

UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



LA OMISIÓN LEGISLATIVA Y LA AFECTACIÓN A LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS LGTBI
EN EL PERÚ

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Bach. NORELIA LISETH MAZA HARO

ASESOR:

DR. RICARDO ROBINSON SÁNCHEZ ESPINOZA

HUARAZ, PERÚ

2021

FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, CONDUCENTES A OPTAR TÍTULOS PROFESIONALES Y GRADOS ACADÉMICOS EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

1. Datos del autor:

Apellidos y Nombres: _____

Código de alumno: _____ Teléfono: _____

E-mail: _____ D.N.I. n°: _____

(En caso haya más autores, llenar un formulario por autor)

2. Tipo de trabajo de investigación:

Tesis Trabajo de Suficiencia Profesional

Trabajo Académico Trabajo de Investigación

Tesinas (presentadas antes de la publicación de la Nueva Ley Universitaria 30220 – 2014)

3. Para optar el Título Profesional de:

4. Título del trabajo de investigación:

5. Facultad de: _____

6. Escuela o Carrera: _____

7. Asesor:

Apellidos y nombres _____ D.N.I n°: _____

E-mail: _____ ID ORCID: _____

8. Referencia bibliográfica: _____

9. Tipo de acceso al Documento:

Acceso público* al contenido completo. Acceso

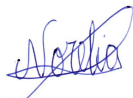
restringido** al contenido completo

Si el autor eligió el tipo de acceso abierto o público, otorga a la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo una licencia no exclusiva, para que se pueda hacer arreglos de forma en la obra y difundirlo en el Repositorio Institucional, respetando siempre los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual de acuerdo y en el Marco de la Ley 822.

En caso de que el autor elija la segunda opción, es necesario y obligatorio que indique el sustento correspondiente:

10. Originalidad del archivo digital

Por el presente dejo constancia que el archivo digital que entrego a la Universidad, como parte del proceso conducente a obtener el título profesional o grado académico, es la versión final del trabajo de investigación sustentado y aprobado por el Jurado.



Firma del autor

11. Otorgamiento de una licencia *CREATIVE COMMONS*

Para las investigaciones que son de acceso abierto se les otorgó una licencia Creative Commons, con la finalidad de que cualquier usuario pueda acceder a la obra, bajo los términos que dicha licencia implica.



El autor, por medio de este documento, autoriza a la Universidad, publicar su trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional, al cual se podrá acceder, preservar y difundir de forma libre y gratuita, de manera íntegra a todo el documento.


Según el inciso 12.2, del artículo 12º del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales - RENATI "Las universidades, instituciones y escuelas de educación superior tienen como obligación registrar todos los trabajos de investigación y proyectos, incluyendo los metadatos en sus repositorios institucionales precisando si son de acceso abierto o restringido, los cuales serán posteriormente recolectados por el Recolector Digital RENATI, a través del Repositorio ALICIA".

12. Para ser verificado por la Dirección del Repositorio Institucional

Fecha de Acto de sustentación:

Huaraz,

Firma:



Varillas Wiliam Eduardo
Asistente en Informática y Sistemas
- UNASAM -

***Acceso abierto:** uso lícito que confiere un titular de derechos de propiedad intelectual a cualquier persona, para que pueda acceder de manera inmediata y gratuita a una obra, datos procesados o estadísticas de monitoreo, sin necesidad de registro, suscripción, ni pago, estando autorizada a leerla, descargarla, reproducirla, distribuirla, imprimirla, buscarla y enlazar textos completos (Reglamento de la Ley No 30035).

**** Acceso restringido:** el documento no se visualizará en el Repositorio.



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
SECCION DE GRADOS Y TITULOS



ACTA DE SUSTENTACION PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO

TOMO I - FOLIO 004 - AÑO 2022 - FDCCPP

MODALIDAD: TESIS

En la ciudad de Huaraz, siendo las quince horas del día miércoles primero de junio del dos mil veintidós. Se reunieron en la Sala de Audiencia de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas el Jurado Calificador, integrado por los siguientes docentes:

Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO : PRESIDENTE
Mag. DEMETRIO MOISES ORDEANO VARGAS : SECRETARIO
Dr. RICARDO ROBINSON SANCHEZ ESPINOZA : VOCAL

Con el objeto de examinar la Sustentación de Tesis, titulada: "OMISION LEGISLATIVA Y AFECTACION A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS LGTBI EN EL PERU" de la bachiller MAZA HARO NORELIA LISETH, para OPTAR el Título Profesional de Abogada.

Acto seguido, la bachiller fue llamada por su nombre e invitada a ocupar el podio a efectos de su exposición, luego de lo cual, fue examinada en relación a la tesis sustentada. Culminado el acto, el Presidente invitó a los asistentes a retirarse para la deliberación. Obteniéndose la siguiente calificación:

PROMEDIO : DIECISIETE (17).

RESULTADO: Aprobado por unanimidad.

En mérito de lo cual, el **Jurado Calificador la Declara: APTO**, para que se le otorgue el Título Profesional de Abogada. Con lo que concluye el Acto, siendo las dieciséis horas del mismo día. Firman por cuadruplicado los Miembros del Jurado en señal de conformidad.

Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO
PRESIDENTE

Mag. DEMETRIO MOISES ORDEANO VARGAS
SECRETARIO

Dr. RICARDO ROBINSON SANCHEZ ESPINOZA
VOCAL

DEDICATORIA

A mis padres, quienes son los pilares fundamentales en mi vida; sin el apoyo de ellos, jamás hubiera podido alcanzar mis logros; su tenacidad y lucha incansable han hecho que conquiste mis objetivos.

AGRADECIMIENTOS

Agradecer a Dios, por haberme dado la vida y por permitirme llegar hasta este momento tan importante de mi formación profesional.

A la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo, mi *alma mater*, que me formó y albergó en sus aulas.

A mis docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, por sus enseñanzas durante mi formación profesional.

A mi asesor, Dr. Ricardo Robinson Sánchez Espinoza, por su apoyo y asesoría durante todo el proceso de investigación.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	iii
RESUMEN.....	vi
ABSTRACT.....	vii
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del problema	3
1.2 Formulación del problema	7
1.2.1 Problema general	7
1.2.2 Problemas específicos	8
1.3 Justificación y viabilidad.....	8
1.3.1 Justificación teórica	8
1.3.2 Justificación práctica.....	9
1.3.3 Justificación legal.....	10
1.3.4 Justificación metodológica.....	11
1.3.5 Delimitación.....	11
1.3.6 Ética	11
1.4 Formulación de objetivos	12
1.4.1 Objetivo general.....	12
1.4.2 Objetivos específicos	12
1.5 Hipótesis.....	13
1.5.1 Hipótesis general.....	13
1.5.2 Hipótesis específicas	13
1.6 Categorías.....	14
1.7 Metodología	15
1.7.1 Tipo de investigación.....	15
1.7.2 Diseño de investigación	15
1.7.3 Métodos de investigación	16
1.7.4 Unidad de análisis y plan de muestreo.....	18
1.7.5 Técnicas e instrumentos de recolección de la información	18
1.7.6 Plan de procesamiento e interpretación de la información.	19

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes	20
2.2 Bases teóricas	28
2.2.1 Estado de cosas inconstitucional.....	28
2.2.2 Neoconstitucionalismo y teoría de los derechos fundamentales.....	32
2.2.3 Derechos fundamentales de los LGTB	40
2.3 Definición de términos.....	48

CAPÍTULO III

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Resultados doctrinarios	51
3.1.1 El estado de cosas inconstitucional.....	51
3.1.2 Respecto a las limitaciones normativas en el derecho interno para la protección de los derechos fundamentales de los LGTBI	55
3.1.3 Fundamentos jurídicos que justifican la aplicación del estado de cosas inconstitucional para tutelar los derechos fundamentales de los LGTBI	59
3.1.4 Interpretación extensiva de las normas administrativas del RENIEC ...	65
3.1.5 El derecho a la educación, libertad de tránsito, el de una vida libre de violencia, la educación, a la salud y trabajo de los LGTBI	70
3.2 Resultados normativos	84
3.2.1 Respecto a la protección de los derechos fundamentales de los LGTBI	84
3.2.2 Necesidad de incorporaciones normativas.....	100

CAPÍTULO IV

VALIDACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

4.1 Validación de las hipótesis específicas	105
4.2 Validación de la hipótesis general.....	110
CONCLUSIONES	112
RECOMENDACIONES	114
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	115

RESUMEN

Uno de los tipos de violencia que se presenta con notoriedad en el Perú es la discriminación y odio desplegados en contra de las lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex (LGTBI), que, a pesar de que tienen una fuerte connotación social, no son protegidos eficazmente por el sistema jurídico desde el ámbito constitucional y normativo, lo que afecta sus derechos civiles, sociales y culturales. En tal sentido, con base en el desarrollo jurisprudencial y las opiniones de la Corte IDH, el desarrollo jurisprudencial del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, se observan los avances y se advierten las carencias en sede interna en la garantía de los derechos humanos LGTBI. Así, uno de los mecanismos para la tutela de sus derechos lo constituye la declaratoria del estado de cosas inconstitucional. La investigación buscó determinar el mecanismo jurídico que debe usar el Poder judicial y el Tribunal constitucional para garantizar los derechos fundamentales de las LGTBI frente a la omisión legislativa que los desprotege. En ese contexto, se desarrolló una investigación dogmático-jurídica, con las técnicas del análisis documental y la bibliográfica; los instrumentos de investigación usados fueron el análisis de contenido y el fichaje: textual, de comentario, resumen y críticas. Los resultados obtenidos después del análisis jurídico nos permiten afirmar que el mecanismo jurídico que debe usar el Poder judicial y el Tribunal como obligación convencional para garantizar los derechos fundamentales de LGTBI frente a la omisión legislativa que tutele sus derechos es declarar a través de la resolución de casos un estado de cosas inconstitucional, el cual evitará la discriminación estructural a la que está sujeto este colectivo de personas.

Palabras clave: Derechos fundamentales, derechos de los LGTBI, discriminación estructural, estado de cosas inconstitucional, identidad de género.

ABSTRACT

One of the types of violence that is presented with notoriety in Peru is the discrimination and hatred deployed against lesbians, gays, trans, bisexuals and intersex (LGTBI) that despite having a strong social connotation are not effectively protected by our legal system, from the constitutional and regulatory sphere; affecting their civil, social and cultural rights. Based on the jurisprudential development and the opinions of the Inter-American Court, the jurisprudential development of the Judicial Power and the Constitutional Court, observes the progress and warns of the deficiencies in the internal headquarters in the guarantee of LGTBI human rights. One of the mechanisms to protect their rights is the declaration of the unconstitutional state of affairs. The investigation sought to determine the legal mechanism that the judiciary and the Constitutional Court should use to guarantee the fundamental rights of LGTBIs against the legislative omission that deprives them. A legal dogmatic investigation was developed, with the techniques of documentary and bibliographic analysis; The research instruments used were content analysis and filing: textual, comment, summary and criticism. The results obtained after the legal analysis allow us to affirm that the legal mechanism that the judiciary and the Court must use as a conventional obligation, to guarantee the fundamental rights of LGTBI against the legislative omission that protects their rights is to declare through the resolution of cases an unconstitutional state of affairs which will avoid the structural discrimination to which this group of people are subject.

Keywords: Fundamental Rights, LGTBI rights, Structural Discrimination, Unconstitutional State of Affairs, Gender Identity.

INTRODUCCIÓN

Entre las diferentes formas de violencia que se presentan en nuestro país, se encuentra la discriminación y violencia física y psicológica por razones de sexo. Las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI) han sido constante y sistemáticamente discriminadas y estigmatizadas debido a su orientación sexual e identidad de género; a esta problemática se suma el contexto y la ausencia de un marco normativo concreto en su favor, lo que ha generado la afectación de sus derechos fundamentales a la vida, integridad, identidad, salud, trabajo, educación, entre otros.

Su especial situación de vulnerabilidad ha sido examinada por diversos órganos de las Naciones Unidas, los que a su vez han recomendado al Estado peruano, entre otras cosas, brindar una protección efectiva a este colectivo.

Es de notar que frente a la omisión legislativa en las garantías de las personas LGTBI, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional poseen la obligación constitucional y convencional por medio de las resoluciones de los casos, de declarar como un estado de cosas inconstitucional la discriminación estructural que afecta este colectivo, reconocer los derechos de esta comunidad y ordenar las medidas globales para eliminar esta situación que afecta los derechos humanos de los LGTBI.

La investigación tuvo como finalidad el de determinar el mecanismo jurídico que debe usar el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional para garantizar los derechos fundamentales de las LGTBI frente a la omisión legislativa que las desprotege.

La investigación es de carácter teórico-dogmático y ha sido desarrollada desde la perspectiva jurídica; se emplearon los métodos jurídicos, como el

exegético, hermenéutico, argumentativo, sistemático, así como las técnicas de recopilación de información como el análisis documental y bibliográfica, y sus instrumentos: el análisis de contenidos y las fichas: textual, de resumen, comentario y críticas.

En virtud de exigencias teóricas y metodológicas, el informe de investigación se ha estructurado en cuatro capítulos.

El Capítulo I presenta el planteamiento del problema, el objetivo general y los objetivos específicos, su justificación teórica, práctica, metodológica y legal; además, se delimita el estudio y plantea la ética de la investigación.

El Capítulo II está centrado en el desarrollo del marco teórico, y comprende el marco referencial o antecedentes de estudio, las bases teóricas propiamente dichas y el marco conceptual referido a la omisión legislativa y la afectación a los derechos fundamentales de las personas LGTBI en el Perú.

El Capítulo III comprende los resultados de la investigación evaluados en el contexto doctrinario, jurisprudencial y normativo respecto a las variables objeto de estudio, como son la omisión legislativa y la afectación a los derechos fundamentales de las personas LGTBI en el Perú.

Finalmente, el Capítulo IV desarrolla la discusión y validación de las hipótesis de investigación, con la que se convalidan las hipótesis presentadas a la luz de la aplicación de los métodos jurídicos como el argumentativo y hermenéutico. Y, por último, en las secciones finales del informe, se presentan las conclusiones, las recomendaciones y las referencias bibliográficas empleadas en la investigación

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del problema

La garantía y ejercicio cabal de los derechos humanos y/o fundamentales enfrenta siempre un reto primordial: ser real y concreto para aquellas poblaciones y ciudadanos en situación de vulnerabilidad. Si bien los derechos humanos son universales y su disfrute debería alcanzar a todos, esta no es la premisa para las poblaciones vulnerables; son estas las que se encuentran ante la mayor situación de desprotección y es en estas también en las que se identifica cómo el ordenamiento jurídico genera barreras y trabas innecesarias para el ejercicio pleno de sus derechos (Grández, 2012).

Entre los grupos vulnerables se encuentran las lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales (denominados en adelante LGTBI), quienes son sometidos históricamente a actos de discriminación y violencia; vulnerando sus derechos fundamentales a la orientación sexual, identidad de género, el reconocimiento del matrimonio y la unión de hecho entre las personas del mismo sexo.

