

El peso de la igualdad en el debate sobre el reconocimiento de uniones afectivas entre personas del mismo sexo*

MARISOL FERNÁNDEZ REVOREDO**

Resumen

La posibilidad de reconfiguración de la institución matrimonial y del concubinato tal como están regulados en el Código Civil peruano, para incluir a las parejas del mismo sexo, es un tema que viene generando debate. La propuesta sobre la que sectores progresistas del Congreso de la República han puesto empeño, ha sido la creación de la figura de la Unión Civil no Matrimonial que supone la extensión de algunos de los derechos previstos para el matrimonio y el concubinato a las parejas del mismo sexo. Asumo como punto de partida que tener dos regímenes jurídicos, uno para parejas heterosexuales y otro para homosexuales y lésbicas, refuerza la otredad de quienes no ejercen una sexualidad normativa.

En el presente trabajo sostendré que la igualdad es el argumento más importante y consistente para el reconocimiento de las uniones afectivas entre personas del mismo sexo. En este sentido, desarrollaré los alcances del concepto de igualdad y los problemas que este plantea, para luego vincularlo a la orientación sexual como factor de diferenciación. Fundamentaré las razones por las cuales la orientación sexual no puede ser asumida como un criterio para delinear instituciones familiares como el matrimonio y el concubinato.

Palabras clave: Igualdad. Matrimonio. Concubinato. Uniones afectivas entre personas del mismo sexo.

Sumilla

1. Consideraciones y problemas en torno a la igualdad
2. La igualdad en relación con la orientación sexual
 - 2.1. ¿Es relevante el criterio de la orientación sexual para la regulación del matrimonio y la unión de hecho?
 - 2.2. La relación entre moral y derecho en la fundamentación de la irrelevancia del criterio de orientación sexual para el igual tratamiento en relación con el matrimonio y las uniones de hecho
 - 2.3. El aporte del argumento de la igualdad en la discusión sobre el matrimonio igualitario
3. La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y en el marco del DIDH

* El presente trabajo es una versión resumida y actualizada del capítulo II de mi tesis presentada para obtener el grado de magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Profesora asociada del Departamento de Derecho de la PUCP. Magíster en Derecho Constitucional y actualmente estudiante del Doctorado de Antropología. Coordinadora del Grupo de Investigación Derecho, Género y Sexualidad. Correo electrónico: msfernand@pucp.pe

1. Consideraciones y problemas en torno a la igualdad

La igualdad es una noción normativa que prescribe que a pesar que sujetos o situaciones no son idénticos, se debe asumir como irrelevantes las diferencias y relevantes las similitudes o características en común (Comanducci, 1995, p. 84). Así, como señala Laporta, cuando apelamos a la noción de igualdad estamos invocando un ideal, un *desideratum*, un estado de cosas que debería ser (1994, p. 66). En este sentido, la noción de igualdad se configura como un principio, es decir, que no se ocupa de lo que sucede en la realidad sino de lo que debe suceder, a saber, que los seres humanos deben ser tratados como iguales independientemente de cuáles sean sus rasgos comunes o distintivos (Laporta, 1985, pp. 3-4). Enfocar la igualdad como un principio implica concederle el estatus de una metanorma en la medida en que le exige al conjunto de normas la generalidad en relación con su estructura, contenidos y efectos (p. 4)

Así pues, la relación de igualdad - desigualdad entre unos seres y otros no está definida por los hechos sino por la valoración, la «mediación» normativa de esos hechos que lleva a cabo el conjunto de las normas operativas en una sociedad, al atribuirles un significado y unas consecuencias. Estamos así frente a la igualdad ante la ley como exigencia de equiparación la cual supone un tratamiento igual de circunstancias no coincidentes pero que se considera que tales faltas de coincidencia o desigualdades son irrelevantes ya sea para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de la normatividad (Pérez Luño, p. 19).

La orientación sexual ha sido utilizada como un criterio para categorizar a las personas tomando en cuenta, a partir de sus características genitales, con quiénes se deben vincular en el plano sexual. La heterosexualidad —que viene a ser la sexualidad normativa— responde a un conjunto de concepciones e intereses económicos y político-religiosos pero que ha quedado sedimentada y asumida comúnmente como una determinación biológica. El derecho regula la sexualidad a través de diferentes instituciones. Para efectos del presente trabajo, me importa resaltar el matrimonio y el concubinato que a través de los artículos 234 y 326 del Código Civil peruano son instituciones heterosexuales.

Cabe preguntarse si la orientación sexual de una persona, constituye un factor que debería ser asumido como irrelevante en la definición de matrimonio y unión de hecho. La respuesta a dicha interrogante debe estar iluminada por la comprensión de la igualdad como un principio que está atento a la justificación de los criterios de selección o clasificación de los grupos, para darle determinada consecuencia normativa. En la línea de lo que señala Laporta, se debe tener en cuenta que el principio de igualdad impone una serie de constricciones sobre el conjunto

de criterios de clasificación (condiciones de aplicación) de tal modo que, más allá de la universalidad y generalidad, lo que importa es si las condiciones de aplicación son compatibles con el principio en cuestión. Así, afirma que:

[...] si dos individuos A y B cumplen con las propiedades p1, p2, p3, etc., entonces el tratamiento T que deben recibir ha de ser igual, cualquiera que sea ese tratamiento (adscripción de derechos civiles o políticos, atribución de recursos o rentas, etc.). La fuerza de este principio consiste básicamente en que parece reflejar una exigencia de racionalidad práctica: si a un sujeto A se le debe tratar de cierta manera, a otro sujeto idéntico a A en sus rasgos o propiedades relevantes no hay razón alguna para tratarlo de modo distinto. Lo que esto quiere decir es que, así concebida, la igualdad está dotada en principio de una justificación interna *a priori*, y que lo que necesita y exige una justificación ulterior es, precisamente, la desigualdad: y aquí es donde podríamos empezar a encontrar los límites o problemas de la igualdad [...] la igualdad se termina cuando aparece una justificación de la desigualdad más fuerte que la justificación *prima facie* de la igualdad (Laporta, 1994, p. 69).

