte, al menos dos casos se encuentran bajo examen en la CIDH: Duque vs. Colombia con informe de admisibilidad del 2 de noviembre del año 2011 y la denuncia presentada contra Chile por tres parejas del mismo sexo en mayo del año 2013 en reclamo del reconocimiento del matrimonio igualitario, admitido a trámite y actualmente en estudio. Cabe considerar, además, la situación generada en Colombia a partir del fracaso del Congreso en dictar una ley que proteja las uniones familiares entre personas del mismo sexo en el plazo previsto por la sentencia C-577/11 y la operatividad de la “orden” de legitimar estas uniones estables otorgada por la Corte Constitucional, la cual entró en vigor a partir del pasado 20 de junio y ya motivó que el casamiento registrado en cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia C-577 fuera anulado por un juez de primera instancia<sup>20</sup>.

En el caso Atala Riffo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó sentadas las pautas para la resolución, en lo sucesivo, de casos que versen sobre diversidad sexual. La primera aseveración fundamental es que en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, “ningún ser humano debe verse limitado en el libre desenvolvimiento de su personalidad e identidad sexual”<sup>21</sup>. Se deja establecido que “la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está prohibido por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de una persona”<sup>22</sup>. La afirmación sobre la orientación sexual debe entenderse en el contexto del caso (la víctima es una mujer lesbiana) pero la prohibición de normas, actos o prácticas

discriminatorias aplica tanto respecto de la orientación cuanto de la identidad sexual.

Por ende, al ser la orientación e identidad sexual condiciones humanas (como la étnica, condición económica, etcétera) protegidas por la Convención, en el caso en que quisieran alegarse como motivos para restringir derechos, por ejemplo de las personas transexuales como es el caso de “M.M.P.E”, funcionan como categorías sospechosas sobre las que pesa la inversión de la carga de la prueba y la exigencia de una fundamentación en extremo sólida y rigurosa:

*Tratándose de la discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose además la carga de la prueba, lo que significa que le corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni efecto discriminatorio (...) la determinación de un daño debe sustentarse en evidencia técnica y en dictámenes de expertos e investigadores en aras de establecer conclusiones que no resulten en decisiones discriminatorias<sup>23</sup>.*

Pero, además, al considerar a la orientación y la identidad sexual como “condiciones protegidas”, la Corte descarta de plano cualquier consideración de la homosexualidad o la transgeneridad como patologías o trastornos. Son condiciones humanas, expresiones de la diversidad existente en todos los órdenes del Universo. Esta toma de posición se alinea con la intensa campaña en favor de la protección de los derechos de las personas sexualmente diversas impulsada desde el año 2012 por Naciones Unidas.

A la objeción del Estado chileno acerca de que al momento de redacción de la Convención Americana<sup>24</sup> no se consideró a la orientación e identidad sexual como condiciones protegidas respondió que “La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Dere-

<sup>16</sup> Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), correspondiente al dieciséis de agosto de dos mil diez, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010.

<sup>17</sup> Corte Constitucional colombiana, C-577/11, sentencia del 22 de julio de 2011

<sup>18</sup> Supremo Tribunal Federal (Brasil) ADPF 132/RJ, decisión del 5 de mayo de 2011 y ADI 4277 DF

<sup>19</sup> Supreme Court of the United States; United States v. Windsor, Executor of the Estate of Spyer, et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit no. 12–307. argued march 27, 2013—decided june 26, 2013

<sup>20</sup> <http://noticias.terra.com.co/nacional/anulan-primer-matrimonio-igualitario-celebrado-en-colombia,b108ff304bb71410VgnCLD2000000ec6eboaRCRD.html>

<sup>21</sup> CFDA, f. 57 del voto del juez Mesía Ramírez

<sup>22</sup> Caso Atala Riffo, f. 91

<sup>23</sup> Ib. f.124.

<sup>24</sup> Convención Americana de Derechos Humanos.

chos 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”<sup>25</sup>.