La discriminación señalada ha generado hechos de violencia y ha tenido como resultado una grave afectación a los derechos humanos de esta población. Así, por ejemplo:

La II Encuesta nacional de Derechos Humanos de la población LGTB realizada por el Ministerio de Justicia e IPSOS, publicada el año 2020, arrojó como resultado que más de 1,7 millones de peruanos adultos integran el colectivo LGTB, y que el 71% de estas personas son víctimas

de discriminación. Asimismo, demostró que este grupo humano es el que sufre mayor índice de discriminación y violencia frente a otros grupos colectivos en situación de vulnerabilidad. (Arenaza, 2020, p. 99)

Además, se debe señalar que:

En la primera encuesta virtual para personas LGTBI realizada por el Instituto de Nacional de Estadística e Informática – INEI en el año 2007, los encuestados manifestaron haber sido víctimas de algún acto de discriminación y/o violencia por parte de sus compañeros/as de escuela y padres de estos, líderes, religiosos, funcionarios públicos, miembros de su propia familia, personal administrativo de algún servicio público, en el ámbito laboral por los jefes y compañeros de trabajo, por el personal de los servicios de salud, etc. (p. 99)

Es de notar que la violencia contra las personas LGTBI ha consistido en gritos, amenazas, hostigamiento, exigencias de cambio de apariencia, expulsión y/o negación de ingreso a su espacio público, violencia sexual y física. La forma más grave de violencia ha consistido en asesinatos por prejuicio contra las personas LGTBI. Estas prácticas de discriminación y violencia han sido registradas también en diversos informes de organismos internacionales de derechos humanos según se detalla a continuación.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, a través de sus Observaciones finales sobre el Quinto Informe Periódico del Perú, señaló que “está preocupado por las informaciones sobre la discriminación y los actos de violencia sufridos por las lesbianas, los gays, los bisexuales y los trans (LGTBI)

debido a su orientación sexual o identidad de género (arts. 2,3, 6, 7 y 26)” (párr. 8).

El cercano fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (Caso Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú, 2020) reconoció:

...que en la sociedad peruana existían y continúan existiendo fuertes prejuicios en contra de la población LGBTI, que en algunos casos llevan a la violencia. En efecto se advierte que el 62.7% de las personas LGBTI encuestadas señalaron haber sido víctima de violencia o discriminación, siendo un 17.7% víctima de violencia sexual. La violencia en algunas ocasiones es cometida por agentes estatales, incluyendo efectivos de la policía nacional y del serenazgo, tal como se alega que ocurrió en el presente caso. (párr. 51)

Por otro lado, respecto a la *discriminación estructural, múltiple e intersectorial contra la población LGTBI*, expresada en la discriminación basada en el sexo, raza, el origen étnico, el origen nacional, la capacidad, la clase socioeconómica, la orientación sexual, la identidad de género, la religión, la cultura, la tradición y otras realidades presente de forma conjunta en las personas agrava frecuentemente los actos de violencia (Corte IDH, Caso Lluy y Otros vs. Ecuador, 2015)

La perspectiva de género exige entender la convivencia de todos estos factores, roles, expectativas que afectan la vida de las personas, sus opciones e interacciones sobre todo en relación con su sexualidad, deseos y comportamientos (Corte IDH, caso Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador).

Es necesario señalar que según la Defensoría del Pueblo:

Las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI) han sido sistemáticamente discriminadas y estigmatizadas debido a su orientación sexual e identidad de género. Este contexto y la ausencia de un marco normativo concreto en su favor han generado la afectación de sus derechos fundamentales a la vida, integridad, identidad, salud, trabajo, educación, entre otros.

Su especial situación de vulnerabilidad ha sido reconocida por diversos órganos de las Naciones Unidas, los que a su vez han recomendado al Estado peruano, entre otras cosas, brindar una protección efectiva a este colectivo. (Defensoría del Pueblo, 2020)

Por su parte, los diversos organismos de las Naciones Unidas, en un pronunciamiento recientemente exhortan a los Estados a tomar medidas urgentes para poner fin a la violencia y discriminación contra esta población, a través de la aplicación de las siguientes medidas (Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH [ONUSIDA], 2015):

- Prohibir la discriminación contra adultos/as, adolescentes y niños/as LGBTI en todos los ámbitos, incluyendo educación, empleo, sanidad, vivienda, protección social, justicia y situaciones de asilo y de privación de libertad.
- Garantizar el reconocimiento legal de la identidad de género de las personas trans sin condiciones abusivas.
- Combatir los prejuicios contra las personas LGBTI mediante el diálogo, la educación pública y la formación.

- Garantizar que las personas LGBTI sean consultadas y participen en la elaboración, aplicación y seguimiento de leyes, políticas y programas que les afecten, incluyendo iniciativas humanitarias y de desarrollo.

Por lo indicado, en el Perú existe discriminación múltiple y estructural contra la población LGTBI, causada por el prejuicio a su orientación sexual, expresión e identidad de género no normativa, la cual se ha agudizado en estos últimos tiempos.

Por ello, ante la omisión legislativa en las garantías de las personas LGTBI, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional tienen el reto y la obligación constitucional y convencional a través de las resoluciones de los casos, de declarar como un estado de cosas inconstitucional la discriminación estructural que afecta este colectivo, reconocer los derechos de esta comunidad en igualdad y sin discriminación frente a las personas hetero y cisgénero y ordenar las medidas globales para eliminar esta situación que afecta los derechos humanos de los LGTBI.

Frente a lo indicado, nos planteamos los siguientes problemas de investigación jurídica:

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Problema general

¿Qué mecanismo jurídico debe usar el Poder judicial y el Tribunal Constitucional en nuestro país para garantizar los derechos fundamentales de las lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex (LGTBI) frente a la omisión legislativa que tutele sus derechos?

1.2.2 Problemas específicos

- 1) ¿Qué limitaciones normativas se presentan en el derecho interno para la protección de los derechos fundamentales de los LGTBI?
- 2) ¿Qué fundamentos jurídicos justifican el empleo del estado de cosas inconstitucional frente a la omisión legislativa que afecta los derechos fundamentales de los LGTBI?
- 3) ¿De qué medidas debe disponer el Poder Judicial para garantizar la identidad de género en casos que se judicializó el cambio de nombre y sexo de las personas trans?
- 4) ¿De qué medidas debe disponer el Estado para garantizar los derechos fundamentales de los LGTBI?

1.3 Justificación y viabilidad

1.3.1 Justificación teórica

Las minorías sexuales, como las personas LGTBI, son grupos que comparten un elemento en común, esto es, luchan por obtener la igualdad de trato por parte del Estado y de los particulares, del cual se deriva el reconocimiento de oportunidades, libertades y beneficios laborales —entre otros— de los cuales goza la comunidad heterosexual, no resulta un pliego de pretensiones exacerbadas es un mínimo de condiciones.

Por ello, es necesario el establecimiento normativo en favor de estas minorías, teniendo en cuenta que las personas pertenecientes a la denominada comunidad LGBTI deben ser protegidas a la luz de los derechos humanos.

La comunidad LGBTI puede considerarse como un movimiento social cohesionado que propugna el reconocimiento de derechos. Las personas que conforman este grupo tienen aspiraciones similares en materia de sexualidad —la protección de su identidad sexual y de género—; no obstante, tienen diferencias específicas en cuanto a sus preferencias o atracciones (Carvajal, 2013, p. 130).

Estas minorías son reconocidas como un grupo por las organizaciones defensoras de los derechos humanos, pero referenciarlas como un todo no es posible, toda vez que ostentan diferencias que deben advertirse para valorar el contexto social en el cual se encuentran y, de esta forma, brindar un modelo jurídico de discriminación a la inversa para compensar las desventajas ocurridas.

La comunidad LGBTI debe recibir el mismo tratamiento social y jurídico de que han gozado los heterosexuales; partiendo de la premisa de que ambos ostentan la calidad de individuos racionales y sociales, no debe existir restricciones; por el contrario, se debe observar y redimensionar esta calidad de manera plena. Lo anterior es connivente con la definición de “persona social” desarrollada por Fichter (1957): “Una persona es social en cuanto tiende a la asociación humana y la necesita. El ser humano debe ser considerado social, aunque no se halle en relaciones directas con otras personas” (p.34).

1.3.2 Justificación práctica

El reconocimiento de derechos a la población LGBTI ha sido el resultado de los cambios que tuvieron lugar como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, en el que se surtió la Declaración Universal de los Derechos Humanos como parte de los acuerdos que la humanidad realizó y que han sido aceptados por los Estados

miembros de la Organización de las Naciones Unidas, la cual, a su vez, dio lugar a una serie de convenios y tratados que buscan proteger los derechos humanos.

En concreto, el otorgamiento de los derechos se centró especialmente en las personas y grupos minoritarios más vulnerables, lo que ha permitido consolidar en el plano global, en especial en el occidental, en continentes como el europeo y el americano, un marco legal que afiance y ratifique los derechos universales que permitan contrarrestar los actos de discriminación por orientación sexual en el entorno social y laboral.

La población LGBTI, según informes de organizaciones de derechos humanos, y datos proporcionados por víctimas e instituciones gubernamentales, se encuentra en estado de vulnerabilidad debido a los constantes atropellos basados en su condición sexual, debido a esto se han ejecutado políticas públicas que tratan sobre la protección a la población LGBTI.

Consideramos también que la presente investigación dogmático-jurídica servirá de marco teórico referencial y base teórica para futuras investigaciones referidas al tema.

1.3.3 Justificación legal

La presente investigación se fundamentó en las siguientes normas legales:

- Constitución Política del Perú 1993
- Ley Universitaria N° 30220
- Ley General de Educación N° 28044 y su modificatoria N° 25212
- Estatuto de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz.

- Reglamento de Grados y Títulos de la Escuela de Postgrado de la UNASAM.

1.3.4 Justificación metodológica

Se emplearon los pasos establecidos por la metodología de la investigación científica como modelo general y la metodología de la investigación jurídica, en particular, los cuales se desarrollaron en sus diferentes etapas con el empleo de las técnicas e instrumentos de recolección de datos y el diseño de investigación propio de este tipo investigación.

1.3.5 Delimitación

A nivel geográfico: conformado por el ámbito nacional y mundial.

A nivel temporal: periodo 2021

A nivel social: las personas que conformaron y/o participaron en la investigación fueron los legisladores y operadores jurídicos ligados al contenido dogmático y doctrinario.

1.3.6 Ética

La realización del análisis crítico del problema jurídico de estudio, estuvo sujeto alineamientos éticos básicos como la objetividad, honestidad, respeto de los derechos de terceros, y relaciones de igualdad

El investigador asumió estos principios desde el inicio, durante y después del proceso de investigación; a efectos de cumplir el principio de reserva, el

respeto a la dignidad humana y el derecho, se suscribe una declaración de compromiso ético.

Finalmente, en el presente trabajo de investigación se respetó la endomoral de la ciencia y la ética de la investigación, tomando en cuenta los derechos de autor y plasmando objetivamente los resultados obtenidos en el trabajo de gabinete.

1.4 Formulación de objetivos

1.4.1 Objetivo general

Determinar el mecanismo jurídico que debe usar el Poder judicial y el Tribunal Constitucional en nuestro país para garantizar los derechos fundamentales de las lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex (LGTBI) frente a la omisión legislativa que tutele sus derechos.

1.4.2 Objetivos específicos

- 1) Describir las limitaciones normativas que se presentan en el derecho interno para la protección de los derechos fundamentales de los LGTBI.
- 2) Explicar los fundamentos jurídicos que justifican el empleo del estado de cosas inconstitucional frente a la omisión legislativa que afecta los derechos fundamentales de los LGTBI.
- 3) Analizar las medidas que debe disponer el Poder Judicial para garantizar la identidad de género en casos que se judicializó el cambio de nombre y sexo de las personas trans.

- 4) Describir las medidas que debe disponer el Estado para garantizar los derechos fundamentales de los LGTBI.

1.5 Hipótesis

1.5.1 Hipótesis general

El mecanismo jurídico que debe usar el Poder judicial y el Tribunal constitucional en nuestro país, como obligación convencional, para garantizar los derechos fundamentales de las lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex (LGTBI) frente a la omisión legislativa que tutele sus derechos es declarar a través de la resolución de casos un estado de cosas inconstitucional el cual evitará la discriminación estructural a las que están sujetos este colectivo de personas.

1.5.2 Hipótesis específicas

- 1) Las limitaciones normativas que se presentan en el derecho interno para la protección de los derechos fundamentales de los LGTBI es la desprotección respecto a la identidad de género, orientación sexual, el reconocimiento del matrimonio y la unión de hecho entre las personas del mismo sexo.
- 2) Los fundamentos jurídicos que justifican el empleo del estado de cosas inconstitucional frente a la omisión legislativa que afecta los derechos fundamentales de los LGTBI son la teoría del neoconstitucionalismo, la teoría de los derechos fundamentales y los diversos instrumentos internacionales que tutelan los derechos humanos.
- 3) La medidas que debe disponer el Poder Judicial para garantizar la identidad género en casos que se judicializó el cambio de nombre y sexo de las personas trans es el establecimiento de una interpretación constitucional extensiva de

las normas administrativas de la RENIEC que permitan la corrección de datos en el DNI y que la adecuación de sexo y nombre de las personas trans debe realizarse vía procedimiento administrativo gratuito con el único requisito del consentimiento informado del solicitante.

- 4) Las medidas que debe disponer el Estado a través de las instituciones competentes para garantizar los derechos a la libertad de tránsito, el de una vida libre de violencia, la educación, a la salud y trabajo de los LGTBI es la implementación de medidas integrales a fin de revertir la situación de discriminación estructural a las que están sometidos.

1.6 Categorías

Categoría 1: Omisión legislativa que tutele a los LGTBI

Subcategorías:

- Respecto a la identidad de género
- Respecto a la orientación sexual
- Respecto al libre tránsito
- Respecto al de una vida libre de violencia
- Respecto a la educación
- Respecto a la salud
- Respecto al trabajo

Categoría 2: Afectación de los derechos fundamentales de los LGTBI

Subcategorías:

- Identidad de género

- Orientación sexual
- Libre tránsito
- Al de una vida libre de violencia
- A la educación
- A la salud
- Al trabajo

1.7 Metodología

1.7.1 Tipo de investigación.

Perteneció a una investigación dogmático-normativa; así mismo, se desarrolló la investigación jurídico-propositiva, que hizo posible la comprensión, ampliación y profundización de los conocimientos del tema de investigación planteado (Ramírez, 2010).

1.7.2 Diseño de investigación

El diseño empleado en la investigación fue el diseño no experimental, debido a que careció de manipulación intencional de la variable independiente; además, no se tuvo ni grupo de control ni grupo experimental; así, su finalidad fue estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

1.7.2.1 Diseño general

Se utilizó el diseño transversal (Hernández, 2010, p. 151), cuya finalidad fue recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único, con

el propósito de describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado; en el presente caso, este corresponde al periodo 2021.

1.7.2.2 Diseño específico

Se empleó el diseño descriptivo-explicativo, en vista que se investigó los factores que generan sanciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder, para explicar el comportamiento de las variables de estudio.

1.7.3 Métodos de investigación

Se emplearon los siguientes métodos de investigación jurídica:

Método dogmático. Este método se empleó en el estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), con la finalidad de pulir los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del Derecho con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización. El Derecho al estar conformado por instituciones, estos pueden ser explicados para el método dogmático en términos jurídicos sin apelar a consideraciones políticas, ideológicas o éticas. Específicamente, este método se empleó en el análisis e interpretación respecto a la omisión legislativa y afectación a los derechos fundamentales de las personas LGTBI en el Perú.

Método exegético. Como señala Witker (1986, como se cita citado en De la Calle & Gil, 2015), este método consiste en la utilización de “los elementos gramaticales, semánticos, extensivos, etc. La tarea del intérprete y del

investigador es tratar de descifrar lo más auténticamente posible lo que el legislador quiso decir; luego, se considera a la norma como algo perfecto y estático. Al juez le corresponde la función silogística y mecánica de aplicar la ley.” (p. 28). Particularmente, este método se utilizó en el análisis e interpretación respecto a la omisión legislativa y afectación a los derechos fundamentales de las personas LGTBI en el Perú.