Para operar del modo en el que lo hemos señalado anteriormente, la igualdad se manifiesta o da a luz al mandato de no discriminación. Lo que nos dice este último es que hay factores diferenciadores que deben ser tomados como irrelevantes de cara a la aplicación de consecuencias normativas. En el caso de la Constitución de 1993, por ejemplo, se prohíbe la discriminación por raza, sexo, religión, entre otros, lo que significa que no se pueden adoptar normas ni decisiones distintas para personas bajo el argumento del color de la piel, de si es varón o mujer, católico o musulmán, etc. Existe un denominador común de estos criterios como es que responden a factores históricos y sociales de discriminación. A lo anterior se suma el hecho que la cláusula antidiscriminatoria de nuestra Constitución señala al final de la lista de motivos prohibidos los de «cualquier otra índole», esto es, hay una lista abierta de razones vedadas para diferenciar. La pregunta es cuán abierta es la lista y en qué punto se establece el límite entre la relevancia e irrelevancia de los motivos. A este aspecto se refiere Laporta como «principio abierto», sobre el que señala que sería:

[...] imposible enumerar o hacer un listado de los rasgos que, incluso en un momento histórico determinado, son o han de ser considerados como irrelevantes. La raza, el sexo, la religión han sido ejemplos particularmente dramáticos y disputados, pero hay muchos más que, por obvios, no han sido ni siquiera mencionados en la historia: poseer un lunar en el antebrazo, practicar equitación, ser aficionado a la filatelia, etc. (1985, p. 14).

2. La igualdad en relación con la orientación sexual

Señala Bobbio que, en las relaciones de igualdad, debe quedar claramente determinados dos aspectos, a saber, «¿igualdad entre quienes?» e «¿igualdad en qué?».

De este modo, si se limita el criterio de especificación al par todo-parte, caben cuatro posibles respuestas: a) igualdad entre todos en todo; b) igualdad entre todos en alguna cosa; c) igualdad entre algunos en todo; d) igualdad entre algunos en alguna cosa (1993, p. 83).

Así pues, se trata de afirmar la igualdad entre todas las personas en el acceso al matrimonio y a tener convivencias reconocidas como tales por el Estado, de tal modo que se debe hacer una abstracción de la manera cómo viven su sexualidad y de la categorización que se hace de ella. En sentido contrario, mantener una diferenciación basada en el criterio de la orientación sexual de las personas como lo hace el Código Civil peruano constituye una violación del principio de igualdad.

En un enunciado igualitario son identificables tres partes:

Universo de los sujetos + Relación de los sujetos + Tratamiento

Cuando identificamos el universo de sujetos respecto de los cuales predicamos la igualdad, lo que en realidad estamos haciendo es un proceso mental de abstracción que implica una omisión selectiva de propiedades de los sujetos. Así entonces, si estos se ajustan a las propiedades incluidas en la descripción entonces concluimos que esos seres satisfacen la descripción (Ibíd.). La tarea radica en determinar si en el campo de los derechos familiares (el matrimonio y las uniones de hecho, en particular) la condición homosexual/lésbica es una propiedad que debemos considerar como relevante para otorgarle un tratamiento diferenciado.

2.1. ¿Es relevante el criterio de la orientación sexual para la regulación del matrimonio y la unión de hecho?

Para responder a esta pregunta es necesario indagar si existe una justificación moral deontológica para considerar que el criterio de orientación sexual derrota al principio de igualdad y, por lo tanto, constituye una razón para un tratamiento diferencial; para ello, es necesario partir del fundamento del principio de igualdad¹ (Vásquez, 2006, p. 139). En relación con esto, coincidimos con Nino cuando asume la tesis que sostiene que los principios morales se deducen a partir de la práctica social de la discusión moral (Nino, 1991) Los principios morales resultantes de dicha práctica deben ser aceptados sin justificación ulterior, lo que no significa que no puedan ser racionalmente cuestionables; por ello, su validez será tan solo *prima facie* y no absoluta. El tipo de discusión moral aludido consiste en argumentar a favor o en contra de conductas y pretensiones de los individuos, reconociendo a su vez ciertas circunstancias básicas de todos los seres humanos. Así mismo, la práctica

¹ Sigo la argumentación de Vásquez (2006).

de la discusión moral asume como valores la autonomía, la dignidad y la igualdad (Vásquez, 2006, pp. 137-138 y Nino, 1989, pp. 204-205)

Establecidos los mencionados valores que se asumen en la discusión moral aludida, es necesario responder a nuestra pregunta inicial sobre la relevancia o irrelevancia de la orientación sexual de cara a diferenciar o igualar en el tratamiento jurídico. Para ello, nos proponemos atender a los argumentos y contra argumentos de la posición que considera que las personas, independientemente de su orientación sexual, deben poder contraer matrimonio o que sus convivencias sean reconocidas y dotadas de los efectos jurídicos que tradicionalmente han tenido las convivencias heterosexuales. Esta discusión debe reconocer la existencia de un piso o límite moral mínimo que está constituido por la racionalización de las necesidades básicas de los individuos que se deben mínimamente cumplir para la realización de un plan de vida (Vásquez, 2006, p. 132).

Es preciso señalar que existen diversos enfoques teóricos para determinar qué aspectos constituyen este mencionado piso inferior, entre los que podríamos destacar, siguiendo nuevamente a Vásquez el enfoque de las necesidades y el de las capacidades (Ibíd.). El primero afirma que existen intereses o aspiraciones humanas que reclaman su satisfacción con mayor urgencia moral y normativa; se trata de aspiraciones humanas propiamente universales, en tanto que son condición de una vida propiamente humana. Doyal y Gough, por ejemplo, sostienen la distinción entre necesidades básicas objetivas (salud física y la autonomía personal) e intermedias, que son las básicas pero variables de contexto social y político y que son necesidades referidas a la salud, a la autonomía y a la maternidad (citado por Parellada, 2008, pp. 78-79).

Por otro lado, se tiene el enfoque de capacidades teorizado por Marta Nussbaum sobre el cual ella destaca que:

[...] es una doctrina política acerca de los derechos básicos [...] que se limita a especificar algunas condiciones necesarias para que una sociedad sea mínimamente justa, en la forma de un conjunto de derechos fundamentales para todos los ciudadanos. No garantizar estos derechos a los ciudadanos constituye una violación especialmente grave a la justicia básica, pues se pretenden implícitos en las nociones mismas de la dignidad humana y de una vida acorde con la dignidad humana. Una forma de concebir la lista de capacidades es como una lista de garantías constitucionales, análoga a la sección de Derechos Fundamentales de la Constitución india, o a la Carta de Derechos (más corta) de la Constitución estadounidense (2007, p. 163).