Dado que suele alegarse como límite a los derechos fundamentales de las personas sexualmente diversas la resistencia política, religiosa o social al reconocimiento y respeto de sus derechos, la Corte resalta que:

*El Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el serio riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de violaciones de derechos humanos (...)*<sup>26</sup>.

*Ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sean por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de las personas a partir de su orientación sexual*<sup>27</sup>.

*Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie por su orientación sexual. Ello violaría el art. 1.1 de la Convención*<sup>28</sup>.

Dentro de estos derechos que no pueden ser restringidos está el de casarse y formar una familia que es, sin duda, donde se despiertan las mayores polémicas.

#### IV. Diversidad sexual y pluralidad de tipos familiares

En relación a las eventuales objeciones sobre los efectos plenos del reconocimiento de la identidad de las personas transexuales, así como el derecho de las personas homosexuales a derecho a casarse y formar una familia, es oportuno recordar:

- a) La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la pluralidad de tipos familiares (el caso Schols Pérez)<sup>29</sup>.
- b) La doctrina vinculante de la Corte Interamericana en

el mencionado fallo “Artavia Murillo vs Costa Rica”.

#### a) El TC y la pluralidad de tipos familiares<sup>30</sup>

En el Perú, el artículo 234<sup>o</sup> del Código Civil define al matrimonio como “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 en común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”. La Constitución Política no define al matrimonio, pero se suele alegar que dado que el concubinato es definido en el artículo 5<sup>o</sup> como “la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimentos matrimoniales, que forman un hogar de hecho...” y el concubinato es tutelado en la medida que funciona como un “aparente matrimonio”; para un sector de la doctrina, en función de estas consideraciones es posible entender que el matrimonio constitucionalmente admitido implicaría la unión de un hombre y una mujer.

Sin perjuicio de estas respetables opiniones, creemos que cabe la discrepancia; ante la posibilidad de preguntarse por qué no es establecido por la Constitución de manera expresa como sí lo hace en el concubinato, siendo que la última reforma es del año 1993, donde la realidad y los reclamos en relación a las uniones homoafectivas estaban ya instalados socialmente, por lo que no parecería adecuado recurrir al argumento histórico de que no era una situación que el constituyente pudo prever. Además, y en principio, la interpretación analógica de normas constitucionales no podría aplicarse para restringir derechos. Somos de la idea de que no sería imperativo efectuar una reforma constitucional para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que bastaría con una reforma del Código Civil; y que, al igual que en el caso argentino, el artículo 234 podría ser declarado inconstitucional<sup>31</sup>, o

<sup>25</sup> Ib. f.83.

<sup>26</sup> Ib. f. 120.

<sup>27</sup> Ib.f 91.

<sup>28</sup> Ib. f.93.

<sup>29</sup> Exp. n.º 09332-2006-pa/tc Lima .Reynaldo Armando Shols Pérez

<sup>30</sup> Lo sostenido aquí está basado en el artículo “Apuntes a la sentencia del TC sobre familias ensambladas. Una lectura posible de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Schols Pérez” *Gaceta Jurídica Pérez, Ius Jurisprudencia* 3/2008, Lima, p. 66-81.

<sup>31</sup> Esta es la solución en el “Caso Freyre” resuelto unos meses antes de la ley que consagró el matrimonio igualitario en Argentina. El criterio normativo para determinar si se tiene o no acceso al matrimonio se basa en la orientación sexual, y el estándar de revisión que se postula debiera aplicarse a las clasificaciones por orientación sexual, “se traduce en que tales categorías no deben tener como finalidad crear o perpetuar la estigmatización, el desprecio o la inferioridad legal de las personas pertenecientes a minorías sexuales”. La jueza Seijas concluye que impedir el matrimonio a personas homosexuales basándose exclusivamente en su orientación sexual es por ende, inconstitucional.

en su caso, optar por analizar la alternativa del vacío normativo<sup>32</sup>.