Método de la interpretación jurídica. Como método y como técnica la interpretación jurídica procede no solo para las normas legales, sino también es empleado con las reglas del Derecho, particularmente, el consuetudinario, los principios, contratos, resoluciones judiciales, hechos fácticos o formales de relevancia jurídica. Concretamente, en la presente investigación se interpretó la normatividad y jurisprudencia referida al análisis e interpretación respecto a la omisión legislativa y afectación a los derechos fundamentales de las personas LGTBI en el Perú.

Método de la argumentación jurídica. Constituye el medio con el cual se sustenta el Derecho. La argumentación jurídica es la forma organizada de demostrar lógicamente por medio de un razonamiento formulado con el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis o teoría determinada. La aceptación o rechazo de esa tesis dependerá de la eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo. En los procesos judiciales es necesario establecer por medio de la argumentación jurídica, el que se pueda probar los hechos, valiéndose de ciertos medios o indicios, que a menudo se contraponen unos a otros. La argumentación jurídica infiere de los indicios la existencia o inexistencia de otros hechos que son considerados, por la experiencia, como la

única explicación práctica posible de tales indicios. Específicamente, este método se empleó en el análisis e interpretación respecto a la omisión legislativa y afectación a los derechos fundamentales de las personas LGTBI en el Perú.

1.7.4 Unidad de análisis y plan de muestreo

La unidad de análisis estuvo conformada por las fuentes documentales, como la doctrina, jurisprudencia, normatividad; asimismo, la unidad de análisis estuvo compuesta por:

- **Unidad temática:** Constituida por el tema del contenido a desarrollar.
- **Categorización del tema:** Se estableció categorías dentro del análisis.
- **Unidad de registro:** En esta fase se dio curso al análisis de categorías.

1.7.5 Técnicas e instrumentos de recolección de la información

Las técnicas que se utilizaron para el recojo de la información fueron el análisis documental y la técnica bibliográfica, cuyos instrumentos, respectivamente, fueron el análisis de contenido y las fichas textuales, de resumen y de comentario.

El estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético e interpretativo (hermenéutico), con lo cual se pudo tener una visión sistemática e integral del problema de estudio.

La validación de las hipótesis se desarrolló con base en el logro de los objetivos de investigación, cuyo diseño de trabajo operacional implica trabajar con la información encontrada en las diversas fuentes a fin de procesar dicha información con la técnica de la argumentación jurídica.

1.7.6 Plan de procesamiento e interpretación de la información.

- 1) Se recopiló la información indispensable para lograr los objetivos de la investigación, a través de la técnica del análisis documental, cuyo instrumento fue el análisis de contenido; además de la técnica bibliográfica, con los instrumentos de las fichas textuales, de comentario y de resumen.
- 2) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, reflexionando a partir de una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleó el método de la argumentación jurídica.

Por último, la obtención de la información para la investigación se realizó a través del enfoque cualitativo, lo que nos permitió recoger información sobre el problema planteado. Es por esta razón que en la investigación no se empleó la estadística, sino, más bien, la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes

Salcedo (2014), en su tesis titulada *¿Derechos humanos de personas LGTBI? Una propuesta para su positivización internacional*, tesis para optar al Grado de Magíster en Estudios Internacionales en la Universidad de Chile-Instituto de Estudios Internacionales, Santiago de Chile, desarrolla una investigación documental, arribando a las siguientes conclusiones:

- 1) Nuestro estudio se ha centrado en la elaboración de un diagnóstico de la situación actual de la comunidad LGTBI, a través de la sistematización de casos de afectación a sus derechos humanos, del análisis de la regulación en materia de orientación sexual e identidad de género; y en el análisis del proceso de reconocimiento de la aplicación de los derechos humanos ya regulados en la normativa internacional a las personas LGTBI por razones de orientación sexual y/o identidad de género.
- 2) Precisamente, a través de los tratados de derechos humanos se ha regulado el reconocimiento de dichas prerrogativas a todos los seres humanos, así como se ha regulado de manera específica derechos aplicables a personas o grupos de personas, que, por características específicas, están sujetos a específicas violaciones o afrentas de las mismas a sus derechos.
- 3) En este marco, introducimos nuestro estudio de la comunidad LGTBI, y para ello el término género, entendido como construcción social y

cultural de la identidad, lo que supone la construcción de lo femenino y masculino. Es decir, a partir de la introducción de la perspectiva de género se entiende que no es la diferencia sexual la que establece la identidad de las personas como hombres o mujeres, de forma que ya no puede hablarse de la existencia de un binario masculino/femenino en la sociedad, sino por el contrario, reconocer que entre los extremos de este binario existen otras identidades como transgénero, transexual, intersexual, bisexual, entre otros.

- 4) Avanzando en el análisis, se elaboraron cuadros sistemáticos que mostraban el grado de regulación existente en materia de orientación sexual e identidad de género. De donde hemos podido encontrar contradicciones como por ejemplo prohibir y muchas veces criminalizar el homosexualismo, pero no el lesbianismo; violaciones al derecho a la vida sancionando el homosexualismo con pena de muerte; y la falta de una tendencia hacia el reconocimiento de los lineamientos hasta el momento aprobados por el Derecho Internacional en la materia.
- 5) Todo ello, con la finalidad de cumplir con nuestro objetivo central, cual era encontrar los desafíos a los que dicha comunidad debe hacer presente en la actualidad dejando ver que existen situaciones claras donde se transgreden de manera directa los DDHH de personas LGTBI al penalizar y sancionar las relaciones sexuales consentidas entre adultos del mismo sexo. En varios casos se sancionan, incluso, con pena de muerte. Y además se presentan casos donde existe una distinta

valoración entre los hombres y mujeres al prohibirse la homosexualidad más no el lesbianismo.

- 6) Lo que fue de gran relevancia puesto que a pesar de que no puede negarse la existencia de un proceso de cristalización por el cual se proteja la orientación sexual y la identidad de género, aún no se puede hablar de la existencia de una tendencia hacia el reconocimiento general de la regulación de los derechos humanos en razón de la orientación sexual e identidad de género.
- 7) Por el contrario, se encuentran vacíos y confusiones en la regulación. Como, por ejemplo, lo acaecido con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que establece la persecución por razones de género como una de las causales de comisión de delitos de lesa humanidad. Sin embargo, establece que entiende el género como los dos sexos, masculino y femenino en el contexto de la sociedad; lo que estaría retornando a una concepción de la construcción de la identidad en base a la diferencia sexual y no en base a las construcciones sociales.
- 8) Esta situación de vacíos y contradicciones nos lleva a pensar que la razón por la cual la comunidad internacional aún sesga la protección de las minorías sexuales no es otra que una cuestión de poder. Al respecto, señaló Scott (1996, 33) que el proceso social de las relaciones de género forma parte del significado del poder, donde cuestionar o alterar cualquiera de sus aspectos amenaza a la totalidad del sistema.
- 9) Estas son, básicamente, las razones por las cuales se propone la regulación de la protección de los derechos humanos en razón de la

orientación sexual y la identidad de género, en un instrumento internacional con carácter vinculante.

- 10) De esta forma, se propone una Convención para la protección de derechos humanos en razón de la orientación sexual y la identidad de género, que recoge hasta el momento el avance obtenido en la materia, reconoce las características esenciales de los derechos humanos y del principio de no discriminación, que informan todo el ordenamiento jurídico internacional. Se alega además que la mayoría de países del mundo son Estados Partes de algún instrumento internacional que regula el principio de no discriminación con la inclusión de una cláusula abierta referida a “otra condición social”, lo que permite incluir situaciones que vayan apareciendo en el transcurso del tiempo, como la necesidad de protección de la comunidad LGTBI. Razón por la cual no pueden alegar que no pueden incluir o respetar la orientación sexual y la identidad de género por falta de consenso, por falta de definiciones o por temas culturales.
- 11) La Convención propuesta además incorpora un listado no taxativo de protección de los derechos humanos, así como una lista de deberes que los Estados partes deben cumplir en pro de la aplicación de esta normativa.
- 12) Finalmente, se brinda un listado de estrategias a través de las cuales se brinda posibles soluciones para la aplicación y reconocimiento de la orientación sexual y/o identidad de género. Como, por ejemplo, considerar que los DDHH de las personas LGTBI no deben ser vistos

como derechos en sí mismos, sino que deben basarse en el principio de no discriminación; que para elaborar una política integral de DDHH se debe contar con promover los DDHH y con reconocer y difundir a nivel internacional la universalidad de los mismos; requerir a todas las instituciones de los estados adoptar un enfoque de DDHH, entre otras acciones.

- 13) Precisamente, en la elaboración de esta propuesta de Convención que recoge lo trabajado hasta el momento en materia de orientación sexual e identidad de género por los sistemas de protección internacional del individuo, así como en la presentación de estas estrategias, es que consideramos que radica la importancia y la originalidad de los resultados de nuestra tesis. (pp. 168-171)

Entre las investigaciones realizadas en el Perú, se encuentra la de Alvites (2019), tesis titulada *Los derechos fundamentales y la diversidad sexual*, tesis para optar el grado académico de magistra en derecho constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú, una investigación jurídico-dogmática, en la que arriba a las siguientes conclusiones:

- 1) El colectivo que tiene una orientación o identidad sexual diferente a la heterosexual es el denominado con el acrónimo LGTBI. Las personas LGTBI cuentan con rasgos característicos de los grupos sociales en desventaja. La sociedad en su mayoría tiene ideas prejuiciosas respecto a ellas (creyéndolos en muchos casos inferiores, enfermas, escandalosas, etc.), tienen un pasado y un presente de discriminación y carecen de poder político.

- 2) La dignidad es el valor fundacional del ordenamiento jurídico y de ella se deriva el plexo de derechos fundamentales reconocidos a todos los individuos e impone al Estado y a los particulares deberes de respeto, protección, promoción y garantía de sus derechos; por tanto, extiende su manto de tutela a las personas que tienen una orientación sexual e identidad de género distinta a la convencional.
- 3) El derecho al libre desarrollo de la personalidad no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución Política del Perú de 1993 a diferencia de nuestra Constitución Política de 1979; sin embargo, constituye un derecho fundamental que si bien podría formar parte del derecho al libre desarrollo, así como este último derecho forma parte de un derecho continente que es el derecho a la libertad, no obstante, consideramos necesaria su protección de manera específica como un derecho implícito derivado de la dignidad humana, ubicándolo en el artículo 3 de nuestra Constitución (derechos no enumerados) que protege la libertad de actuación del ser humano respecto a determinados ámbitos de la vida para su autoconstrucción en cuanto ser moral, regulando aspectos cotidianos que podrían ser considerados aparentemente sencillos, pero que son de suma importancia porque nos permite definir nuestro modo de vida.
- 4) El derecho al libre desarrollo de la personalidad comprende a la orientación sexual e identidad de género de una persona, el cual es reconocido a todos los seres humanos; por tanto, no puede ser exclusiva

de las personas heterosexuales, puesto que es una condición indesligable para el logro de los planes y proyectos de vida.

- 5) Las personas LGTBI como población vulnerable es un grupo de difícil cuantificación a diferencia de otras minorías, dado que las personas no revelan su sexualidad debido al estigma social. La complicada determinación incide a la hora de planificar y aplicar políticas de acción positiva; sin embargo, ello no es óbice para el establecimiento de estas.
- 6) Nuestra Constitución prohíbe el trato discriminatorio, es decir, cuando no existe una razón constitucionalmente válida que la justifique. Esta regla no solo es impuesta al legislador en el diseño o proyectos de las normas de carácter general, sino también a todas las instituciones públicas y privadas. Por ello, no se puede brindar un trato discriminatorio a las personas que tienen una orientación sexual e identidad sexual no heteronormativas, dado que no son causas válidas ni razonables para justificar un trato diferente.
- 7) La discriminación por orientación sexual e identidad de sexual no está reconocida explícitamente dentro de los rasgos señalados como “sospechosos” de discriminación; no obstante, consideramos que se encuentra dentro de la categoría “otra índole” contemplado en el artículo 2, inciso 2 de nuestra Constitución Política, dado que comparten cualidades de los otros grupos señalados expresamente como motivo de discriminación como: raza, origen, edad, sexo; al ubicarse en una posición de desventaja debido a los prejuicios arraigados tanto a nivel normativo y social.

- 8) La sexualidad constituye un aspecto central del ser humano, presente a lo largo de su vida. Los derechos sexuales están vinculados a decidir, ejercer con libertad y autonomía la sexualidad. Comprende el derecho a la orientación sexual, a la identidad de género, a la elección de pareja, a la ausencia de actividad sexual coercitiva, en general a decidir libre y responsablemente el desarrollo de la vida sexual.
- 9) La sexualidad constituye un campo de disputa social y política en el que convergen distintos discursos institucionales siendo el más influyente el médico para quienes el sexo es concebido, tradicionalmente, dentro de lo femenino y lo masculino. Este enfoque es llamado “binario” o “heteronormativo”; sin embargo, el sexo, hoy en día, tiene muchos significados incluso dentro del ámbito científico. El sexo biológico: comprende al sexo genético, cromatínico, hormonal, gonadal, fenotípico, cerebral (a esos últimos se les agrega los caracteres secundarios que aparecen al final de la pubertad). Estas áreas controlan cinco tipos de procesos biológicos en un continuum y no en una dicotomía de unidades, cuyos extremos son lo masculino y lo femenino.
- 10) El modelo social dominante de la sexualidad es la binariedad (hombre-mujer); sin embargo, es un enfoque estrecho que excluye e invisibiliza a la diversidad sexual y no brinda respuestas a las necesidades y exigencia de derechos de las personas LGTBI.
- 11) La asignación del sexo no es un hecho biológico innato, sino que a las personas se les impone socialmente un sexo al nacer, en base a la percepción de sus genitales. Si bien en la mayoría de los casos las

personas son fácilmente clasificadas como niño o niña, algunas presentaciones del cuerpo son percibidas como “ambiguas”, por lo que, consideramos que el proceso de asignación sexual no debería ser inmediato (en el caso de las personas intersex), sino que debería ser la propia persona quien indique cuál es su sexo (autopercepción) cuando tenga la capacidad para decidirlo. (pp. 127-130)

2.2 Bases teóricas

2.2.1 Estado de cosas inconstitucional

Partiendo del derecho comparado, en Colombia, la figura del estado de cosas inconstitucionales es concebida como

...un mecanismo o técnica jurídica creada por la Corte Constitucional, mediante la cual declara que ciertos hechos resultan abiertamente contrarios a la Constitución, por vulnerar de manera masiva derechos y principios consagrados en la misma, en consecuencia, insta a las autoridades competentes, para que en el marco de sus funciones y dentro de un término razonable, adopten las medidas necesarias para corregir o superar tal estado de cosas. (Quintero & Navarro, 2011, p. 72)

En ese sentido, en la sentencia T-025 de 2004, la Corte colombiana enumera los factores que se deben tener en cuenta para determinar cuando existe un estado de cosas inconstitucional:

- 1) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas.

- 2) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos.
- 3) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado.
- 4) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.
- 5) La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante.
- 6) El hecho de que, si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial. (p. 72)

Estos seis elementos, pueden ser resumidos en dos factores principales, que son denominados por Rodríguez (2009) como condiciones de proceso (fallas estructurales de las políticas públicas en el país) y condiciones de resultado (violación masiva y sistematizada de los derechos fundamentales de un número indeterminado de personas). Y un tercer factor sería la necesidad imperiosa del trabajo en conjunto de diversas autoridades públicas para la modificación¹ de una realidad que resulta contraria a la Constitución. (p. 72)

¹ La Corte en la misma sentencia T-025 de 2004 señaló los elementos imprescindibles para declarar la existencia del ECI: (1) “cuando se constata la vulneración repetida y constante de derechos fundamentales que afectan a multitud de personas, y (2) cuya solución requiere la intervención de distintas entidades para atender (3) problemas de orden estructural, esta corporación ha declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional”. (Subrayadas y números, fuera del texto).