Las capacidades humanas básicas que propone y explica Nussbaum son las siguientes:

- a. Vida: En el sentido de vivir por un período normal, es decir, ni morir de forma prematura ni por un período que no valga la pena.
- b. Salud física: Gozar de una buena salud inclusive la salud reproductiva. Ello además en relación con una buena alimentación y un lugar adecuado para vivir.
- c. Integridad física: Poder tener libre tránsito y tener una vida libre de violencia. Tener oportunidades para la satisfacción sexual y libertad para tomar decisiones en el campo de la reproducción.
- d. Sentidos, imaginación y pensamiento: Poder usar estos de un modo auténticamente humano que se cultiva y se configura a través de una educación adecuada; poder hacer uso de la imaginación y el pensamiento y para la experiencia humana y la producción de obras y eventos religiosos, literarios, musicales entre otros; y poder usar la mente en condiciones protegidas por las garantías de la libertad de expresión en un amplio sentido y de prácticas religiosas. Disfrutar de experiencias placenteras y evitar los dolores no beneficiosos.
- e. Emociones. Mantener relaciones afectivas respecto de personas y objetos. Poder amar y sufrir por la ausencia de nuestros seres queridos. Poder expresar los sentimientos y que nuestro desarrollo emocional no quede bloqueado por el miedo y la ansiedad.
- f. Razón práctica. Cada ser humano debe poder formarse una concepción del bien y reflexionar críticamente sobre sus planes de vida, lo que implica como condición necesaria la protección de la libertad de conciencia y religiosa.
- g. Afiliación. Esta supone dos grupos de capacidades. En primer lugar vivir con y para los otros seres humanos, interactuar socialmente y desarrollar empatía. En este nivel se protege a las instituciones que constituyen y promueven estas formas de afiliación, así como la protección de libertad de expresión y de asociación política. El segundo grupo alude al autorrespeto y a ser tratados como seres dignos. Ello implica introducir disposiciones contrarias a la discriminación por razón de raza, sexo, orientación sexual, etnia, casta, religión y origen natural.
- h. Otras especies. Poder vivir en armonía con los animales, plantas y el mundo natural.
- i. Juego. Poder reír, jugar y tener acceso a la recreación.
- j. Control sobre el propio entorno. Aquí se distinguen dos niveles: Político (participación política, protección de la libertad de expresión y asociación, y material (derecho de propiedad y al trabajo en igualdad con los demás; en el espacio de trabajo poder laborar ejerciendo la razón práctica y entablar relaciones de mutuo reconocimiento con los demás trabajadores (pp. 8-89).

Ya sea que asumamos la teoría de las necesidades o de las capacidades como límite inferior, tomar en cuenta la orientación sexual como criterio para distribuir derechos sería ponernos por debajo de dicho nivel. En ese escenario, el recorte de autonomía, la negación del reconocimiento y la no adjudicación de derechos significaría, en última instancia, la negación del atributo de humanidad de muchos individuos que ejercen su sexualidad de manera distinta a la hegemónica.

¿Qué consideraciones subyacen a la negación a las personas de orientación homosexual/lésbica de la celebración del matrimonio y el reconocimiento de convivencias? Una primera es la interpretación de la sexualidad desde una lógica binaria que se funda sobre el par varón/mujer y al que le corresponde una identidad de género masculina/femenina respectivamente. Este binarismo se encuentra interpelado, por ejemplo, por las personas transgénero e intersexuales quienes no encajan en las correspondencias que se hacen de los mencionados pares opuestos, pero también crea un perjuicio contra homosexuales y lesbianas ya que el pensamiento dominante les exige unas identidades de género en las que muchas veces no encajan.

Una segunda consideración tiene que ver con la naturalización del sexo a partir de la cual se construye la identidad de género. Desde luego, la versión biológica del sexo margina a quienes no tienen una orientación heterosexual que sería la conducta sexual «normal», en tanto que natural, precisamente porque sobre la base de la biología se construye ese «deber ser» para el hombre y la mujer. Butler iluminada por el trabajo de Foucault sostiene al respecto que la idea de que puede haber una «verdad» del sexo, se produce precisamente a través de las prácticas reguladoras que generan identidades coherentes a través de la matriz de normas coherentes de género (2001, p. 50).

Como lo señala Argüello, la hegemonía de discursos legítimos encarnados específicamente en el sistema sexo-género, ha representado la exclusión e invisibilización de las personas LGBT, pero sobre todo ha constituido un marco de sentidos social y sexualmente construidos —desde la heterosexualidad-normativa— que los anulan como sujetos (2008, p. 15). En esta misma línea, coincidimos también con Burt quien señala que cuando estamos frente a cualquier desviación del binarismo, el núcleo del problema es la estigmatización social a la que se enfrentan las personas (2009, p. 4).

La tercera consideración tiene que ver también con otra «naturalización», en este caso, de la idea de familia. Esa concepción afirma que la familia es obra de la naturaleza y en ella se satisfacen necesidades y exigencias inherentes a la persona como ser individual y social (Cornejo Chávez, 1991, p. 11). Esto se articula muy bien con la finalidad reproductiva y, por lo tanto, con la necesaria heterosexualidad de dicha institución. Lo cierto es que familia y matrimonio son creaciones humanas

en las cuales el derecho ha jugado un papel central. La historia nos ha mostrado cómo la familia ha ido variando de significado y composición; no se trata, por lo tanto, de una entidad dada por la naturaleza sino que se ha ido moldeando por una serie de factores sociales, económicos, políticos y religiosos.

Los tres argumentos antes expuestos se ubican en una posición de defensa de un orden heterosexual, que es culturalmente construido y que niega la condición de humano y de sujeto moral a quienes no encajan en dicho orden. No existe, por lo tanto, una justificación de la desigualdad más fuerte que la justificación *prima facie* de la igualdad.