Por su parte, el artículo 4º de la Constitución peruana presenta a la familia como un instituto “natural y fundante de la sociedad” de lo que se deduce que no es una categoría creada por la norma sino que es un concepto previo, que busca ser aprehendido por el Derecho. La delimitación de la noción ‘familia’ no es jurídica sino sociológica.

El tema de la familia ha sido tradicionalmente estudiado por especialistas de Derecho Civil, quienes han aplicado allí categorías propias del Derecho Privado. Ahora bien, al haberse constitucionalizado la protección de la familia, el tema cambia radicalmente de perspectiva y requiere un enfoque desde el Derecho Público, esto supone que algunos de los conceptos que se han empleado tradicionalmente para estudiar la familia en el Derecho Civil no sean aplicables a este nuevo contexto<sup>33</sup>.

Y es que el aporte que desde el Derecho Público viene dando al Derecho de Familia, tanto el Derecho Constitucional como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya no deja espacio para que los códigos de Derecho Privado o la legislación dispersa sean aplicados o pensados como si en su campo de estudio fueran el techo y el ámbito final del ordenamiento jurídico porque ahora tienen otros parámetros y normas vinculantes<sup>34</sup>.

Estos paradigmas se han erigido como pautas interpretativas tanto frente a los viejos problemas que acarrea la regulación de la familia como ante las diversas problemáticas y retos que han incidido directamente en el Derecho de Familia<sup>35</sup>. Así, la protección de la familia deriva actualmente de exigencias constitucionales e implica la necesidad de identificar el sujeto a proteger, especialmente cuando se trata de establecer un sistema asistencial<sup>36</sup>. En este sistema la familia es una institu-

ción instrumental, cuya finalidad esencial es facilitar a sus miembros el ejercicio de los derechos fundamentales y la promoción de los valores en que estos derechos se sustentan. El actual concepto de interés familiar responde a estos criterios y nunca a la protección de algo supraindividual que se imponga a los derechos de cada uno de los individuos del grupo familiar<sup>37</sup>.

Suscribimos así la opinión del recordado profesor Bidart Campos acerca de que hablar de derechos de la familia está muy lejos de significar que la familia haya de imaginarse o erigirse como un sujeto de derecho a una entidad ontológicamente dotada de personalidad propia y distinta de la totalidad de quienes forman parte de ella; a la inversa, estamos persuadidos de que la familia es la suma y la pluralidad de sus miembros y no de una persona jurídica; por eso hablar de “derechos de familia” apela más bien a una convención que alude a los derechos de la persona humana individual en sus relaciones intrafamiliares y en las que traba extra familiarmente con terceros. El sujeto de derecho –activo y pasivo– al que tenemos que contemplar es siempre la persona humana, la persona física. Es a ella a quienes debemos proteger, dignificar y exaltar cuando la incardinamos socialmente desde su situación familiar<sup>38</sup>.

En el caso Shols Pérez, el razonamiento del Tribunal parte de reconocer que “desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales”. Por ello, los actuales estudios de Derecho de Familia tienen una base empírica (con apoyo de la sociología, la demografía y la economía) porque se considera que sin conocer cuál es la realidad de las familias no puede tomarse una decisión legal que tenga posibilidades de éxito en su aplicación<sup>39</sup>.

El Colegiado reconoce la existencia de una visión jurídica tradicional en los conceptos de familia nuclear,

<sup>32</sup> En el caso “Berneth” la jueza Liberatori toma en lo central los argumentos y citas de la sentencia Freyre, pero no declara la inconstitucionalidad de las normas del Código Civil, sino que considera que el matrimonio entre personas del mismo sexo es un supuesto no contemplado expresamente por la norma, un vacío legal al que los jueces deben integrarse, apelando a la analogía, ya que en la medida que varones y mujeres son seres humanos, nada impide considerar que el matrimonio entre personas de diverso sexo es “substancialmente” igual a aquel entre personas del mismo sexo, hasta tanto una ley venga a suplir este supuesto no contemplado legalmente.