Esta figura no deja de ser controversial, en vista que trastoca perspectivas tradicionales de los efectos interpartes que caracterizan los fallos de tutela, considerando que en el marco de la declaratoria de un estado de cosas contrario a la Constitución, en ese sentido Colombia a través de su Corte plantea el ejemplo al asumir un papel mucho más comprometido con la sociedad y sobre todo con aquellos sectores más vulnerables de la misma, en la medida en que se da a la tarea de buscar soluciones definitivas a los problemas de naturaleza estructural que se presentan ese país, adoptando decisiones que van más allá del caso concreto y exigiendo el trabajo en conjunto de diferentes autoridades públicas, con el fin de modificar una realidad que resulta abiertamente contradictoria a los principios constitucionales de un Estado social de derecho.

Es de notar que, la figura del estado de cosas inconstitucional (ECI) es uno de los aportes del constitucionalismo colombiano a la jurisprudencia internacional protectora de derechos fundamentales (Rodríguez 2009, p. 435). Mediante ella, la Corte Constitucional ha abordado situaciones es las que “concurren la violación masiva de derechos fundamentales, las deficiencias estructurales para su atención y la falta de voluntad de las autoridades estatales en todo o en parte del territorio nacional, de forma tal que, ante esa situación, se puede generar una gran proliferación de tutelas, con graves consecuencias para la congestión de los despachos judiciales” (Plazas, 2009, p. 244). Además del dictado de órdenes para cautelar los derechos de los/as accionantes, la Corte declara una situación estructural que lesiona derechos de un número amplio y hasta indeterminado de personas que no son parte del proceso, de forma que el fallo tiene un efecto

preventivo general que transforma una realidad dada de falla estructural (Vargas 2003, p. 214).

Esta innovación jurisprudencial se inserta en el marco de una corriente más amplia de activismo judicial que, en sus raíces estadounidenses, se ha denominado como litigio de derecho público, modelo que propicia la transformación de fallas estructurales en entidades gubernamentales que se han hecho resistentes a otras formas de control político; no obstante la persistencia de la falta de un adecuado desempeño en las mismas, otras formas de control no han logrado el objetivo de reformarlas para cesar la violación de derechos que producen (Sabel & Simon, 2004, p. 1062).

En la medida de que la figura del ECI ha sido acogida en la jurisprudencia peruana por parte del Tribunal Constitucional con referencia explícita a sus raíces originarias (Naupari, 2009, p. 340), es relevante analizar los términos en que esta incorporación se ha dado para tener un claro balance de sus limitaciones y posibilidades. En un país como el Perú, en que la falla de las instituciones públicas en sus obligaciones de garantizar los derechos de ciudadanas y ciudadanos es recurrente, una figura como el ECI cobra mayor interés como herramienta para posibilitar cambios en un *statu quo* injusto, un cambio que sería posible desde una demanda individual ante la jurisdicción constitucional que podría transformar el escenario de balance de poderes para que las entidades públicas sean puestas bajo el examen de modo que cumplan con las reformas necesarias para asegurar derechos.

2.2.2 Neoconstitucionalismo y teoría de los derechos fundamentales

2.2.2.1 Neoconstitucionalismo

De acuerdo con Gil (2011), el término alude a un nuevo “constitucionalismo”, o bien a una opción diferente para el “Estado de derecho”, donde impera un concepto distinto acerca del “derecho”; lo cual implica una novedosa y distinta “Teoría del Derecho”, en cuyo significado prevalece o tiene primacía la fuente del derecho que rige todas normas jurídicas: “la Constitución” (p. 49).

Así mismo, Gil (2011 agrega:

Bajo esta concepción, la norma suprema o “norma-normarum”, es fuente de toda la producción jurídica, la cual está compuesta de principios, distintos a las reglas o preceptos de derecho determinados y su forma de interpretación y aplicación también es distinta al “aleopositivismo”, teoría bajo la cual existían únicamente reglas de derecho expedidas por el poder legislativo, de aplicación estricta, bajo el método de “subsunción”, muy distinto al nuevo método de la ponderación o “balancing”(balanceo). (p. 50)

Consecuentemente, se puede notar históricamente al nuevo constitucionalismo, como uno de los dos modelos del Estado de derecho; el primero y antiguo, el “Estado legal de derecho”, donde prima el principio de legalidad; el segundo, el “Estado constitucional de derecho” donde prima la Constitución, además de la consideración de los principios de constitucionalidad.

El Estado constitucional de derecho sería el nuevo modelo en formación teórica y práctica —no consolidado— a partir de la Segunda Guerra Mundial con

ejemplos paradigmáticos en las constituciones de Italia (1947); Alemania (1949); Portugal (1976) y España (1978), en donde surgen las constituciones rígidas y el control de la constitucionalidad de las Leyes ordinarias, con un triple cambio en el paradigma: a) en la naturaleza y estructura del Derecho, b) en la naturaleza de ciencia jurídica y c) en la jurisdicción (Carbonel, 2009).

Respecto al neoconstitucionalismo, Solano (2016) señala:

El neoconstitucionalismo en un sentido amplio podría considerarse como una teoría del derecho, una metodología jurídica, una ideología jurídica o inclusive un tipo de Estado de derecho, en definitiva, una expresión, que al igual que el positivismo jurídico o el iusnaturalismo se diluyen en una multiplicidad de corrientes o autores. (pp. 162-163)

El neoconstitucionalismo se sustenta en un positivismo incluyente, que:

... implica una conexión contingente entre Derecho y moral que se darían en los Estados constitucionales actuales. En este sentido, estas Constituciones contendrían principios que evocan a algún valor moral como la justicia, la igualdad. En definitiva, estas constituciones —como ya habíamos señalado— incorporan valores morales. Esto según Guastini conllevaría tres novedades importantes: (i) la positivización de los conceptos morales e implica una compatibilidad entre lenguaje moral y lenguaje jurídico. (ii) La ambigüedad del término “moral”, entendida esta como moral social, los principios éticos aceptados por la mayoría de una comunidad. Mientras también puede referirse a la mayoría crítica, que se entiende como los juicios de valor que realizan los intérpretes de la constitución. Ante la imposibilidad de la investigación sociológica en la

primera quedaría de forma ineludible la aplicación de la segunda. (iii) El uso de los vocablos incorpora y reenvío, que implican en el primer caso un inadecuado uso del lenguaje y en el segundo caso dos cuestiones diferentes: por una parte, hablamos de normas de reenvío en sentido estricto cuando se refiere a la moral social (identificable) y por otra parte cuando nos referimos a la moral crítica no podemos hablar de normas de reenvío. (Solano, 2016, pp. 165-166)

Es de notar que la relación entre derecho y moral es meramente conceptual, y está básicamente ligada a la descripción que debe hacer la ciencia jurídica sobre lo que es el derecho y su valoración en el plano moral; es decir, resaltar la distinción entre lo que es derecho y lo que debe ser (sentido teleológico).

Por otro lado, respecto al constitucionalismo, Guastini (2013, como se cita en Solano, 2016), menciona que hay al menos siete condiciones de constitucionalización del ordenamiento jurídico, los cuales son:

(i) *Una constitución rígida.* En el caso ecuatoriano estamos frente a una constitución rígida, al señalar que su modificación se establece un procedimiento agravado al de la reforma de las leyes.

(ii) *La garantía jurisdiccional de la Constitución.* En el ordenamiento jurídico ecuatoriano el control jurisdiccional de conformidad de las leyes con la constitución se establece en los arts. 429-440, el mismo que está atribuido a la Corte Constitucional.

(iii) *La fuerza vinculante de la Constitución.* Lo señalado en la parte anterior implicaría que las decisiones judiciales de la Corte Constitucional,

que atañen la supremacía de la Constitución, la conformidad de las leyes a los principios y valores constitucionales, así como el desarrollo del contenido de esos principios. Además, en ese sentido la Corte Constitucional, como mandato constitucional mediante sentencias interpretativas ha producido normas jurídicas ante la omisión de la Función Legislativa como en el caso de la Ley de Minería.

(iv) *La “sobreinterpretación” de la Constitución.* Hay varios casos de extracción de normas. Ejemplo es el art. 436, num. 6, correspondiente a las garantías jurisdiccionales.

(v) *La interpretación conforme de las leyes.* En el caso ecuatoriano la interpretación adecuadora se realiza por la Corte Constitucional; en este sentido se puede revisar la sentencia de la Ley Orgánica de Comunicación.

(vi) *La aplicación directa de las normas constitucionales.* En el art. 426 se establece que las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, deberán aplicar directamente las normas constitucionales.

(vii) *La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.* Dentro de esta condición, podemos encontrar en el control de la Corte Constitucional sobre la discrecionalidad política del legislador; se puede señalar como ejemplo la aplicación del método denominado “ponderación” de principios constitucionales. (pp. 168-169)

2.2.2.2 Teoría de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales son una clase especial de derechos subjetivos cuya diferencia específica estriba en su carácter fundamental. Es por ello que el propósito de esclarecer el concepto de derechos fundamentales presupone, por una parte, aclarar el concepto de derechos subjetivos y, por otra, establecer qué debe entenderse por carácter fundamental (Bernal, 2015, p. 1571).

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos que revisten propiedades específicas. Algunas de dichas propiedades están presentes en otros tipos de derechos subjetivos —por ejemplo, los derechos públicos subjetivos de rango legislativo, otros derechos subjetivos de rango inferior al constitucional, tales como los derechos subjetivos conferidos a los individuos por actos de la Administración pública o por negocios jurídicos celebrados por los particulares, o los DERECHOS HUMANOS protegidos por el derecho internacional—. Entre estas propiedades se encuentran, entre otras, la VALIDEZ JURÍDICA (los derechos fundamentales tienen validez de acuerdo con las condiciones específicas del SISTEMA JURÍDICO), su carácter abstracto (las disposiciones de derecho fundamental están formuladas mediante conceptos abstractos) y su generalidad (los derechos fundamentales tienen validez antes de su aplicación concreta e independientemente de ella). (Bernal, 2015, pp. 1571-1572)

Los derechos fundamentales deben ser comprendidos como un sistema jurídico único en el plano interno e internacional a través del cual se realiza una tutela amplia y segura de la *dignidad humana*, y de los derechos a la libertad, la

justicia y la paz de los cuales es titular todo ser humano por el solo hecho de ser persona.

... el concepto de dignidad humana comprende el reconocimiento de las libertades individuales, las prestaciones y servicios sociales por parte del Estado, la participación en la toma de decisiones públicas y el reconocimiento de las identidades. De esta manera, la dignidad es el goce y ejercicio de los cuatro elementos de forma simultánea e integral; por ende, todos los derechos del ser humano son derechos fundamentales. Bajo estas categorías de la dignidad humana, que hacen al concepto de justicia, se ha construido el concepto de derechos fundamentales. (Sotillo, 2015, p.176)

Noguera (2010) citado por Sotillo (2015) “afirma que los derechos fundamentales están compuestos por un elemento moral y otro de derecho positivo; la conjunción e integración de ambos elementos es imprescindible para la plena vigencia y ejercicio de los derechos fundamentales” (p. 175).

...cuando se hace el estudio de los derechos fundamentales debemos entenderlos desde los dos ámbitos, objetivo y subjetivo, ya mencionados; el primero como un sistema normativo de protección de la dignidad humana y el segundo como ese conjunto de facultades y atribuciones que tiene toda persona para desarrollarse plenamente. Los derechos fundamentales son la conjunción de la justicia con la fuerza, la primera entendida como el reconocimiento de la dignidad y libertad humanas, y la segunda como la coercibilidad asumida para garantizar su cumplimiento tanto para los particulares como para el Estado. (Sotillo, 2015, p. 176)

Los derechos fundamentales se consagran en las Constituciones, teniendo reconocidas garantías jurídicas para su defensa (Santamaría, 2017). De esta manera, los derechos humanos describen la libertad e igualdad en ciertos ámbitos de la vida que deben garantizarse a todo hombre y mujer, con independencia de un reconocimiento y efectiva protección jurídica en cada ordenamiento en particular. Mientras los derechos fundamentales son garantías de la libertad e igualdad en ciertos ámbitos de la vida humana, pero en los términos establecidos en un ordenamiento jurídico particular (Villaverde, 2015, p. 579).

Prieto (1994) realiza un estudio sobre la categorización de los derechos fundamentales donde alude a tres criterios clasificadores.

... por la finalidad y objeto los derechos serán diferenciados en derechos de libertad y derechos de igualdad. Pero, este autor también refiere dos criterios clasificadores más. Uno atendiendo al modo de ejercicio y contenido de la obligación —derechos de autonomía, de participación y prestacionales o de crédito—, y otro atendiendo al titular de los derechos, del hombre en general y específicos de los nacionales. (p. 124)

Respecto a la clasificación de los derechos fundamentales:

...una de las principales características del nuevo constitucionalismo latinoamericano es que propone una nueva clasificación de los derechos fundamentales, superando la tradicional clasificación generacional de los mismos y proponiendo un nuevo modelo de Estado en el cual todos los derechos reconocidos en el texto constitucional tienen directa aplicación y justiciabilidad. Desde esa perspectiva, todos los derechos reconocidos en el texto constitucional son derechos fundamentales. (Sotillo, 2015, p. 178)

A lo indicado, Sotillo (2015) agrega:

...las constituciones de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia incorporan a su parte dogmática el principio de igualdad jerárquica de los derechos fundamentales, superando la división generacional de los mismos e innovando una nueva clasificación, que en el caso boliviano es reforzado por los principios del pluralismo, la interculturalidad y la descolonización. Es mediante esa nueva clasificación que se advierte el espíritu garantista del nuevo constitucionalismo latinoamericano, pues dichos textos constitucionales buscan la eficacia máxima de los derechos fundamentales, conteniendo un amplio catálogo constitucional de derechos y, principalmente, otorgando garantías jurisdiccionales para su ejercicio. (p. 178)

En el siguiente cuadro, se puede ver una clasificación de los derechos fundamentales contenidos en los textos constitucionales de Bolivia, Colombia, Venezuela y Ecuador (Sotillo, 2015):

Individuales	Pluriindividuales	Transindividuales
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Derechos civiles y políticos ▪ Interés directo y personal ▪ Requiere de una tutela subjetiva de derechos ▪ Justiciabilidad indivisible 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Derechos económicos y sociales ▪ Derechos individuales homogéneos ▪ Requiere una tutela objetiva de derechos ▪ Justiciabilidad divisible 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Derechos colectivos y difusos ▪ Tutela colectiva ▪ Justiciabilidad indivisible ▪ Legitimación extraordinaria

Por lo indicado, Sotillo (2015) considera que en los derechos individuales llamados derechos de libertad, mediante los cuales se reconoce a la persona diferentes libertades y el respeto a la vida y dignidad humana, su titular es la persona individual; parten del supuesto de que existe un interés directo y personal en su ejercicio; por consiguiente, su vulneración requiere una tutela subjetiva. En relación a los derechos sociales y económicos (pluriindividuales) estos exigen al Estado la realización de diferentes actividades políticas, mediante las cuales se asegure a la persona desarrollo integral y bienestar, actividades como el abastecimiento de una fuente de trabajo, de servicios de salud y educación, y de prestaciones sociales, entre otros; su vulneración no solo afecta al titular sino al resto de personas que están en la misma situación. Finalmente, tenemos los denominados derechos transiindividuales, llamados como colectivos y difusos; son de reciente afiliación dentro del constitucionalismo; a través de él se reconoce que las colectividades tienen derechos inherentes a su naturaleza. Se refiere a los derechos de los pueblos indígenas, destacándose el derecho a la libre determinación de éstos, reconociendo sus propios procedimientos e instituciones; la vulneración de los derechos colectivos contraviene la libre determinación.