2.2. La relación entre moral y derecho en la fundamentación de la irrelevancia del criterio de orientación sexual para el igual tratamiento en relación con el matrimonio y las uniones de hecho

En la fundamentación planteada en el acápite anterior subyace una particular concepción de la moral en relación con el derecho, que nos conecta con los llamados principios de moralidad crítica que apuntan a la importancia de una justificación de la imposición de criterios morales, y que se contrapone a la denominada moral positiva, es decir la moralidad aceptada y compartida por un grupo social dado (Hart, 2006, p. 113). Los principios de moralidad positiva entran en consonancia con el punto de vista liberal que sostiene la necesidad de limitar la vinculación entre el derecho y la moral a aquellas reglas morales que se refieren al bienestar de terceros (Vásquez, 2006, p. 136). Así pues: «Los ideales de excelencia humana que integran el sistema moral que cada individuo profesa, según este punto de vista, no deben ser impuestos por el Estado, sino que deben quedar liberados a la elección personal y en todo caso convertirse en materia de discusión en el contexto social» (p. 136).

Fue precisamente en relación con las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo que en la década de los años sesenta se produjo un debate entre lord Patrick Devlin, miembro de la Cámara de los Lores en el Reino Unido, y el filósofo de derecho oxoniense, Herbert Hart. Las posiciones adoptadas por estos reflejan las diferencias entre esas dos perspectivas morales en relación con el derecho.

El contexto en el que se dio este debate fue la conveniencia de mantener o no la penalización de las relaciones sexuales privadas entre personas del mismo sexo que existía en el Reino Unido. Dicha norma había sido cuestionada por el Comité Wolfenden, creado para evaluar la pertinencia de esa tipificación penal. Fue en 1957 que dicho Comité concluyó que era necesaria la despenalización de esas conductas dado que no debería ser de incumbencia del Estado lo que los adultos hagan en privado siempre que medie un acto de consentimiento (Malem, 2001, p. 85).

Al respecto, afirmó Devlin que: «La sociedad no se mantiene por lazos físicos, sino por lazos invisibles de pensamiento común. Si esos lazos se relajaran sus miembros quedarían a la deriva» (citado por De Lopes Lima, 2005, p. 69).

Devlin concibió que la religión y la moral no podían separarse completamente, y que si los patrones morales aceptados en Occidente eran los cristianos, alguien que vive en una sociedad cristiana, pero que no tiene esa religión, si bien no puede ser obligado a convertirse a dicho credo, sí está en el deber de adherirse a la moral cristiana en tanto que es la moral del medio en el que vive (p. 77).

La concepción sobre la relación entre moral y derecho planteada por Devlin estuvo basada en la premisa de que una sociedad debe estar cohesionada a partir del conjunto de creencias morales compartidas por los miembros de una comunidad; es ello lo que los hace integrantes de la comunidad (Malem, 2001, p. 86). De esta manera Devlin concibe a la sociedad como una comunidad de ideas no solo políticas sino de cómo sus miembros deben comportarse y son estas las que constituyen la moral (p. 86).

En relación con el planteamiento anterior, para Devlin la sociedad es una entidad frágil, expuesta a la actuación con autonomía de los individuos que la componen, lo que conllevaba el riesgo de una desintegración social; por ello, su propuesta apuntaba a una moral concebida como tradición y costumbre. Así, para identificar las ideas morales en una comunidad, había que identificar qué tipo de estas ideas tiene el hombre de la calle pero no como hombre racional sino como hombre de mente recta. Así pues, la inmoralidad en el derecho debe ser considerada con lo que una persona de mente recta consideraría inmoral (p. 87).

La respuesta de Hart se puede sintetizar en los siguientes argumentos (Malem, 2001, pp. 94-95):

1. Devlin confundiría las leyes con medidas paternalistas que se justifican en la necesidad de impedir que, en ciertas circunstancias, las personas se generen un daño;
2. Otra confusión en la que habría incurrido Devlin sería entre la legitimidad de la represión de acciones indecentes con el objeto de evitar el daño a terceros, y la justificación de la represión de acciones inmorales ejecutadas en privado;
3. No hay nada que justifique conducir a una persona por un camino moral a través del miedo a la sanción por parte del derecho;
4. La corrección de la propuesta de Devlin depende completamente del significado que le da a la sociedad y a la moral. A lo que se añade que no hay prueba alguna de que los cambios de hábitos morales en una comunidad la lleven a la desintegración.

Sin duda la postura de Devlin se mantiene vigente en los argumentos que desde sectores renuentes al cambio social se afirman para negar el matrimonio igualitario. Así, por ejemplo, a propósito del debate que se produjo en Argentina en relación con el matrimonio igualitario, Gargarella identificó dicho argumento, resumiéndolo en la siguiente expresión: «el matrimonio igualitario va contra las tradiciones locales». Refiriéndose a este, expresa lo siguiente:

Este es uno de los argumentos más difundidos, pero a la vez más endebles, en contra del matrimonio igualitario. Este argumento toma como punto de partida afirmaciones del tenor de: «los argentinos somos mayoritariamente católicos» o «los argentinos no queremos este tipo de uniones» Ello, para llegar inmediatamente a conclusiones tales como que «con este tipo de iniciativas se dañan valores fundamentales, que son los que nos mantienen unidos y permiten que seamos quienes somos». La disolución de (o el ataque contra) este tipo de valores —se nos sugiere— pondría en cuestión nuestro estatus como sociedad y amenazaría nuestra cohesión y nuestra identidad (Gargarella, 2010, p. 133).

Por su parte fue Dworkin (1999, pp. 360-363) quien, en la línea de la moral crítica y cuestionando el planteamiento de Devlin, presenta cuatro criterios en los que no se puede justificar una razón u opinión moral:

- a) Los prejuicios deben quedar excluidos.
- b) La reacción emocional personal (repulsión o fobia) tampoco puede justificar un juicio moral.
- c) La posición moral basada en proposiciones de hecho que son falsas o no plausibles, no puede ser aceptada; y,
- d) Si la posición moral solo se puede defender bajo el argumento de las creencias ajenas, no se encuentra justificada.

La cuestión problemática en el Perú se produce precisamente por la gran influencia de la Iglesia católica en las políticas de Estado. La posición institucional de aquella ha sido la defensa de la familia como un orden natural y vital para la sociedad, lo que supone una naturalización de la familia afirmada sobre la heterosexualidad. La concepción religiosa del matrimonio ha sido extrapolada al matrimonio civil y es a partir de esa posición que la Iglesia, como actor político, defiende un orden familiar tradicional, basado en las ideas de heterosexualidad y reproducción.