<sup>33</sup> CARBONELL, Miguel, *Familia Constitución y en derechos fundamentales*. (www.biblioteca juridica.org/libros/5//2287/7pfd.)

<sup>34</sup> BIDART Campos Germán “Familia y derechos”. En *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*. KEMELMAJER de Carlucci Aida, (coord) TI; Rubinzal Culzoni, Bs As, 1999, p. 41.

<sup>35</sup> GIL DOMINGUEZ-FAMA-HERRERA. Derecho Constitucional de Familia ,TI. Bs As, Ediar, 2006, p. 40.

<sup>36</sup> Ibidem p. 67.

<sup>37</sup> ROCA Trías, Encarna. “Derechos humanos y derecho de familia”. En el derecho de familia y los nuevos paradigmas. KEMELMAJER de Carlucci Aida, (coord) TI; Rubinzal Culzoni, Bs As, 1999, p.48.

<sup>38</sup> BIDART Campos; “Familia y derechos”. En *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*. KEMELMAJER de CARLUCCI Aida, (coord) TI; Rubinzal Culzoni, Bs As, 1999, p. 67.

<sup>39</sup> ROCA Trías, Ibid. p. 49.



vivienda común, sujeción a la autoridad parental y los vínculos jurídicos del matrimonio, la filiación y el parentesco, características señaladas oportunamente en otros apartados de este artículo. Sin embargo, constata cómo la disociación de elementos antes inevitablemente ligados, como son el matrimonio del ejercicio de la sexualidad, la sexualidad de la procreación y, finalmente, la ruptura de la linealidad entre procreación, heterosexualidad, identidad genética y filiación, han dado paso a una amplia gama de situaciones, muchas de ellas aún no resueltas jurídicamente, que obligan a una atenta lectura por parte de los operadores del Derecho.

De lo dicho se sigue que, como resultado de variados factores, se puede constatar hoy la existencia de distintas formas familiares, no siendo posible delinear un concepto abstracto e intemporal de familia y que la coexistencia –en una misma época y lugar– de distintos tipos de familia ha permitido la formulación del “principio de la pluralidad de tipos”<sup>40</sup>.

108

Hablar de diferentes tipos de familias; es decir, de familias en plural en lugar de familia en singular, implica discutir la existencia de un modelo único conformado por la familia nuclear “intacta” fundada en el matrimonio. La aceptación del pluralismo familiar destierra la idea de un modelo familiar conceptualizado como legítimo y el juzgamiento de otras configuraciones como formas patológicas, es decir; como “no familias”<sup>41</sup>.

Dentro de las posibles constituciones de formas familiares están las familias formadas por personas sexualmente diversas: homosexuales, lesbianas o transgénero, las que ya han sido reconocidas por numerosas legislaciones y magistraturas del mundo.

### *a.1) Dos palabras sobre el matrimonio*

Así, vemos cómo entran a tallar cuestiones vinculadas con el derecho a la identidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, a la libre expresión y, por supuesto, el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia. Y la veda de acceso al matrimonio no es un tema menor, pero tampoco es novedoso.

La institución matrimonial (aunada a la exigencia de la virginidad de la mujer en épocas donde no existían las pruebas de ADN) se origina como un acuerdo que pretende asegurar la transmisión del patrimonio propio a aquellos portadores de los genes propios. La noción del amor romántico como base y fundamento del matrimonio es una idea moderna, como luego lo serían la escisión de la sexualidad del matrimonio y, a su vez, la de ambos de la función reproductora. Pero la institución del matrimonio, tantas veces ponderada como soporte fundamental de la sociedad, tiene, en términos normativos y sin que esto implique negar o desmerecer sus muchos aspectos positivos, una historia también vinculada a situaciones de exclusión y autoritarismo. La mujer, hasta hace pocas décadas considerada un sujeto sin pleno ejercicio o acceso a ciertos derechos (moral y físicamente débil y por ende necesitada de guía, cuidado y control), estaba sometida a la autoridad del marido careciendo de potestad sobre los hijos, así como de facultad para administrar los bienes conyugales, trabajar o estudiar, entre otras limitaciones.