2.2.3 Derechos fundamentales de los LGTB

Las minorías sexuales son grupos que comparten un elemento en común, esto es luchan por obtener la igualdad de trato por parte del Estado y de los particulares del cual se deriva el reconocimiento de oportunidades, libertades y beneficios laborales —entre otros— de los cuales goza la comunidad

heterosexual, no resulta un pliego de pretensiones exacerbadas es un mínimo de condiciones.

Empero, la discusión que se suscita frente al tema se debe a la entrega de garantías y derechos significativos que se modifican notoriamente el ordenamiento jurídico que ha sido diseñado para tener una concepción de derechos y deberes en una sociedad netamente heterosexual, derechos como el matrimonio entre parejas del mismo sexo, la adopción, no son asimilados y mucho menos aprobados, ahora bien, son derechos transcendentales que irrumpen la concepción tradicional.

Es necesario el establecimiento normativo en favor de estas minorías, teniendo en cuenta que las personas pertenecientes a la denominada comunidad LGBTI² deben ser protegidas a la luz de los derechos humanos.

El trato desigual a personas por su identidad sexual atenta contra el principio de no discriminación, fundamentado en el Derecho Internacional de los derechos humanos, debido a que está prohibida absolutamente toda acción u omisión de conductas que puedan considerarse excluyentes para las personas por condiciones inherentes e inalienables al ser (Huertas, 2008).

En el plano externo, el derecho a la igualdad se encuentra fundamentado en los diversos instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos que han sido suscritos, ratificados e integrados al bloque de constitucionalidad y son aplicados en casos complejos que interpreta la Corte Constitucional, advirtiéndolo como indispensables para consideraciones finales.

² LGBTI es la sigla de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersexuales.

Entre los derechos fundamentales que se vienen conculcando a los LGTBI destacan su derecho a la identidad sexual, la orientación sexual, el reconocimiento del matrimonio y la unión de hecho entre las personas del mismo sexo, entre otros derechos.

El **derecho a la identidad** busca establecer los elementos propios del individuo que lo diferencian y distinguen de otras personas. A su vez, dicha individualidad se construye a partir de componentes que podemos definir como estáticos y dinámicos; elementos estáticos que pueden ser el nombre, el sexo, la nacionalidad y la filiación que se constituyen al momento del nacimiento.

Para definir y entender al derecho a la identidad, deberemos comprenderlo a través de estas dos dimensiones, la estática y la dinámica, se necesita de ambas para que el derecho a la identidad pueda ser plenamente ejercido.

Es dentro de este componente dinámico que se configura lo que definiremos como identidad de género. Entenderemos esta como:

(...) la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. (Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013)

De la definición identificamos un elemento central; no es lo mismo hablar de identidad de género que entenderla como el sexo con el que nacemos. El sexo con el que nacemos formaría parte del elemento estático de la identidad, pero como bien hemos definido, el derecho a la identidad tiene un componente dinámico fundamental. Es dentro de este componente que se configura la identidad de género (Grández, 2012, p. 2).

Es de notar que, a diferencia de otros componentes de la identidad, como por ejemplo la fecha de nacimiento, la identidad de género es un elemento que se construye y desarrolla, este componente, como lo señala la definición se construye a partir de la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género diversas. La precisión sobre la vivencia personal del cuerpo es importante, ya que esta se entiende como la elección libre de realizar cambios quirúrgicos o de otro tipo a nuestro cuerpo (Grández, 2012).

Se debe tener en consideración que en el Perú, al igual que en gran parte de Latinoamérica:

Los informes y las investigaciones socio-jurídicas muestran a las personas LGBTI como uno de los colectivos más vulnerables desde la perspectiva de los derechos. En algunos casos, incluso, como sujetos invisibilizados ante las actitudes de odio y de ostracismo social, de criminalización y violencia. De ahí que este calificativo de “no humano”, de situación transfronteriza, de sujeto sin derechos, etc., según Butler, sea claramente atribuible a las personas LGBTI y se debe a que, siguiendo a M. Foucault, el reconocimiento de lo humano, de su estatus y de sus derechos es una cuestión de “poder”. Es una cuestión de normas y de personas que niegan

lo humano a quienes son humanos a pesar de serlo y de tener un proyecto de vida, aunque sea diferente a los planes normalizados. De ahí la importancia de reivindicar ese “igual estatus de derechos” para todos y, por qué no, un derecho a la orientación sexual y la identidad de género que proteja los derechos del colectivo LGBTI en su variedad y complejidad. (Pisón, 2020, p. 211)

Por otro lado, en el contexto nacional e internacional es evidente la vulneración de los derechos de los LGTBI, con la que se les niegan —ya sea por las leyes o por las prácticas— los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales básicos (Eguren & Caraj, 2009, pp. 15-17):

Nuestros derechos	Formas en que se ven violados
El derecho a la igualdad de derechos y ante la ley	En muchos países se le niega a la comunidad LGBTI el derecho a la igualdad ante la ley con disposiciones penales especiales o prácticas basadas en la orientación sexual. Con mucha frecuencia la legislación que legaliza las relaciones del mismo sexo, cuando existe, mantiene una edad de consentimiento más elevada en comparación con relaciones entre sexos opuestos. La incapacidad de muchos Estados a la hora de reconocer al individuo como “titular del derecho” y el no reconocimiento del derecho de control sobre nuestras propias vidas y cuerpos pueden ser interpretados como una violación de este derecho.
El derecho a la no discriminación	Negado al omitir la orientación sexual o la diversidad de género en las leyes antidiscriminación y en las disposiciones constitucionales, o en sus reglamentos de aplicación. Negado a los bebés intersexuales por

	los profesionales médicos y sus propias familias quienes, por miedo o ignorancia, promueven o consienten procedimientos médicos invasivos o “correctivos” no reparables.
Derecho a no sufrir violencia y acoso	Se niega al omitir la orientación sexual, la identidad de género/sexo y la expresión de género en las leyes anti discriminación, en las disposiciones constitucionales o en sus reglamentos de aplicación.
Derecho al libre desarrollo de la propia personalidad	Violado por la incapacidad de reconocer la diversidad humana en todas sus formas y desarrollar protecciones legales para esa diversidad.
Derecho a la vida	Violado en Estados en los que se aplica la pena de muerte por sodomía. Violado por los Estados que no hacen nada para frenar el miedo a la diferencia que empuja a la violencia y la muerte. El asesinato de bebés intersexuales es solo un ejemplo.
Derecho a no sufrir tortura o tratamiento degradante inhumano o cruel	Infringidos por las prácticas de la policía, en investigaciones o en caso de personas LGBTI detenidas. Obligar a las personas transexuales detenidas a desnudarse es, por desgracia, una forma demasiado habitual de tortura.
Derecho a la protección ante la detención ilegal o el arresto arbitrario	Ocurre en una serie de países contra las personas sospechosas de tener una identidad bisexual/homosexual. Detenciones de dudoso carácter legal que se llevan a cabo de manera habitual contra las personas transexuales. Incluso cuando la ley criminaliza las actividades sexuales con el mismo sexo, solamente se puede aplicar en caso de ser encontrados “in fraganti”; detener a alguien por la presunción sobre su sexualidad es a todos los efectos “ilegal”.

Derecho a la libertad de movimiento	Se les niega a las parejas de nacionalidades distintas al no reconocer su relación del mismo sexo y por Estados que se niegan a facilitar documentos de identidad de acuerdo con el género/sexo escogido por la persona.
Derecho a un juicio justo	Con frecuencia se ve afectado por los prejuicios de jueces y agentes de la policía.
Derecho a la intimidad	Negado por la existencia de “leyes de sodomía” aplicables a las personas LGBTI incluso cuando la relación es en privado y consentida entre adultos. Se niega a las personas transexuales e intersexuales por la “medicalización” continua de su “condición”.
Derecho a la libertad de expresión y a la libertad de asociación	Negado a la comunidad LGBTI, ya sea explícitamente por la ley, o bien por el ambiente homofóbico/transfóbico en el que viven.
Derecho a la libertad de práctica religiosa	Generalmente restringido en el caso de las personas LGBTI sobre todo en el caso de los clérigos que luchan contra ellos.
Derecho al trabajo	De entre los derechos económicos de la comunidad LGBTI, este es el más afectado; muchas personas LGBTI pierden el puesto de trabajo debido a su orientación sexual e identidad de sexo/género o se ven discriminadas en las políticas y prácticas de empleo.
Derecho a la seguridad social, asistencia y ayudas	Cuando existen sistemas de bienestar social, con mucha frecuencia están orientados al mantenimiento de la unidad familiar sin que haya un reconocimiento adecuado de la comunidad LGBTI.
Derecho a la salud mental y física	Está en conflicto con las políticas y prácticas discriminatorias, la homo/transfobia de algunos médicos, la falta de formación adecuada del personal sanitario en relación con los temas de orientación sexual o de personas transexuales o intersexuales.

	<p>Negado a las personas intersexuales cuya fisiología/aspecto corporal se altera sin su consentimiento al nacer. Un tema tan sencillo como instalaciones de aseos públicos neutrales desde el punto de vista de género puede muchas veces negar a las personas el derecho a la salud mental y física.</p>
<p>Derecho a formar una familia</p>	<p>Los gobiernos niegan este derecho al no reconocer a las familias del mismo sexo y negarles los derechos que el Estado da a las familias heterosexuales que, sin haber buscado el reconocimiento legal, siguen disfrutando de algunos derechos. Cuando los hombres y mujeres transexuales consiguen la ciudadanía de acuerdo con su identidad de género, con frecuencia la ley reconoce estas familias, pero no permite a las parejas o individuos LGBTI adoptar hijos aunque el hijo sea de su compañero del mismo sexo o del sexo opuesto. La cirugía impuesta en el nacimiento para que el bebé se adapte a la definición binaria de sexo puede provocar la esterilización de la persona violando su derecho a formar una familia.</p>
<p>Derecho a la protección contra la separación de los padres</p>	<p>A los niños también se les puede negar este derecho basándose en la orientación sexual y/o la identidad de sexo/género o expresión de género de un progenitor. Se puede interpretar que este derecho se viola cuando los bebés intersexuales son rechazados por sus padres debido al miedo y la ignorancia.</p>
<p>Derecho a la educación</p>	<p>Los estudiantes LGBTI pueden no disfrutar este derecho debido a prejuicios y a la violencia generada por los compañeros o por los profesores en los colegios. El alto nivel de abandono escolar entre los jóvenes LGBTI es una consecuencia directa del acoso y la discriminación. Los aseos por “sexo” o por</p>

	“género” en los establecimientos escolares pueden también contribuir a la negación de los derechos educativos a los jóvenes LGBTI.
Derecho a defender estos derechos	Violado por el incumplimiento de los estados de su deber de proteger a los defensores LGBTI al no revocar leyes que se usan para discriminar a las organizaciones LGBTI y evitar que lleven a cabo sus actividades.

2.3 Definición de términos

Derechos fundamentales. Se entiende por derechos fundamentales aquellos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas, y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana (Fernández, 1983, pp. 139-140)

Derechos humanos. Los derechos humanos son derechos inherentes a todas las personas. Definen las relaciones entre los individuos y las estructuras de poder, especialmente el Estado. Delimitan el poder del Estado y, al mismo tiempo, exigen que el Estado adopte medidas positivas que garanticen condiciones en las que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos (Unión Interparlamentaria y las Naciones Unidas, 2016, p. 19).

Dignidad del ser humano. “La dignidad humana como un concepto adscriptivo. Expresa una evaluación positiva de tipo moral” (Garzón, 2006, p. 206). Predicar la humanidad de un individuo implica en sí predicar su dignidad. Así, “adscribirle dignidad al ser humano viviente es algo así como colocarle una etiqueta de valor no negociable, irrenunciable, ineliminable e inviolable que veda

todo intento de auto o heterodeshumanización” (Garzón, 2006). Esta “etiqueta de valor” confiere al ser humano un “estatus moral privilegiado” con el fin de regir el comportamiento humano interhumano. Garzón Valdés contempla así la dimensión social de la dignidad humana cuando afirma que es el “punto de partida para toda reflexión acerca de las reglas de convivencia humana que pretendan tener alguna justificación moral” (Garzón, 2006a). Es en efecto, el “umbral mínimo a partir del cual pueden diseñarse diversas regulaciones para la adjudicación y/o distribución de bienes en una sociedad” (Garzón, 2006, p. 274).

“El concepto contemporáneo de dignidad humana se entiende por tanto como un valor inherente a todos los seres humanos (igual dignidad) que justificaría la consolidación y el desarrollo de los derechos fundamentales, tanto en las distintas esferas nacionales como en el ámbito internacional. Un breve repaso permite constatar este hecho”. (Pele, 2015, p. 8)

Estado de cosas inconstitucional. “«Pequeña» línea jurisprudencial” de la Corte Constitucional por la que esta instancia ha fundamentado fallos “en justicia” en razón del mandato que le confiere la Constitución (Gómez, 2012, p. 40).

Identidad de Género. “Afirmación que manifiesta la unidad de identidad personal y cultural de un individuo. Bajo tal perspectiva el desarrollo de la identidad es una tarea larga que inicia en la infancia, adquiere gran importancia en la adolescencia y continúa a lo largo de la vida” (Rocha, 2009, p. 251).

LGTBI. Es la sigla compuesta por las iniciales de las palabras lesbianas, gays, bisexuales y transgénero. En sentido estricto, agrupa a las personas con las orientaciones sexuales e identidades de género relativas a esas cuatro palabras, así como las comunidades formadas por ellas.

Libre desarrollo de la personalidad. “Por libre desarrollo de la personalidad, se puede entender aquel derecho que posee todo ser humano de desarrollarse, autodeterminar, diseñar y dirigir su vida según su voluntad, conforme a sus propios propósitos, proyecto de vida, expectativas, intereses, vocación, deseos, preferencias e inclinaciones”. (Villalobos, 2011, p. 141)

Orientación sexual. Es una atracción emocional, romántica, sexual o afectiva duradera hacia otros. Se distingue fácilmente de otros componentes de la sexualidad que incluyen sexo biológico, identidad sexual (el sentido psicológico de ser hombre o mujer) y el rol social del sexo (respeto de las normas culturales de conducta femenina y masculina) (American Psychological Association, 2013).

Tutela procesal efectiva. “Es el acceso a la justicia, como derecho que posibilita a toda persona poder ejercer su derecho de acción ante los tribunales de justicia, cuando considere que se ha vulnerado o restringido alguno de sus derechos fundamentales. Para la concreción de dicho derecho, es necesario asegurar la inexistencia de barreras que puedan dificultar o imposibilitar el acceso a los citados tribunales o que, dentro de ellos, existan situaciones que pudieran limitar el actuar de quien requiere tutela” (Zuñiga, 2015, p. 5).

CAPÍTULO III

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

En este capítulo, se desarrollan los resultados doctrinarios, normativos y jurisprudenciales de la información recabada, para, posteriormente, arribar a conclusiones poniendo a prueba las hipótesis de la investigación.

3.1 Resultados doctrinarios

3.1.1 *El estado de cosas inconstitucional*

La institución del estado de cosas inconstitucional (ECI) constituye el aporte del constitucionalismo colombiano a la jurisprudencia internacional que tutela los derechos fundamentales.