2.3. El aporte del argumento de la igualdad en la discusión sobre el matrimonio igualitario

En el debate sobre el matrimonio igualitario se han planteado como argumentos los principios de dignidad, autonomía e igualdad. Si bien los tres constituyen razones muy poderosas, coincidimos con quienes han sostenido que el argumento más

idóneo para el tipo de problema que está en juego con homosexuales y lesbianas es el de la igualdad. A efectos de fundamentar esta posición consideramos importante desarrollar tres aspectos: a) el significado y las consecuencias de la negativa estatal de reconocer las uniones entre personas del mismo sexo, en otras palabras, lo que está en juego; b) el valor del principio de dignidad humana como cimiento de los demás derechos fundamentales de la persona; y, c) la comparación entre el argumento de la igualdad y la autonomía. A continuación desarrollaremos cada uno de estos aspectos.

a) El significado y las consecuencias de la negativa estatal de reconocer las uniones entre parejas del mismo sexo

La heteronormatividad resulta en un problema de estatus de quienes no encajan en la heterosexualidad. Fraser, por su parte, lo expresa de la siguiente manera:

Esos patrones heteronormativos de valor, institucionalizados de forma generalizada, estructuran grandes franjas de interacción social. Expresamente codificados en muchas áreas del derecho (incluyendo el derecho de familia y el derecho penal), informan las interpretaciones jurídicas de la familia, la intimidad, la privacidad y la igualdad. También están muy arraigados en muchas áreas de la política de los gobiernos (incluyendo las políticas de inmigración, naturalización y asilo) y en las prácticas profesionales estándar (incluyendo la medicina y la psicoterapia). Los patrones heteronormativos de valor también invaden la cultura popular y la interacción cotidiana. El efecto es considerar a gays y lesbianas como representantes de una sexualidad despreciable, sometida a formas sexualmente específicas de subordinación de estatus. Esta última supone vergüenza y agresiones, exclusión de los derechos y privilegios del matrimonio y la maternidad o paternidad, limitaciones de los derechos de expresión y asociación, representaciones estereotipadas degradantes de los medios de comunicación, hostilidad y menosprecio en la vida cotidiana y negación de los derechos plenos y protecciones equiparables de los ciudadanos [...] la institucionalización de normas heterosexistas produce una categoría despreciables... (2008, p. 91).

Se trata, pues, en el caso de homosexuales y lesbianas, de la atribución social de un estatus inferior al de personas heterosexuales y que se traduce en una negación de la condición de persona como sujetos de derechos. Esta realidad se asemeja a situaciones históricas de negación de la condición de ciudadanas a las mujeres, o la condición en la que vivían las personas de raza negra durante los tiempos de segregación racial, por citar algunos ejemplos. Así pues, homosexuales y lesbianas son medidos por su sexualidad y son considerados seres que padecen de una condición de anormalidad y patología para algunos y de inmoralidad para otros, por lo que son vistos como diferentes y se les atribuye una condición disminuida frente a los demás sujetos plenos de derechos.

Diversos estudios de opinión realizados a nivel nacional ratifican la existencia de una percepción social desfavorable hacia homosexuales y lesbianas. Así, por ejemplo, en la encuesta de Opinión Nacional de diciembre de 2009, el Instituto de Opinión Pública de la PUCP, ante la pregunta: «En la siguiente lista hay varios tipos de gente, ¿podría señalar a quién no le gustaría tener por vecino?», obtuvo como hallazgo que el 25.6% de los encuestados señalaron que no les gustaría tener por vecinos a homosexuales. En este mismo estudio, ante la pregunta: «Si descubre que su mejor amigo es homosexual o lesbiana, ¿cuál de las siguientes reacciones tendría usted?», la respuestas que manifiestan un nivel de rechazo hacia esa orientación sexual llegan a superar el 50%, pues el 11% manifestó que rompería la amistad, el 25,6% que trataría que hacerlo reflexionar para que cambie su conducta y el 14,3% que le costaría algo pero seguiría siendo su amigo. Por último, ante la pregunta: «Pensando en cómo funcionan las cosas en el Perú, ¿diría usted que en la práctica un homosexual o una lesbiana logran hacer valer sus derechos?» El 27,4% consideró que casi nunca, el 19,9% que nunca y el 29,9% que algunas veces.

En otro estudio de percepción general sobre la población LGBT en las regiones de Lima, Callao, Ica, La Libertad, Lambayeque, Loreto, Ucayali y San Martín el 40,6% de los encuestados señaló estar de acuerdo y algo de acuerdo con que «se deberían prohibir las expresiones en público de los homosexuales», el 50,9% con que todos los bares y lugares homosexuales deberían ser cerrados y el 74,8% con que los homosexuales deberían ser marginados de la profesión de enseñanza básica.

En cuanto a la cuestión familiar, específicamente, existe un alto nivel de rechazo a que homosexuales y lesbianas asuman un rol de cuidado. En la Encuesta de Opinión sobre Familia y Roles de Género en el año 2012 el Instituto de Opinión Pública de la PUCP, se preguntó: «¿Qué tan de acuerdo o desacuerdo está usted con esta frase?: una pareja de lesbianas puede criar a un hijo tan bien como una pareja de hombre y mujer», ante lo cual 23,3% dijo estar muy de acuerdo y el 50,9% en desacuerdo. Similar pregunta se formuló para el caso de las parejas de hombres homosexuales, elevándose las cifras a 27,5% y 53%, respectivamente. En esa misma encuesta la posibilidad de adoptar fue rechazada tanto para parejas de hombres en un 65,1% como de mujeres en un 60,8%. Finalmente ante la pregunta sobre si se está de acuerdo con el matrimonio entre personas del mismo sexo, se obtuvo como respuesta que el 18,5% está muy en desacuerdo y el 47,4% en desacuerdo.

Por otra parte, en el informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) se reveló que durante el conflicto armado se produjeron ataques contra la población LGBT en el marco de las prácticas de los grupos subversivos denominadas de «profilaxis social» y que se traducían en la matanza de homosexuales a los que se les cercenaba el pene antes de darles muerte, violaciones sexuales y

expulsión de las comunidades. Se trató de crímenes perpetrados por la condición de homosexualidad.