También, el matrimonio determinaría las categorías filiatorias (hijos naturales o ilegítimos, adulterinos, sacrílegos) a partir de las cuales se establecían distintas categorías sociales y legales, que limitaban la posibilidad de ocupar o ser promovido en cargos públicos o concedían diversas cuotas hereditarias, por citar sólo un ejemplo. Pero, además, en diversas sociedades el matrimonio estaba prohibido o era fuertemente desalentado entre personas que no pertenecían a un mismo status social, siendo asimismo el espacio para aplicar medidas de control eugenésico, impidiendo que personas con “características indeseables” se casaran y procrearan o, por el contrario, alentando las uniones de personas con caracteres considerados socialmente positivos. También estuvieron prohibidos y castigados con penas muy severas los matrimonios mixtos entre personas de diferentes etnias o religiones.

Si uno lee acerca de los argumentos para justificar la prohibición de los matrimonios interraciales bien puede sorprenderse al encontrar muchas de las razones que se alegan para oponerse al matrimonio entre personas del mismo sexo. Para muchos eran afirmaciones

<sup>40</sup> Crf. MIZRAHI, op. cit. p.4.

<sup>41</sup> GROSSMAN –MARTINEX ALCORTA *Familias ensambladas*. Universidad, Bs As, 2000, p.31.

dotadas de indudable racionalidad y contundente peso, pero hoy nos resulta inaceptable que se pretenda justificar en la pertenencia a una etnia determinada un tratamiento legal diferenciado, desventajoso y/o excluyente. ¿Nuestros nietos reaccionarán igual al leer sobre las exclusiones, legalmente consagradas, basadas en la orientación sexual? Pareciera ser que la consideración de la institución matrimonial no debería ser despojada de sus influencias históricas, ni de su posibilidad de evolucionar hacia esferas de libertades y derechos más inclusivas.

Debe además tenerse presente que una reflexión acerca de la posibilidad de “apertura” hacia el matrimonio homosexual está lejos de ser la primera “gran crisis” de la institución matrimonial. No es este el espacio para hacer un recuento detallado, pero baste con señalar que antes de este momento, sin duda decisivo, ocurrieron al menos tres anteriores “tsunamis” legislativos en relación al matrimonio, los cuales involucran lo siguiente: las leyes que consagraron el matrimonio civil, desligándose del matrimonio-sacramento como único medio con potestad de investir de efectos sociales, religiosos y legales a la unión marital; las normas que reconocen la igualdad entre varones y mujeres, y su impacto en los efectos personales y patrimoniales del matrimonio; y las leyes que permiten el divorcio vincular.

Al debatir estas reformas, muchos auguraron la desaparición del matrimonio e incluso hablaron del peligro que dichas reformas entrañarían para la supervivencia de la especie humana. En su momento, la Corte Suprema Argentina manifestó que pretender que la ley civil coincida con la legislación canónica supone la alteración de los límites de la legislación común sobre el matrimonio, ya que el ámbito civil resulta distinto e independiente del religioso y dicha distinción resguarda la autonomía de la conciencia, de la libertad individual y de cultos que son principios fundamentales de la democracia constitucional<sup>42</sup>. Por otra parte, los muy respetables sentimientos religiosos de parte de una comunidad, aun cuando fueran mayoritarios, no necesariamente son reconocidos como límites legítimos a los derechos constitucionales de otras personas.

## b) *La doctrina vinculante de la Corte IDH*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos aborda de manera específica el derecho de las personas sexualmente diversas a constituir una familia, ya que el caso Atala Riffo trata de una mujer lesbiana a la cual, además de la lesión de sus derechos, se le quitó la tenencia de sus hijas menores de edad cuando formó pareja estable con otra mujer.