Mediante ella, la Corte Constitucional ha abordado situaciones es las que concurren la violación masiva de derechos fundamentales, las deficiencias estructurales para su atención y la falta de voluntad de las autoridades estatales en todo o en parte del territorio nacional, de forma tal que, ante esa situación, se puede generar una gran proliferación de tutelas, con graves consecuencias para la congestión de los despachos judiciales. (Plazas, 2009, p. 244)

Asimismo, respecto al estado de cosas inconstitucional, la Corte colombiana, para el caso de dictado de órdenes para cautelar los derechos de los accionantes, declara: “una situación estructural que lesiona derechos de un número amplio y hasta indeterminado de personas que no son parte del proceso, de forma que el fallo tiene un efecto preventivo general que transforma una realidad dada de falla estructural” (Vargas, 2003, p. 214).

El ECI se incorpora dentro del marco de la postura jurídica del activismo judicial que ha sido acogido por el Tribunal Constitucional peruano. Así, en un país como el Perú, en que la falla de las instituciones públicas en sus obligaciones de garantizar los derechos de ciudadanas y ciudadanos es recurrente, una figura como el ECI cobra mayor interés como herramienta para posibilitar cambios en un statu quo injusto, un cambio que sería posible desde una demanda individual ante la jurisdicción constitucional que podría transformar el escenario de balance de poderes para que las entidades públicas sean puestas bajo el examen de modo que cumplan con las reformas necesarias para asegurar derechos (Ramírez, 2013, p. 6).

Tal como señala Gómez (como se cita en Ramírez, 2013) respecto a la jurisprudencia colombiana:

Clara Inés Vargas, integrante de la Corte Constitucional de Colombia entre 2001 y 2009, reflexionaba en un artículo que este órgano había creado algunas reglas y subreglas constitucionales para solucionar casos concretos que pueden o no ajustarse del todo a los esquemas dogmáticos manejados por autores del derecho constitucional contemporáneo, pero que “responden a un compromiso ético del juez constitucional por no permanecer indiferente e inmóvil frente a diversas situaciones estructurales, que se interrelacionan entre sí lesionando de manera grave, permanente y continua numerosos derechos inherentes al ser humanos”. En esta línea se inscribe el estado de cosas inconstitucional (ECI), “«pequeña» línea jurisprudencial” de la Corte Constitucional por la que

esta instancia ha fundamentado fallos “en justicia” en razón del mandato que le confiere la Constitución. (p. 7)

El ECI concurre frente a la afectación masiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos y que permiten al juez constitucional actuar ante ello.

La vulneración masiva y generalizada de derechos son rasgos esenciales del ECI a lo largo de todo su desarrollo jurisprudencial. Vulneración masiva en tanto se afecta a una multitud de personas. Vulneración generalizada no sólo porque afecta a un número significativo de personas, sino porque se trata de acciones u omisiones que se repiten, lo que concurre con la gravedad de la vulneración de derechos, característica a la que se hace referencia dispersa en la jurisprudencia. (Ramírez, 2013, pp. 35-36)

El ECI protege todos los derechos fundamentales, tanto los clásicos civiles y políticos; así como los económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) de todos los ciudadanos.

A través del expediente N° 02579-2003- HD/TC(2003), el Tribunal Constitucional peruano, al referirse al ECI, señala (fundamento 19):

Esta técnica, en un proceso constitucional de la libertad, comporta que, una vez declarado el “estado de cosas inconstitucionales”, se efectúe un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, *per se*, violatoria de derechos fundamentales, que

repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración.

Se trata, en suma, de extender los alcances inter partes de las sentencias a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas.

Para que ello pueda realizarse es preciso que la violación de un derecho constitucional se derive de un único acto o de un conjunto de actos, interrelacionados entre sí, que además de lesionar el derecho constitucional de quien interviene en el proceso en el que se produce la declaración del estado de cosas inconstitucionales, vulnera o amenaza derechos de otras personas ajenas al proceso. Y, tratándose de actos individuales, esto es, que tengan por destinatarios a determinadas personas, la declaración del estado de cosas inconstitucionales se declarará si es que se sustenta en una interpretación constitucionalmente inadmisibles de una ley o una disposición reglamentaria por parte del órgano público.

Asimismo, el Tribunal Constitucional a través del Expediente N° 02579-2003- HD/TC (2003) postula:

Si con posterioridad a la fecha de expedición de una sentencia de esta clase, llegase al Tribunal o a cualquier órgano judicial competente un caso análogo, cuyos hechos se practiquen con fecha posterior a la de esta sentencia, aparte de que se ordene la remisión de copias de los actuados por la violación del derecho constitucional concretamente afectado,

también se dispondrá que se abra proceso penal por desacato de una sentencia del Tribunal Constitucional”. (fundamento 21)

3.1.2 Respecto a las limitaciones normativas en el derecho interno para la protección de los derechos fundamentales de los LGTBI

En el Perú, se presenta la discriminación múltiple y estructural contra la población LGTBI por motivos del prejuicio a su orientación sexual, expresión de género e identidad de género no normativa, la cual se agudiza en épocas de crisis como la que vivimos como producto de la emergencia sanitaria de la COVID-19.

La discriminación y violencia estructural contra las personas LGTBI tiene un efecto negativo de forma individual y de manera colectiva: de forma individual porque afecta la salud y vida de la víctima, y de forma colectiva porque impone una inferioridad de las personas que conforman este grupo en situación de vulnerabilidad. De tal manera, estos hechos constituyen una grave violación a los derechos humanos de las personas LGTBI. (Arenaza, 2020, p. 114)

En ese sentido afirmamos que las personas LGTBI son víctimas de violencia y discriminación a causa de los estigmas, prejuicios y estereotipos existentes en torno a su orientación sexual y/o identidad de género. Al respecto, la Defensoría del Pueblo (2018), a raíz de la interpretación del Informe Defensorial N° 175, que corrobora que los LGTBI son víctimas de violencia refuerza que:

... en el marco de un sistema heteronormativo que las considera sujetos que contravienen las normas del binarismo sexo/género, el cual solo reconoce como válidas dos categorías: la de hombre/masculino y la de

mujer/femenina, y al mismo tiempo, debido a la imposición del cissexismo o cisgeneridad privilegiada, concepto que alude a “un paradigma de poder que denigra y patologiza aquellas identidades de género que no se alinean con las expectativas sociales o el sexo asignado al nacer”; en contraposición a las identidades de género trans o no binarias. De ahí, que es fundamental entender que las agresiones contra la vida e integridad de las personas LGBTI, constituyen un tipo de violencia de género y la forma más grave en que se presenta la discriminación. (p. 5)

Además, la Defensoría del Pueblo (2018) señala que aun cuando el Estado está en la obligación de tutelar los derechos de los ciudadano en general, el cual también incluye a los LGBTBI; sin embargo:

...en nuestro país estos actos y otras afectaciones de sus derechos fundamentales son invisibilizados debido a la ausencia de: i) datos oficiales que den cuenta de ello, ii) visión integral en el tratamiento de la problemática por parte del Estado, iii) políticas públicas con enfoque diferencial; y iv) la impunidad en que terminan las pocas denuncias que se formulan. (pp. 5-6)

Así mismo, la Defensoría del Pueblo (2020) señala:

Las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI), han sido sistemáticamente discriminadas y estigmatizadas debido a su orientación sexual e identidad de género. Este contexto y la ausencia de un marco normativo concreto en su favor, han generado la afectación de sus derechos fundamentales a la vida, integridad, identidad, salud, trabajo, educación, entre otros. Su especial situación de vulnerabilidad ha sido

reconocida por diversos órganos de las Naciones Unidas, los que a su vez han recomendado al Estado peruano, entre otras cosas, brindar una protección efectiva a este colectivo.

Por otro lado, debemos tener en consideración que:

A nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, gracias al trabajo de los movimientos LGTBI se ha logrado establecer estándares jurídicos vinculantes para el país en materia de orientación sexual, identidad de género y expresión de género no normativa e, incluso, se ha obtenido que se ordene al Estado peruano implementar medidas específicas a fin de que no se repitan hechos de violencia por prejuicio por parte de los efectivos policiales y de las personas que intervienen durante la investigación y sanción de delitos cometidos contra personas LGTBI, lo cual sin duda constituye un avance importante en la región y en el Perú. (Arenaza, 2020, p. 114)

Sin embargo, a pesar del planteamiento de las exigencias de respecto y defensa de los derechos fundamentales de los LGTBI en el plano del derecho internacional de derechos humanos:

a la fecha en sede interna no se cuenta con una normativa y/o política pública efectiva para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las personas LGTBI, ni un marco normativo y/o un desarrollo jurisprudencial que reconozca en el Perú el matrimonio y la unión de hecho entre personas del mismo sexo y como consecuencia los derechos sucesorios y sociales que de la relación deriven. Tampoco lo hay para garantizar la identidad de género de las personas trans por vía

administrativa. Y menos para promover y garantizar el ejercicio de otros derechos fundamentales como al libre tránsito, a la integridad, a la educación, a la salud, al trabajo, entre otros, de este colectivo. (Arenaza, 2020, pp. 114- 115)

A lo mencionado se puede agregar que:

... ante un Congreso que omite su función legislativa en la garantía de derechos fundamentales para la población LGTBI, en virtud del artículo 139, inciso 8 de la Constitución, la judicialización constituye una herramienta para conquistar derechos aún no reconocidos en sede interna y para garantizar el ejercicio de los derechos humanos en igualdad y sin discriminación de este grupo humano en situación de vulnerabilidad. (Arenaza, 2020, p. 115)

En la judicialización de tutela de estos derechos se tiene como respaldo al marco jurídico internacional vinculante, el desarrollo jurisprudencial y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en la materia ha desarrollado.

En este sentido, ante una omisión legislativa en la garantía de los derechos de las personas LGTBI, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional tienen el reto y la obligación constitucional y convencional a través de la resolución de casos de declarar como un estado de cosas inconstitucional la discriminación estructural que afecta a este colectivo, reconocer los derechos de esta población en igualdad y sin discriminación frente a las personas hetero y cisgénero, y ordenar medidas integrales para eliminar esta situación que afecta los derechos humanos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex. (Arenaza, 2020, p. 115)

3.1.3 Fundamentos jurídicos que justifican la aplicación del estado de cosas inconstitucional para tutelar los derechos fundamentales de los LGTBI

Como se precisó en las bases teóricas, los fundamentos doctrinarios que justifican la aplicación del estado de cosas inconstitucional para la tutela efectiva de los derechos fundamentales de los LGTBI los constituyen el neoconstitucionalismo y la teoría de los derechos fundamentales.

El *neoconstitucionalismo* parte de las raíces del *constitucionalismo*, el cual constituye:

... el esfuerzo por racionalizar el ejercicio del poder político sometiéndolo a la ley, pretensión que equivale a transformar la fuerza, la coerción, en una facultad regulada por normas jurídicas. O, con más precisión: llegar a un punto en que quienes gobiernan sólo pueden actuar cuando la ley los autoriza, de la manera, con los efectos y para los fines en ella previstos, dado el supuesto de que también los gobernados únicamente pueden obrar dentro de la ley (Sáchica, 1999, p. 2).

Al respecto, Gargarella (2005) menciona:

El constitucionalismo encierra en su núcleo un doble compromiso difícil de mantener: un compromiso con la idea de derechos, al mismo tiempo que otro vinculado con la idea de democracia. El primero de ellos se expresa, habitualmente, en la adopción de una lista de derechos incondicionales e inviolables. El segundo compromiso, mientras tanto, aparece en la adopción de un sistema de toma de decisiones que tiene su eje en la elección periódica de autoridades, que se realiza conforme a los resultados de una votación mayoritaria. (p. 2)

Sanchís (2003, como se cita en Gil, 2011) ha tratado de resumir el neoconstitucionalismo de la siguiente manera:

Primero, carácter normativo o fuerza vinculante. La Constitución no es un catecismo político o una guía moral, sino una norma como cualquier otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajusta a lo que ella prescribe.

Segundo, supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes. La Constitución no sólo es una norma, sino que es la norma suprema, y ello significa que condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico y que representa frente a ellos un criterio de interpretación prioritario.

Tercero, eficacia o aplicación directa. No requiere de ningún otro acto jurídico-ley- para desplegar su fuerza vinculante;

Cuarto, garantía judicial. Las posibilidades son amplias: control concreto y abstracto, a priori y a posteriori, encomendado a órganos especiales o a jueces ordinarios.

Un rasgo típico del constitucionalismo contemporáneo es la competencia que corresponde a los jueces ordinarios para que resuelvan a la vista de todo ordenamiento jurídico incluida por tanto la Constitución.

Quinto, presencia de un denso contenido normativo, formado por principios, derechos y directrices.

Y en sexto y último lugar, la rigidez constitucional.

La Constitución se presenta como el centro, base y fundamento de todo el sistema jurídico, pero es una Constitución pensada en términos de

principios y directrices que se interpretan no bajo el vetusto esquema de los métodos tradicionales del derecho (subsunción), sino mediante la ponderación. La Constitución es omnipotente en cualquier análisis, asunto o caso, la ley pasa a segundo plano, es más la ley y cualquier otro ordenamiento debe verse siempre bajo el prisma de la Constitución y, algo muy importante, el derecho no representa un esquema homogéneo de sociedad sino heterogéneo y plural, en muchas ocasiones expresión de valores tendencialmente opuestos. El neoconstitucionalismo concibe al juez y a la autoridad como actores activos y críticos con su sistema jurídico más allá del legalismo y de actitudes serviles frente a la ley. (Gil, 2011, pp. 52-53)

El neoconstitucionalismo constituye la corriente de pensamiento que reconoce no solo la constitución como norma suprema, sino operativa que establece los mecanismos jurídicos necesarios para el cumplimiento de los derechos fundamentales y garantías constitucionales. En el neoconstitucionalismo el juzgador y toda autoridad tiene la obligación de cumplir estrictamente la constitución y argumentar suficientemente sus decisiones.

La discrecionalidad judicial es controlada, no con una herramienta falsa e inadecuada —la subsunción y silogismo— para todos los casos, sino con argumentos diferentes que significan un mayor esfuerzo justificatorio, como es el caso del uso del principio de proporcionalidad (ponderación). Metodológicamente, se dice que el neoconstitucionalismo conecta el derecho y la moral. (Gil, 2011, p. 53)

Por otro lado, en relación con los derechos fundamentales, se debe mencionar que:

Los derechos fundamentales, son inherentes a la dignidad humana, es decir la dignidad de la persona es fuente directa de la que dimanen todos y cada uno de los derechos fundamentales de la persona, pues no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y sus objetivos, sino que constituye el fundamento esencial de todos los derechos que con calidad de fundamentales habilita el ordenamiento, sin el cual el Estado adolecería de legitimidad y los derechos carecerían de un adecuado soporte direccional; en consecuencia, los derechos fundamentales operan como el fundamento último de toda comunidad humana, pues sin el reconocimiento de tales derechos, quedaría conculcado el valor supremo de la dignidad (Navarro, 2010, p. 10).

Los derechos fundamentales constituyen derechos humanos positivizados dentro del derecho interno de un Estado. Su reconocimiento es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares; también lo es su relación ética y axiológica, durante las manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, precedente al orden estatal y planeado como el fin supremo de la sociedad y del Estado, tal como lo establece el art. 1 de la Constitución de 1993.

El reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, en el orden constitucional comprenden dos aspectos: la primera, a) el valor positivo de los derechos fundamentales: consiste en el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales de la persona por la Constitución,

tales derechos son presupuestos de exigibilidad que van a limitar la actuación del Estado y de los particulares; mientras la segunda, b) el valor ético y axiológico de los derechos fundamentales: parte por reconocer “la dignidad de la persona humana”, como valor material central de la norma fundamental del cual derivan un amplísimo reconocimiento de derechos fundamentales de la persona y una multiplicidad de garantías, dignidad humana que es preexistente al orden estatal y se proyecta como el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución de 1993). Por tanto, la dignidad de la persona humana, es la fuente directa de la que la dimanen todos y cada uno de los derechos de la persona, además no solo representa el valor supremo que justifica la existencia del estado y sus objetivos, sino que constituye el fundamento esencial de todos los derechos que con calidad de fundamentales habilita el ordenamiento, sin el cual el estado adolecería de legitimidad y los derechos carecerían de un adecuado soporte direccional. (Navarro, 2010, p. 6)

Es de notar que los derechos fundamentales:

... no solamente representan principios del ordenamiento, esto es, no ostentan únicamente un carácter abstracto que impida algún reclamo frente a una posible vulneración frente a alguna autoridad judicial. Y es que un derecho fundamental, desde un punto de vista subjetivo, “contiene todas las facultades de acción que el derecho reserva a su titular y que exige la abstención por parte del poder público (...) a fin de lograr el (su) pleno ejercicio y (...) eficacia”. (Castillo, 2005, p. 308)

Indudablemente, la perspectiva subjetiva del derecho fundamental, incumbe una doble obligación en manos de los Estados y de los particulares. Por un lado, supone que el derecho fundamental se active con el propósito de exigir una abstención; empero, también, por otro lado, es viable demandar que principalmente los Estados realicen determinadas prestaciones para dar cumplimiento a un determinado derecho fundamental.

El derecho fundamental se presenta como una posición de defensa:

Ello supone que el derecho fundamental no puede ser objeto de alguna restricción arbitraria, por lo que se genera una obligación de no intervención. De este modo, se reconoce a cada individuo “un ámbito de libertad, en razón de su dignidad como miembro del género humano, y que el poder público encuentra vedadas sus posibilidades de acción a lo largo de este espacio. (Bernal, 2007, p. 269)

Además, los derechos fundamentales:

... no solo representan atributos que la persona pueda demandar ante un tribunal de justicia. Como ha sostenido el Tribunal Constitucional, “los procesos constitucionales (incluyendo aquellos orientados a la tutela de derechos fundamentales) gozan de una dimensión objetiva orientada a preservar el orden constitucional como una suma de valores institucionales. En consecuencia, en todos los procesos constitucionales subyace siempre una defensa del orden público constitucional. (Expediente N° 03660-2010-PHC/TC, 2010)

Por lo mencionado, se señala que los derechos fundamentales ostentan autonomía, en tanto principios y valores presentes en el ordenamiento jurídico;

consecuentemente, no dependen de su activación en un proceso judicial para ser indispensables en el sistema democrático de un Estado.

3.1.4 Interpretación extensiva de las normas administrativas del RENIEC

Se parte de la consideración de que el derecho a la identidad es evidentemente un derecho complejo, que alcanza a su vez otros derechos fundamentales como el de derecho al nombre, a la nacionalidad, el género, la filiación, entre otros.

Respecto a la identidad, el Plan Nacional Perú contra la indocumentación 2011- 2015 la concibe como:

...un derecho fundamental que deriva del derecho a la dignidad de las personas, constituido por un conjunto de elementos con rasgos propios y originales que identifican y diferencian a las personas frente a los demás. Es esta individualidad —con rasgos y particularidades cuantitativas y cualitativas, estáticas y dinámicas— la que conforma la realidad de lo que cada uno es. (RENIEC, 2012, p. 31)

El concepto de identidad comprende elementos propios del individuo que lo diferencian y distinguen de otras personas, se edifica a partir de componentes estáticos y dinámicos. Entre los estáticos encontramos el nombre, el sexo, la nacionalidad y la filiación que se constituyen al momento del nacimiento; asimismo, los elementos dinámicos son más complejos y variados; así “la identificación del sujeto como proyección externa de la esfera espiritual debe ser siempre apreciada dinámicamente en relación con las modificaciones que ella sufre según los diversos comportamientos comprensivamente asumidos por el sujeto” (Poder Ciudadano, 2008, p. 7).

Es de notar que la proyección externa conforma el elemento dinámico del derecho a la identidad, se transforma en la imagen, la cultura, la sexualidad, el género y otros.

Ahora bien, la *identidad de género* se configura dentro del componente dinámico y constituye:

la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. (Naciones Unidas, 2013)

Asimismo, respecto al derecho a la identidad, el Tribunal Constitucional en el EXP N.º 06040-2015-PA/TC (Caso Ana Romero Saldarriaga, 2015) señaló que la determinación del sexo en el Documento Nacional de Identidad (DNI) no solo responde al aspecto biológico, sino también a una construcción social. Por lo que es posible solicitar su modificación en el DNI (f.j. 17).

El apartamiento de esta doctrina jurisprudencial permitirá que los órganos judiciales tutelen el derecho a la identidad y la personalidad jurídica de las personas transexuales, ya que no existirá ningún impedimento, ni legal ni jurisprudencial, para garantizar estos derechos. En efecto, con la superación de la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 0139-2013-PA, los jueces ya tienen la posibilidad real y efectiva de conocer las

solicitudes de cambio de sexo. A nivel procesal, las consecuencias de esta modificación de criterio serán las siguientes: (i) en relación con las solicitudes de cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad (DNI) que fueran presentadas luego de la publicación de esta sentencia, y mientras los órganos emplazados no adopten los procedimientos especiales para esta clase de pedidos, la vía idónea y adecuada será la contenida en el artículo 546.6 del Código Procesal Civil, proceso en el que el juez está facultado a interpretar el derecho a la identidad personal de conformidad con las pautas reconocidas en esta sentencia. La elección de este conducto se sustenta tanto en la necesidad de tutelar de manera urgente los derechos involucrados, como en la posibilidad de evitar cualquier clase de dilación por el desarrollo complejo y extendido del proceso. Por otro lado, respecto de aquellas solicitudes que fueron presentadas en la vía del amparo antes de la publicación de esta sentencia, y que actualmente se encuentran en trámite (ii), operará la reconducción del proceso a la vía regulada en el artículo 546.6 del Código Procesal Civil, con el propósito de que los órganos competentes, a través del despliegue de la actividad probatoria que corresponda, emitan un pronunciamiento de fondo a fin de tutelar, de ser el caso, los derechos a los que se ha hecho mención en esta sentencia.

(p. 9)

En ese sentido, también se estableció que la identidad de género tiene protección constitucional en el derecho a la identidad. Y que el cambio de sexo y nombre en el DNI de las personas trans debe ser tramitado judicialmente vía proceso sumarísimo.

Por su parte, la Corte IDH en la Opinión Consultiva 24/17 (2017) señaló que el cambio de nombre, la adecuación de la imagen, del sexo o género, en los registros y en los documentos para que estos sean acordes a la identidad de género son derechos protegidos en la Convención Americana. De esta manera, estableció que los cambios de datos de las personas trans deben ser garantizados mediante un procedimiento administrativo y gratuito, que esté enfocado únicamente en el consentimiento libre e informado de la solicitante.

138. Por otra parte, el Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y “Derecho a la Identidad” adoptado por la Asamblea General de la OEA estableció que los Estados garantizarán, a través de una legislación adecuada, la confidencialidad de la información personal recolectada por los sistemas de registro civil aplicando los principios de protección de datos personales. Por último, el carácter reservado de los procedimientos de cambio del nombre de pila y en su caso, género o sexo e imagen de acuerdo a la identidad de género auto-percibida, se encuentran en armonía con lo dispuesto por los principios de Yogyakarta cuando estos estipulan que todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen el derecho a la vida privada, sin injerencias arbitrarias o ilegales en la misma, esto incluye el derecho a optar por revelar o no la propia orientación sexual o identidad de género, así como las decisiones relativas al propio cuerpo y a las relaciones sexuales o de otra índole consensuadas con otras personas. (pp. 61-62)

En este marco, Arenaza (2020) señala:

...el Tribunal Constitucional si bien a través de su jurisprudencia tuvo un avance, ya que reconoció que la identidad de género tiene sustento constitucional en el derecho a la identidad, y que las personas trans tienen derecho a solicitar judicialmente el cambio de nombre y sexo. Sin embargo, dicho fallo no ha resuelto la problemática del reconocimiento a la identidad de las personas trans. El Tribunal no analizó el problema estructural que imposibilita a las personas trans el contar con un DNI de acuerdo con su identidad de género. Problema que tiene que ver con la judicialización de estas pretensiones: a) fuertes gastos económicos; b) larga duración de los procesos judiciales; c) prejuicios de los jueces en la tramitación; d) inexistencia de un estándar probatorio; etc. Trabas que suponen una serie de obstáculos, muchas veces insuperables, para un ejercicio efectivo del derecho a la identidad de las personas trans. (p. 106)

Los efectos de no poseer un DNI que reconozca la identidad de género de las personas trans ha generado una mayor intensificación de la discriminación y violencia contra ellas durante la vigencia de las salidas por género establecidas a raíz de la COVID-19.

Tan es así que los militares y efectivos policiales detenían a las personas trans y al verificar que su DNI no guardaba relación con su expresión de género, interpretaban que las personas trans habían salido en días que no les correspondía. De este modo, las discriminaban y violentaban doblemente. Primero a causa del prejuicio de estos servidores públicos respecto a las personas trans; y segundo al interpretar que personas LGTBI

estarían incumpliendo las medidas establecidas por el Estado (Arenaza, 2020, p. 106)

3.1.5 El derecho a la educación, libertad de tránsito, el de una vida libre de violencia, la educación, a la salud y trabajo de los LGTBI

Respecto del derecho a la educación, se evidencia en sede interna un pronunciamiento sobre el derecho de poseer con una educación que fomente el respeto de la orientación sexual, expresión de género e identidad de género no normativa.

Es así que la Corte Suprema de Justicia de la Permanente (2018) en el Expediente N° 23822-2017 —Demanda de Acción Popular interpuesta contra la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU (Currículo de Educación Básica) por incluir el enfoque de género y la promoción del respeto hacia la población LGTBI—, teniendo como argumento principal de los demandantes de que se habría vulnerado el derecho de los padres a escoger el tipo de educación para sus hijos en función de sus propias creencias personales, sostiene.

CUARTO: Los demandantes diferencian dos formas en las que se habría producido la lesión de sus derechos constitucionales: los aspectos procedimentales y los aspectos materiales de la vulneración.

En cuanto, a los que denominan “Aspectos esenciales procedimentales de la vulneración”, en sustento de su demanda, los actores afirman que el artículo 13 de la Constitución Política, desarrollado por el artículo 7 de la Ley General de Educación, Ley N° 28044, han sido trasgredidos “porque el consenso, la participación de la sociedad y de los

padres de familia no ha ocurrido. La sociedad no ha participado en la confección de este currículo, como parte de la política en educación del Perú” (apartado 6 de la demanda). (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, 2018, pp. 4-5)

Al respecto, la Corte

declaró infundada dicha demanda señalando como argumento que la dignidad de todos los seres humanos reconoce la libertad de estos para construir su propia identidad, y que dicho reconocimiento formal de la libertad no se tornará en efectivo si las decisiones que los seres humanos adoptan sobre su propia vida no son respetadas por los demás. (Arenaza, 2020, p. 104).

Veamos:

(...)

12.5.- Identidad de género

Por último, sobre la identidad de género podemos decir que, es el concepto que se tiene de uno mismo como ser sexual y de los sentimientos que esto conlleva; se relaciona con cómo vivimos y sentimos nuestro cuerpo desde la experiencia personal y cómo lo llevamos al ámbito público, es decir, con el resto de las personas. Se trata de la forma individual e interna de vivir el género, la cual podría o no corresponder con el sexo con el que nacimos. También conocida como identidad genérica es la forma en cómo se identifica la persona, si como hombre o como mujer, la forma en que se reconoce a sí misma, basando su conducta y su forma de ser y pensar a ese

género con el que se siente identificada, todo esto va indistintamente de su sexo, orientación sexual, edad, nivel socio-económico, etc. Es la conciencia de la persona de sentir pertenencia al sexo masculino o femenino. Una persona puede sentir una identidad de género distinta de sus características fisiológicas innatas.

En lo particular, nos queda claro que la identidad de género pretende dejar en el libre albedrío de cada persona la forma de cómo se identifica frente a los demás fuera del sexo con el que vino al mundo; no obstante, como es lógico, existe un sector de la sociedad que pone en tela de juicio a la identidad de género dada la concepción que implica en sentido estricto, esto, en mérito a algunas concepciones dirigidas a considerar que el varón se debe comportar como tal y la mujer de igual manera, postura que en muchas ocasiones ha conllevado a excesos que atentan contra los derechos humanos de las personas que defienden la identidad de género.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fundamento noventa y uno de la sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile, emitida el veinticuatro de febrero de dos mil doce, señaló lo siguiente: “Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas

(supra párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual” (subrayado y resaltado agregado).

De otro lado, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la reciente Opinión Consultiva OC-24/17, de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil diecisiete, señaló que: “. De esa forma, el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de

miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables. Es así que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). (...)” (subrayado y resaltado agregado).

En esa línea de ideas, la identidad de género conlleva que la persona determine libremente cómo se siente y cómo desea mostrarse ante la sociedad, esto, independientemente del sexo con el que nació. En ese escenario, es pertinente recordar que, en el afán de alcanzar esa manera de identificación, diversas personas, en algunas ocasiones, se someten a ciertos cambios en su cuerpo a través de intervenciones quirúrgicas que, como es de público conocimiento, vienen siendo llevadas a cabo en algunos establecimientos médicos a lo largo del mundo.

En la actualidad, existen diversos tipos de identidad de género debidamente reconocidos, estos son: lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transexuales, transgénero e intersexual, los cuales en conjunto dan origen al acrónimo LGBTI que, a su vez, ha permitido en el Perú y en diversos países del mundo, dar un nombre o denominación a diversos colectivos activistas que tienen como principal misión, proteger los derechos de la población LGTBI. Es indudable que, bajo una concepción principista de respeto a los derechos fundamentales de toda persona, resulta completamente racional la postura planteada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que las personas LGTBI merecen la protección de cada uno de sus derechos por el solo hecho de tener la

condición de seres humanos, es decir, aquellos que asuman alguno de los tipos de identidad género antes mencionados no pueden ser sometidos a un trato discriminatorio ni a un maltrato físico o psicológico por la decisión que adoptaron, correspondiendo atribuirles únicamente las limitaciones que el resto de la población posee.

La perspectiva antes expuesta, se fundamenta esencialmente en el principio de dignidad y en el derecho a la igualdad y no discriminación debidamente desarrollados legislativa, doctrinaria y jurisprudencialmente en el sétimo y octavo considerando del presente voto, respectivamente. Como ya hemos señalado anteriormente, las personas LGTBI deben ser tratadas bajo criterios de igualdad, ya que eso garantiza el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado, resultando imperioso recordar que la población LGTBI, antes que cualquier prejuicio social (mayormente sin fundamento), está conformada por seres humanos que merecen todas las facilidades para el libre y correcto ejercicio de sus prerrogativas.

En ese sentido, aunque no está estrictamente vinculado a lo que es materia de disquisición en el caso concreto que nos ocupa, es importante recalcar que el respeto hacia las personas LGTBI en específico y a sus derechos en general, es un avance significativo que tiene como uno de sus principales fundamentos al principio de progresividad y no regresividad en materia de derechos sociales, el cual ha sido descrito en el considerando décimo del presente voto. Con el referido principio, se garantiza que las personas LGTBI puedan gozar efectivamente de todos sus derechos, sin

riesgo a ser discriminados o poner en peligro su integridad; asimismo, se asegura que cualquier retroceso en lo que se ha ido reconociendo y protegiendo a la población LGTBI quede totalmente descartado.