Esta percepción social sobre homosexuales y lesbianas se articula con las respuestas de quienes desde el Estado están a cargo de formular políticas públicas así como de formular normas, pero que defienden el orden tradicional y muestran una alta resistencia a los cambios.

Esta realidad evidencia que la condición homosexual/lésbica es de subordinación y marginación. Estamos ante una percepción social sobre estas personas como seres de un estatus inferior y que generan el rechazo de importantes sectores de la población, que se materializa no solo en segregación y exclusión sino también en actos sumamente violentos contra esta población. La negativa estatal a reconocer estas uniones, ya sea como matrimonio y uniones de hecho, es otra manifestación del mismo problema y dicha omisión tiene el poder simbólico de considerar a la diversidad sexual no simplemente como tal sino como una anormalidad e inmoralidad. Por ello coincidimos con Burt cuando sostiene que:

La exigencia de reconocimiento a los matrimonios entre parejas del mismo sexo está orientada a fortalecer en lugar de abandonar el tejido social; no a preservar el compromiso con la pareja de uno sino a encontrar el reconocimiento público y la celebración de este compromiso, algo fundamentalmente distinto a definir dicho compromiso como «un asunto privado» carente de significado público [...] Insistir en el reconocimiento público expresa, al menos de manera implícita, la disposición a justificar la decisión de uno frente a los demás: un esfuerzo en obtener respeto moral por la decisión de uno, incluso si los otros emplean un esquema ético distinto en sus propias vidas (2009, p. 17).

Se afirma, a su vez, que el problema de estatus de homosexuales y lesbianas requiere de derechos de reconocimiento, los que tienen los siguientes puntos de partida: a) que existen en la sociedad grupos estigmatizados; b) que los estigmas son productos institucionales e históricos y no cósmicos; c) que los estigmas pueden no tener fundamentos científicos, racionales o funcionales para la sociedad; d) que las personas pertenecientes a grupos estigmatizados sufren la usurpación o la negativa de un bien material pero básico, el respeto y la autoestima; e) que el mantenimiento social de los estigmas es, por lo tanto, una injusticia que provoca un dolor innecesario, sufrimiento, violencia y falta de respeto; f) que los miembros de una sociedad, para continuar perteneciendo a ella, tienen derecho a que les sean retirados los estigmas humillantes (De Lopes Lima, 2005, pp. 74-75).

b) El valor del principio de dignidad humana como cimiento de los demás derechos fundamentales de la persona

La igualdad cobra indiscutible sentido para el tipo de problema que acabamos de describir, cuando lo entendemos además como una expresión del principio de dignidad humana. Si como hemos argumentado, lo que está en juego en la negativa a reconocer a las uniones del mismo sexo es el estatus de ser humano de quien no tiene una orientación heterosexual, precisamente lo que se requiere es una entidad que destaque que el ser humano es un fin y no un medio.

Sobre el concepto de dignidad Atienza resalta en particular su dimensión normativa, esto es, que la dignidad no solo explica sino que también justifica, cumpliendo esta última función respecto de los derechos humanos (2010, p. 196). Ahora bien, continua Atienza señalando que desde esa perspectiva puede distinguirse dos dimensiones de la dignidad: a) como fundamento último de los derechos (señala el límite de la moral y ordena no tratarnos a nosotros mismos ni a los demás exclusivamente como medios); y, b) como materializada en derechos fundamentales concretos (p. 199). Así pues, la igualdad en su sentido más fuerte o profundo, como respuesta al estatus inferior o infrahumano que se les otorga a homosexuales y lesbianas, constituye una expresión de la dimensión normativa de la dignidad.

En este sentido también parece comprenderlo la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha expresado 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 incurso en tal situación de inferioridad.

c) La comparación entre el argumento de la igualdad y la autonomía

Lo que se predica desde la autonomía individual es el derecho de cada individuo a elegir su plan de vida sin más límite que el de no dañar a terceros. De lo que se trata, en ese sentido, es de la construcción de una esfera personal que el Estado no puede penetrar, más bien lo que tiene es un deber de abstención y, en todo caso, de generar las condiciones para el pleno goce de ese derecho. Este mismo argumento, asumido como privacidad, fue utilizado en los Estados Unidos especialmente en relación con los derechos en las esferas de la sexualidad y la reproducción como en el caso *Roe v. Wade* sobre interrupción voluntaria del embarazo, y *Griswold v. Connecticut* sobre el derecho de las parejas casadas a usar anticonceptivos.

En esta misma línea, el argumento fue empleado por la Corte Constitucional de Colombia, en relación con la situación de las parejas del mismo sexo, a propósito de la especificación del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Al respecto, señaló la Corte que lo que se consagra con este derecho es:

[...] una protección general de la capacidad que la Constitución reconoce a las personas para autodeterminarse, esto es, a darse sus propias normas y desarrollar planes propios de vida, siempre y cuando no se afecten derechos de terceros o el orden jurídico. Para la Corte este derecho se vulnera cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano².

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha sostenido que:

[...] las relaciones amorosas y sexuales [...] se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad [...] se trata de una actividad estrictamente privada, consustancial a la estructuración y la realización de la vida privada de una persona [...] propia de su autonomía y dignidad³.

Como se puede advertir de lo anterior, la autonomía está asentada en la división entre la esfera pública y privada que el liberalismo construye para marcar el límite de la actuación del Estado. Alude al individuo no en interacción con otros sino más bien apunta a dejarlo solo en sus elecciones personales sobre su vida, sin interferir en esas decisiones (Burt, 2009, p. 17). He aquí pues la primera debilidad del argumento de la autonomía en relación con el de la igualdad pues esta por su contenido relacional involucra más a las relaciones sociales, a la dinámica en sociedad, que es finalmente lo que está en juego en la lucha por el reconocimiento del matrimonio y convivencia entre personas del mismo sexo. Es cierto que esta lucha ha tenido metas intermedias que, aproximadamente en la última década, básicamente se han materializado en el reconocimiento de las uniones civiles o en reconocimiento de algunos efectos patrimoniales a las uniones entre personas del mismo sexo, pero este tipo de creaciones jurídicas no tienen la fuerza simbólica que sí tiene el matrimonio igualitario que termina reconfigurando la institución matrimonial sin importar la sexualidad y dota de humanidad a quienes en el imaginario social no la tienen.