Citando antecedentes del Derecho internacional de los Derechos Humanos<sup>43</sup>, la Corte establece que la orientación sexual es una “condición social”, equivalente a la raza, color, sexo, posición económica, etcétera, según el art. 1.i de la Convención. Entendemos que, por ende, impedir el acceso al matrimonio a personas del mismo sexo sería idéntico a prohibir los matrimonios interraciales, ya que la estructura de la proscripción es la misma. Una condición social (raza/orientación sexual) es el criterio de ingreso a la situación jurídica: este criterio presente en la norma regulará quiénes pueden o no gozar de un derecho -en este caso contraer matrimonio- según si están inmersos o no en esta condición (de la cual no pueden “desligarse” voluntariamente perpetuando la situación de exclusión).

La imposibilidad de procrear no parece ser un motivo que resista el análisis convencional, a saber: a) el análisis sociológico y la propia legislación evidencian la escisión entre reproducción, sexualidad y unión marital (pluralidad de tipos familiares, legalidad de la reproducción asistida, igualdad de categorías filiatorias, uniones de hecho que producen efectos jurídicos, etcétera); b) violaría el derecho a la autodeterminación reproductiva y la vida privada; c) impediría el matrimonio de personas que no pueden o quieren tener hijos; d) desconocería las diversas formas de formar una familia existentes; e) introduciría una discriminación no aceptable entre parejas de lesbianas y de varones homosexuales, ya que las primeras pueden acudir a las técnicas de reproducción asistida mientras que los segundos requerirían de la maternidad subrogada, no aceptada legalmente en la mayoría de los países de la Región. Asimismo, ello conllevaría a un reduccionismo,

<sup>42</sup> Palabras del Procurador López, que la Corte hizo suyas en Fallos:312:122, citado en la sentencia Freyre, considerando XII.

<sup>43</sup> *Ibidem*, fundamentos 84 a 90.

en cuanto a la finalidad y vocación matrimonial<sup>44</sup>, lesivo de la vida privada, el libre desarrollo de la personalidad y el proyecto de vida.

Por su parte, la Corte reconoce el principio de pluralidad de tipos familiares y rechaza la idea de que la Convención proteja un solo tipo de familia, la “tradicional”<sup>45</sup>, citando jurisprudencia del TEDH que ampara a familias formadas por personas sexualmente diversas (personas transgénero incluidas), aclarando que bajo la CADH la imposición de un único tipo de familia no solo debe analizarse como parte de la vida privada (art.11.2º)<sup>46</sup> sino además en cuanto impacta en el núcleo familiar (art.17.1º)<sup>47</sup>. En palabras de la Suprema Corte mexicana:

*Dentro de un estado democrático donde la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como realidad social y por ende la protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones*<sup>48</sup>.

Al reconocer el derecho de las personas homosexuales a formar una familia, se incluye la posibilidad de la adopción<sup>49</sup> y el acceso a las técnicas de reproducción asistida recordando que en el caso Artavia Murillo c. Costa Rica<sup>50</sup> se admite el derecho a acceder a los beneficios y avances de la tecnología a fin de tener la opción de procrear. En el caso Atala, la Corte corta de raíz los alegatos sobre la pretendida afección que al interés superior del niño le causaría el tener padres homosexuales, uno de los más utilizados para negar los derechos a las minorías sexuales:

*No son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, pre-concepciones o características poseídas por las personas homosexuales y el impacto que presuntamente puedan tener en los niños y ni-*

*ñas*<sup>51</sup> [ni] respecto de ciertos tipos tradicionales de la familia<sup>52</sup>.

En ese orden de ideas, es inadmisibile legitimar la discriminación de la que pudiera ser objeto un niño por tener padres homosexuales con el objeto de protegerlo<sup>53</sup>. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación contra el padre o madre por su orientación sexual<sup>54</sup>.