El mensaje implícito en esta estrategia intermedia es: homosexuales y lesbianas reconocemos su existencia, no podemos negar la realidad así que es necesario legislar sobre su particularidad reconociéndoles algunos efectos jurídicos a sus relaciones afectivas. Nótese que es así como normativamente se construye un estatus inferior,

² Sentencia C-075/2007.

³ Expediente 03901-2007-PA/TC.

degradado; se trata de un estigma que no permite una ciudadanía plena en derechos. La autonomía no llega a atacar este problema porque lo que importa a esta es que el individuo en su esfera privada elija sin interferencias (Bonilla, 2010, p. 194).

La otra debilidad del argumento de la autonomía está relacionada con lo que el feminismo ha venido denunciando desde hace mucho tiempo como un problema de fondo del liberalismo, que se traduce en la conocida afirmación «lo personal es político», con la cual se alude a que la familia y las relaciones que se dan en ella constituyen espacios donde se configuran las estructuras de poder patriarcal y por lo tanto tienen una dimensión política enorme (Moller Okin, 1993, p. 43).

Estas críticas son extensibles a la problemática de las personas LGBT, pues si bien para unas metas intermedias en la agenda de reivindicación de sus derechos la autonomía ha sido crucial, tiene su límite como perspectiva individual y de privacidad, ya que la familia tal como se nos ha presentado corresponde a ese reducto personal e íntimo que el Estado no puede penetrar. Sin embargo, es precisamente a partir de problemáticas sociales como la violencia doméstica y el déficit de derechos que padecen las personas LGBT, que la familia más bien muestra su rostro de institución política desde la cual se refuerza un orden patriarcal y heteronormativo.

La importancia de la igualdad frente a la privacidad para el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido expresada por Burt (2009) para el contexto norteamericano de la siguiente manera:

Entender el reclamo por matrimonios del mismo sexo como una aplicación del derecho a la privacidad implica que el Estado no tiene derecho a expresar un juicio moral sobre cualquier elección conyugal, porque la elección en sí misma es objeto de protección. Entender el reclamo como una aplicación del principio de igualdad implica que el Estado está autorizado a formular juicios morales acerca de los cónyuges, pero no este juicio moral que menoscaba a las parejas del mismo sexo, en comparación [con] las relaciones heterosexuales.

Al centrar la atención en las características especiales de este juicio moral que condena los matrimonios del mismo sexo, la aplicación de la igualdad como estándar normativo establece una revisión mucho más amplia y más rica acerca de la indignidad infligida a personas del mismo sexo que la aplicación de la privacidad, que restringe intencionalmente la atención sobre la elección en cuanto tal, sin tener en cuenta el contenido sustantivo de tal elección. Entender la denegación del matrimonio a parejas del mismo sexo como una violación a la igualdad revela similitudes con la indignidad infligida por la institución de la esclavitud, el ejemplo paradigmático en nuestra cultura de la imposición injusta de desigualdades. Al delinear este paralelo, podemos ver cómo el recurso de la igualdad da lugar a un examen social y psicológico más profundo sobre el impacto de la prohibición de matrimonios entre personas del mismo sexo; y aún más, podemos ver cómo la igualdad se basa

en una concepción de la democracia más profunda y normativamente adecuada que la privacidad (pp. 10-11).

Así, la igualdad derivada del principio de dignidad humana, constituye un mejor argumento para lograr el reconocimiento de derechos familiares de las personas LGBT porque les reconoce el estatus que el orden heteronormativo les niega.

3. La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y en el marco del DIDH

El Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo que la igualdad y el mandato de no discriminación son principios de la organización de la vida constitucional de la sociedad y en ese sentido ha perfilado su contenido (Rubio, Eguiguren y Bernal, 2010, p. 144). Así ha sostenido que:

La noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero aparece como un principio rector de la organización y actuación del Estado Democrático de Derecho. En el segundo, se presenta como un derecho fundamental de la persona.

Como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológico, que, por tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias.

En ese sentido, la igualdad es un principio-derecho que instala a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones.

Por consiguiente, presume la afirmación a priori y apodíctica de la homologación entre todos los seres humanos, en razón de la identidad de naturaleza que el derecho estatal se limita a reconocer y garantizar⁴.

Sobre estos dos planos en el que de acuerdo a la doctrina del Tribunal opera la igualdad —principio rector y derecho fundamental— señalan Rubio y otros que:

[...] Rompe con la regla de que las personas podían ser consideradas distintas y agrupadas en aristocracia o pueblo, regla que existió a lo largo del Antiguo Régimen,

⁴ Expediente 0261-2003-AA-TC. Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 26 de marzo de 2003.

al que la revolución liberal de los siglos XVIII y XIX puso fin en Occidente. Así, la igualdad se convierte en un principio que cualquiera puede exigir en cualquier recodo de la organización Estado, porque cada persona y cada funcionario debe cumplirla no solo en sus quehaceres oficiales, sino en su trato cotidiano con los demás. [...]

En tanto derecho subjetivo de la persona, la igualdad le permite reclamar un trato igual al del resto, no discriminatorio y que le otorgue igualdad de posibilidades de realización en las diversas facetas de la vida en sociedad (2010, pp. 145-146)

Respecto a esta última dimensión el Tribunal ha señalado posteriormente que:

5. De esa forma este Colegiado ha establecido que la igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2 de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: «[...] toda persona tiene derecho [...] a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole». Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, se trata de un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratada del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación.

6. En el ámbito constitucional el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable (Hernández Martínez, 1994, pp. 700-701).

Y en lo que atañe a la dimensión de principio rector de todo el ordenamiento, en la misma sentencia que se acaba de citar se precisa lo siguiente:

7. Sin embargo la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable (Álvarez Conde, 2003, pp. 324-325). La aplicación, pues, del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual, por ello no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.

8. Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. En principio debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables.

Por el contrario cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, se está frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.

9. Ahora bien, a efectos de determinar si en el caso concreto se está frente a un quiebre del derecho-principio a la igualdad, la doctrina constitucional ha desarrollado mecanismos para determinar cuándo se está frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o cuándo frente a un trato arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio. Precisamente, uno de esos instrumentos a los que habrá de recurrir nuevamente este Tribunal es al test de razonabilidad.