Otro dato importante que puede deducirse tanto del caso Atala como del caso Artavia Murillo, es que, a diferencia de la posición que ha adoptado reiteradamente el TEDH en casos polémicos, la Corte IDH no acude al margen de apreciación de los Estados para sortear la cuestión. En Artavia Murillo frente al espinosísimo tema del estatuto ontológico del embrión recurre al test de proporcionalidad; y en Atala manifiesta de manera expresa:

*(...) la presunta falta de consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que esta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por la decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana*<sup>55</sup>.

Todas estas aseveraciones incluyen asimismo la protección de las personas transexuales, su derecho a la intimidad, el proyecto de vida y libre desarrollo de la

<sup>44</sup> El TEDH sostuvo que la imposibilidad física para tener hijos no es un motivo para impedir a las personas transexuales tener hijos, Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom (Application No. 28957/95), Judgment (Strasbourg, 11 July 2002), p. 98.

<sup>45</sup> Caso Atala f. 144, 145, 174, 177 y concordantes.

<sup>46</sup> Vale mencionar los f. 132 y 136 donde se reivindican el derecho a la expresión de la homosexualidad como parte del derecho a la identidad, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros (caso Atala).

<sup>47</sup> Caso Atala, f. 175.

<sup>48</sup> Suprema Corte mexicana, A 2/2010.

<sup>49</sup> El TEDH se ha expresado sobre esta posibilidad en Case of E.B. v. France (Application No. 43546/02), Judgment (Strasbourg, 22 January 2008).

<sup>50</sup> Corte IDH caso “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica” decisión del 28 de noviembre de 2012.

<sup>51</sup> Corte IDH, caso Atala, f. 111.

<sup>52</sup> Ib f 109.

<sup>53</sup> Ib. f. 121.

<sup>54</sup> Ib. f. 110.

<sup>55</sup> Ib, f. 92.

personalidad, a casarse y formar una familia.


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

#### *V. A modo de conclusión*

Somos seres sexuales y sexuados, y la sexualidad es un principio ordenador de la personalidad, una expresión fundamental del ser, en términos tales como los relativos a la identidad de género y la inclinación erótica<sup>56</sup>. Pero es también cierto que no todas las expresiones de la diversidad sexual han gozado en nuestras sociedades de idéntico valor, siendo mayormente aceptadas –y plasmada esta aceptación por la norma- aquellas que responden al modelo de la heterosexualidad orientada

a la procreación, mientras que durante mucho tiempo se ha cimentado, y tolerado, un discurso que ha estigmatizado y despreciado aquellas manifestaciones sexualmente diversas, discriminando a aquellas personas que quedan fuera de la heteronormatividad vigente.

Esto incluye, entre otros tantos ejemplos, la violencia física y verbal (usar denominaciones que refieren a una minoría sexual como insultos), los crímenes de odio, la “patologización” de su situación, la prohibición de ser donantes de sangre e integrar fuerzas del orden y la no habilitación de los institutos del matrimonio y la adopción a personas homosexuales (y transexuales). Así, el ordenamiento jurídico “aprueba” las identidades heterosexuales, pero no las identidades sexualmente diversas, al no reconocerles el pleno acceso a todos los derechos a los que sí tienen acceso las personas heterosexuales, por la sola razón de su preferencia erótica, su identidad o expresión de género. Esto, que asume en los hechos la “superioridad” heterosexual, es inaceptable

Consideramos, en definitiva, que la amplia protección y recepción de la diversidad sexual ha devenido una exigencia propia de una sociedad democrática, por lo cual debería hacerse una intensa y sostenida tarea de sensibilización social, de ejecución legislativa y de políticas públicas para hacer efectivos los derechos de muchos ciudadanos y ciudadanas que permanecen invisibles para el Derecho. 

<sup>56</sup> SIVERINO BAVIO, Paula. “Algunas precisiones en torno al derecho a la identidad personal y el derecho a la identidad sexual”. AAVV, Ponencias desarrolladas en el IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional. Tomo I. Adrus, Arequipa, Perú, Septiembre de 2008, pp.229-244.