- a. De la existencia de un fin constitucional en la diferenciación [...]
- b. De la adecuación del medio utilizado para alcanzar el fin perseguido [...]
- c. De la necesidad del medio empleado [...]⁵

A lo anterior hay que agregar también lo que el mismo Tribunal ha sostenido en una sentencia anterior en el sentido que:

[...] enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal [...] En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales⁶.

En lo que se refiere al desarrollo que sobre la igualdad y no discriminación en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a partir de lo establecido en los convenios internacionales que sobre esta materia ha suscrito el Estado peruano tenemos las siguientes disposiciones:

- . Que los derechos humanos pertenecen íntegramente a todas y cada una de las personas por igual [...]
- . Que entre estos derechos humanos está la igualdad ante la ley.
- . Que cada Estado debe proveer en sus sistema jurídico los medios eficaces que permitan a las personas protegerse del agravio a las disposiciones inmediatamente anteriores, que se produzcan en su contra (Rubio y otros, 2010, p. 144).

Es importante resaltar en este ámbito que la Corte Interamericana ha emitido pronunciamientos en el marco de sus opiniones consultivas 4/84⁷ y 18/3⁸. En la primera de estas la Corte señaló:

⁵ Expediente 02974-2010-AA. Sentencia de 24 de octubre de 2011.

⁶ Expediente 001/003-2013-AI/TC. Sentencia de 11 de noviembre de 2003.

⁷ Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero del año 1984, solicitada por Costa Rica.

⁸ Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de setiembre de 2003 solicitada por México.

53. El artículo 1.1. de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos «sin discriminación». Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma.

En lo que respecta al artículo 24 en la misma Opinión Consultiva se señaló que:

54. [...] reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, estos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección legal.

En la Opinión Consultiva 18/3 la Corte especificó que:

84. [...] El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo admisible, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.

En esta misma se define el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación como parte del *juscogens*, por lo que son inadmisibles tratos discriminatorios por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión pública o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. A su vez, esta perspectiva de la igualdad y no discriminación impone a los Estados el cumplimiento de un conjunto de obligaciones de abstención y de adopción de medidas positivas detalladas en los numerales 103 al 109 de dicha opinión.

Es importante mencionar en específico la sentencia en el caso Karen Atala Riffo c. Chile, por abordar la cuestión de la orientación sexual en relación con la igualdad en la que la Corte continúa en la línea de las opiniones consultivas antes especificadas.

Se puede concluir que, a pesar de que la argumentación a favor del matrimonio igualitario y la legalización de las convivencias entre personas del mismo sexo puede hacerse a partir de la invocación a diferentes derechos, el que mejor responde al tipo de problemática que está en juego cuando se está ante un déficit de reconocimiento de derechos por razones de orientación o diversidad sexual, es la igualdad

y no discriminación. En relación con esta, la orientación sexual entendida como un factor de sufrimiento humano en sociedades como la nuestra en la que la heterosexualidad constituye el paradigma, debe ser asumida como un criterio irrelevante para diferenciar en la adjudicación de derechos. Diferenciar en este sentido no encuentra justificación moral en un Estado democrático.

Referencias

- Álvarez Conde, Enrique (2003). *Curso de derecho constitucional*. Vol I. Cuarta edición. Madrid: Tecnos.
- Arienza, Manuel (2010). *Bioética, derecho y argumentación*. Lima: Palestra.
- Arienza, Manuel (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta
- Argüello, Sofía (2008). *La política del estigma (homo) sexualidad: normatividad y resistencia*. Tesis de Maestría. Flaco Quito. <http://hdl.handle.net/10469/3909>.
- Bobbio, Norberto (1993). *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós.
- Bonilla, Daniel (2010). Parejas del mismo sexo en Colombia: tres modelos para su reconocimiento jurídico y político. *Anuario de Derechos Humanos*, 183-200. www.anuariodh.uchile.cl
- Burt, Robert (2009). Regulando la sexualidad: Libertad frente a la igualdad. http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Burt_Sp_PV.pdf
- Cornejo Chávez, Héctor (1991). *Derecho familiar peruano*. 2 tomos. Octava edición. Lima: Studium.
- De Lopes Lima, José Reinaldo (2005). El derecho al reconocimiento para gays y lesbianas. *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2(2). <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/derecho-a-la-educacion-y-educacion-para-los-derechos-humanos.pdf>
- Dworkin, Ronald (1999). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Foucault, Michel (2006). *Historia de la sexualidad. La voluntad del saber*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Fraser, Nancy (2008). La justicia social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación. *Revista de Trabajo*, 4(6).
- Gargarella, Roberto (2010). Matrimonio y diversidad sexual: el peso del argumento igualitario. En Martín Aldao y Laura Clerico (coords.), *Matrimonio igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas* (pp. 131-144). Buenos Aires: Editorial Universitaria.
- Hart, Herbert. L. A. (2006). *Derecho, libertad y moralidad. Las conferencias Harry Camp en la Universidad de Stanford (1962)*. Madrid: Dykinson.
- Hernández Martínez, María (1994). El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (como valor y como principio en la aplicación jurisdiccional de la ley). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XXVII(81), Nueva Serie, 700-701.
- Laporta, Francisco (1985). El principio de igualdad: Introducción a su análisis. *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 67, 3-31. Madrid.
- Laporta, Francisco (1994). Problemas de la igualdad. En Amelia Valcárcel (comp.), *El concepto de igualdad*. Madrid: Pablo Iglesias.

- Malem, Jorge (2001). La relación entre el derecho y la moral. La disputa Devlin-Hart. En *Sexualidad y derechos ciudadanos*. Lima: CMP Flora Tristán.
- Moller Okin, Susan (1993). Liberalismo humanista. En Nancy L. Roseblum (dir.), *El liberalismo y la vida moral*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Nino, Carlos Santiago (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea.
- Nussbaum, Martha (2007). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós.
- Parellada, Ricardo (2008). *Necesidades, capacidades y valores*. Papeles No. 102 http://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/PDF%20Papeles/102/Necesidades_capacidades_valores.pdf.
- Perez-Luño, Antonio (2005). *Dimensiones de la igualdad*. Madrid: Dykinson.
- Rubio, Marcial, Francisco Eguiguren y Enrique Bernales (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Vásquez, Rodolfo (2006). *Entre la igualdad y la libertad. Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid: Trotta.