12.6.- Igualdad de género e identidad de género

Basándonos en lo detallado tanto en el considerando 12.4 como en el considerando 12.5 del presente voto, es viable afirmar que igualdad de género e identidad de género no son lo mismo, cada término posee un objetivo distinto y regula aspectos diferentes. El primero, apunta a desaparecer cualquier acto de discriminación hacia la mujer, procura otorgarle la misma valoración que al varón, por lo que se orienta a desechar las ideas retrógradas referidas a que el varón no puede (o no debe) asumir algunos roles que tradicionalmente se le asignan a la mujer y, viceversa, que las mujeres no están en la capacidad de desempeñarse en algunos rubros que, por un criterio machista y errado, se les ha conferido solo a los varones. El segundo, tiene como finalidad incentivar la aceptación de que las personas gozan de la libertad de identificarse como mejor les parezca muy aparte del sexo con el que nacieron sin que eso implique un trato humillante, es decir, si una persona se considera lesbiana, gay, bisexual, travesti, transexual, transgénero o intersexual no puede recibir un tratamiento vejatorio.

En lo que respecta a la **igualdad de género**, hoy en día se pueden observar en nuestro país grandes avances a nivel legislativo, como lo es, por ejemplo, la Ley N° 28983, Ley de igualdad de oportunidades entre

mujeres y hombres, en cuyo artículo 1 se estipula lo siguiente: “La presente Ley tiene por objeto establecer el marco normativo, institucional y de políticas públicas en los ámbitos nacional, regional y local, para garantizar a mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida, pública y privada, propendiendo a la plena igualdad” (subrayado agregado) y la Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, en cuyo artículo 1 señala que: “Prohibir la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, mediante la determinación de categorías, funciones y remuneraciones que permitan la ejecución del principio de igual remuneración por igual trabajo. (...)” (subrayado agregado).

En cuanto a la **identidad de género**, también han surgido ciertos avances de gran trascendencia a nivel jurisprudencial, uno de ellos es lo vertido en el noveno fundamento de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 06040-2015-PA/TC, en el que se expresa lo siguiente: “En consecuencia, el transexualismo debe ser entendido como una disforia de género, mas no como una patología; así las cosas, y en consonancia con estas evidencias, respaldadas por la jurisdicción supranacional y los criterios asumidos por los organismos internacionales, corresponde dejar sin efecto este extremo de la doctrina jurisprudencial fijada en la STC 0139-2013-PA” (subrayado agregado).

Por último, debemos precisar que lo expuesto en este apartado, tiene como objetivo ratificar que igualdad de género e identidad de género son dos términos distintos, siendo dicha concepción de vital importancia para el caso de autos, ya que producto de tal diferenciación podremos determinar cuál de ellas (igualdad de género o identidad de género) es la que contempla el enfoque contenido en el Currículo Nacional de Educación Básica aprobado por la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, hoy objeto de cuestionamiento en el presente proceso de Acción Popular.

12.7.- Enfoque de género

El enfoque de género es una herramienta de análisis que nos permite identificar los estereotipos, roles, espacios y atributos apropiados para mujeres y hombres. Estos elementos constituyen mandatos que hemos aprendido a lo largo de nuestras vidas, que se han reafirmado por generaciones. Que los tenemos “inscritos” y naturalizados en nuestro propio ser. Así, la perspectiva de género “(...) es útil para evidenciar cómo el Derecho también ha contribuido a reforzar el conjunto de características diferenciadas que cada sociedad asigna a las mujeres y a los hombres”. La aplicación del enfoque de género impacta positivamente en la vida concreta de mujeres y hombres, y beneficia al conjunto de la sociedad, pues se orienta a superar los obstáculos, desigualdades y discriminaciones de vida más igualitarias que permitan el desarrollo, tanto de mujeres como de hombres, en igualdad de oportunidades y sin discriminación alguna.

El enfoque de género es una forma de mirar la realidad identificando los roles y tareas que realizan los hombres y las mujeres en una sociedad, así como las asimetrías, relaciones de poder e inequidades que se producen entre ellos. Permite conocer y explicar las causas que producen esas asimetrías y desigualdades, y a formular medidas (políticas, mecanismos, acciones afirmativas, normas, etc.) que contribuyan a superar las brechas sociales de género. El enfoque de género al observar de manera crítica las relaciones que las culturas y sociedades construyen entre hombres y mujeres, permite la formulación de planteamientos para modificar las relaciones de desigualdad, erradicar toda forma de violencia basada en género, asegurar a las mujeres su acceso a recursos y servicios de salud y educación, fortalecer su participación política y ciudadana, entre otros aspectos. (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, 2018, pp. 276-280)

Es necesario destacar que la situación de intolerancia que vive la sociedad peruana exige a reconocer que la educación de los futuros ciudadanos en los valores-principios constitucionales constituirá la mejor herramienta para vincular nuestra realidad a los estándares que exige el respeto irrestricto de los derechos a libertad e identidad personales que garantiza la Constitución para personas homosexuales, transgénero o intersexuales.

Concluyendo, de esta manera, que el currículo nacional de la educación básica no resulta inconstitucional por inculcar el respeto por las diferentes formas de orientación sexual, expresión de género e identidad de género, sino, por el contrario, la incorporación en el indicado currículo del

denominado enfoque de género no hace más que responder a la obligación constitucional y convencional del Estado de promover una cultura de respeto a los derechos fundamentales sin discriminación. (Arenaza, 2020, p. 104)

Respecto a la libertad de tránsito, en nuestro ordenamiento jurídico no se ha tenido conocimiento de fallos favorables que garanticen el derecho a la libertad de tránsito de las personas LGTBI; contrariamente, la jurisprudencia en el caso de Azul Rojas Marín, un hombre gay que fue víctima de tortura a causa de su orientación sexual, no fue garantista.

La denuncia de Marín Azul Rojas fue archivada de forma injustificada, por lo que tuvo que acudir al Sistema Interamericano para recién ahí obtener justicia. La Corte IDH, al pronunciarse sobre la responsabilidad internacional del Estado peruano en el caso de Azul Rojas, sí analizó y se pronunció sobre la discriminación en el ejercicio del derecho a la libertad de tránsito.

Arenaza (2020) menciona que la Corte IDH (2020) señaló que ante la ausencia de un motivo conforme a ley por el cual la víctima fue sometida a un control de identidad y ante la existencia de elementos que apuntan hacia un trato diferenciado por razón de orientación de género o expresión de género (como los insultos generalmente contra la población LGTBI que fueron realizados durante la intervención), considera que la detención de la ciudadana Azul Rojas tuvo un móvil discriminatorio (Caso Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú, 2020, párr. 128)

128. Ante la ausencia de un motivo conforme a la ley por el cual la presunta víctima fue sujeta a un control de identidad y la existencia de elementos que apuntan hacia un trato discriminatorio por razones de

orientación sexual o expresión de género no normativa, la Corte debe presumir que la detención de la señora Rojas Marín fue realizada por razones discriminatorias.

Precisó además que las detenciones que se realizan por razones discriminatorias son manifiestamente irrazonables y, por consiguiente, arbitrarias. Y que ante un trato diferenciado como tal no se requiere examinar la finalidad, necesidad y proporcionalidad de este para determinar su arbitrariedad (Corte IDH, caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú, párr.129). Concluyendo de tal manera que la detención de Azul fue arbitraria y a que la misma fue realizada por motivos discriminatorios (Corte IDH, caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú, párr.133).

Veamos:

(...)

129. Este Tribunal ha señalado que las detenciones realizadas por razones discriminatorias son manifiestamente irrazonables y por tanto arbitrarias. En virtud del carácter discriminatorio de la privación de libertad no resulta necesario examinar la finalidad, necesidad y proporcionalidad de la misma para determinar su arbitrariedad.

(...)

130. En virtud de las consideraciones anteriores, este Tribunal considera que el Estado violó el artículo 7.3 de la Convención, en relación con las obligaciones de respetar dichos derechos sin discriminación, en perjuicio de Azul Rojas Marín (resaltado nuestro).

133. En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte concluye que la detención inicial de la señora Rojas Marín fue ilegal ya que fue realizada sin atender a las causas y procedimientos establecidos en la legislación interna, incluyendo la falta de registro de la detención. Además, la detención fue arbitraria ya que la misma fue realizada por motivos discriminatorios. Asimismo, la Corte concluyó que la señora Rojas Marín no fue informada de los motivos de su detención.

En relación del Derecho a la integridad, la Corte IDH en el caso Azul Rojas Marín señaló que la violación sexual y los comentarios relativos a la orientación sexual de la víctima evidenciaron un móvil discriminatorio por orientación sexual en la vulneración del derecho a la integridad (párr. 164)

Veamos:

164. Además, la violencia ejercida por los agentes estatales contra la señora Rojas Marín incluyó insultos estereotipados y amenazas de violación. En este sentido, se advierte que le dijeron en varias oportunidades “cabro”, “concha de tu madre”, “te gusta la pinga”, “maricón de mierda”, y “te hubieran metido al calabozo para que te cachen todos”. Este Tribunal considera que la violación anal y los comentarios relativos a la orientación sexual, evidencian también un fin discriminatorio, por lo que constituyó un acto de violencia por prejuicio. (Caso Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú, 2020, párr. 164)

Además, la Corte IDH, estableció que esta violencia resulta configurada en lo que se considera “delito de odio” o hate crime, ya que la agresión a la víctima estuvo motivada por su orientación sexual.

Como menciona la Corte IDH, se debe considerar que este tipo de violencia no solo afecta bienes jurídicos de la ciudadana Azul Rojas Marín, también es un mensaje de amenaza a la libertad y dignidad de todo el colectivo LGTBI (Caso Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú, 2020, párr. 165)

165. Asimismo, la Corte advierte que el caso resulta encuadrable en lo que considera “delito de odio” o “hate crime”, pues es claro que la agresión a la víctima estuvo motivada en su orientación sexual, o sea que, este delito no solo lesionó bienes jurídicos de Azul Rojas Marín, sino que también fue un mensaje a todas las personas LGBTI, como amenaza a la libertad y dignidad de todo este grupo social.

En virtud de lo anterior, la Corte IDH concluyó que el conjunto de agresiones sufridas por Azul, incluyendo la violación sexual motivada por su pertenencia a la comunidad LGTBI, constituyó un acto de tortura por parte de los agentes estatales (Caso Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú, 2020, párr. 166)

166. En virtud de lo anterior, la Corte concluye que el conjunto de abusos y agresiones sufridas por Azul Rojas Marín, incluyendo la violación sexual, constituyó un acto de tortura por parte de agentes estatales.

De este modo, por medio de este caso, la Corte IDH instituyó estándares jurídicos relevantes sobre el derecho a la integridad de las personas LGTBI.

3.2 Resultados normativos

3.2.1 Respecto a la protección de los derechos fundamentales de los LGTBI

En diversas partes del mundo, las personas perciben violencia y persecución debido a su orientación sexual real o percibida o su identidad de género. Las personas que huyen de sus países de origen por esta causa deben, por lo tanto, siempre tener acceso a mecanismos de protección ya que pueden calificar para recibir la protección internacional como refugiadas o ser consideradas como beneficiarias de otras formas de protección complementaria en los países de asilo. Esta es una preocupación fundamental para la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (UNHCR-ACNUR, 2014).

La denominación de una persona como lesbiana, gay, bisexual, transgénero o intersex (LGBTI) asegura el reconocimiento legal de la orientación sexual o de la identidad de género como condición esencial de la persona a ser protegida. La noción de LGBTI como un sector específico permite visibilizar y reconocer la discriminación histórica a la que han estado sometidas las personas que se encuentran en este supuesto, contribuyendo a ofrecer protección acorde a sus necesidades particulares. Cabe señalar que una persona con una orientación sexual o identidad de género diversa no necesariamente deberá de autoidentificarse bajo la denominación LGBTI para ser acreedora de protección (UNHCR-ACNUR, 2014).

Está ampliamente documentado que en todas las regiones del mundo las personas LGBTI son blanco de homicidios, violencia sexual y de género, agresiones físicas, maltrato y tortura, detenciones arbitrarias, acusaciones de conducta inmoral, “desviada” o “antinatural”, y de limitación, restricción o

exclusión en goce de los derechos de reunión, de expresión y de información, entre otros (UNHCR-ACNUR, 2014).

Igualmente, dichas personas son discriminadas en el acceso a derechos sociales como el derecho al empleo, al más alto nivel posible de salud y a la educación. La discriminación que sufren las personas por su orientación sexual o identidad de género se manifiesta como la distinción, exclusión, restricción, o preferencia no justificada que tiene por objeto o por resultado, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de sus derechos y libertades. La discriminación que sufren las personas LGBTI está profundamente enraizada en, y alimentada por prejuicios, estereotipos sociales y culturales y por información distorsionada o imprecisa, aunado a la existencia de doctrinas de la sociología, la medicina, el derecho y la política que han originado o justificado dicha discriminación.

A nivel del Derecho Internacional de Derechos Humanos (UNHCR-ACNUR, 2014):

El artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, y el artículo 2 plantea que “Toda persona tiene los derechos y las libertades proclamados en esta Declaración”³. Toda persona, incluidas las personas LGBTI, tienen derecho a gozar de la protección prevista en el derecho internacional de los derechos humanos basado en la igualdad y la no discriminación⁴. (pp. 11-12)

³ Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.

⁴ ACNUDH, Informe sobre Orientación Sexual e Identidad de Género, párr. 5.

Aunque los principales tratados internacionales de derechos humanos no reconocen explícitamente el derecho a la igualdad sobre la base de la orientación sexual y/o identidad de género⁵, la discriminación por estos motivos ha sido considerada prohibida por el derecho internacional de derechos humanos⁶. Por ejemplo, los motivos proscritos de “sexo” y “otra condición” que figuran en las cláusulas de no discriminación de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos han sido aceptados como abarcando la orientación sexual y la identidad de género⁷. Dado que los derechos fundamentales, así como el principio de no discriminación, son aspectos fundamentales de la Convención de 1951 y el derecho internacional de los refugiados⁸, la definición de refugiado debe interpretarse y aplicarse con la debida atención a ellos, incluyendo la prohibición de no discriminación relacionada con la orientación sexual e identidad de género.

⁵ Sin embargo, algunos instrumentos regionales prohíben expresamente la discriminación por motivos de orientación sexual. Véase, por ejemplo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 21, 18 de diciembre de 2000, y la Resolución de la Organización de Estados Americanos, Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, AG/RES. 2721 (XLII-O/12), 4 de junio de 2012.

⁶ “Discriminación, tal como se emplea en el Pacto [de Derechos Civiles y Políticos], debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”, Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación general N° 18 del PIDCP: No discriminación, 10 de noviembre de 1989, párr. 7, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1404>.

⁷ El Comité de Derechos Humanos de la ONU en 1994 en la histórica resolución del caso Toonen contra Australia señala que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966, en adelante “PIDCP”) prohíbe la discriminación por motivos de orientación sexual, véase CCPR/C/50/D/488/1992 4 de abril de 1994, (en adelante “Toonen contra Australia”) disponible en inglés en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48298b8d2.html>. Esto ha sido posteriormente afirmado por varios otros organismos de tratados de las Naciones Unidas sobre derechos humanos, incluyendo también el reconocimiento de que la identidad de género es uno de los motivos prohibidos de discriminación. Véase, además, ACNUDH, Informe sobre Orientación Sexual e Identidad de Género, párr. 7

⁸ Convenio de 1951, párrafo 1 del preámbulo., artículo 3.

Es de notar que, los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género fueron adoptados en 2007 por un grupo de expertos en derechos humanos y, aunque no son vinculantes, reflejan principios bien establecidos del derecho internacional⁹.

Es de precisar que:

El derecho a la igualdad y a la no discriminación son principios básicos de los derechos humanos, consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados de derechos humanos. Lo afirmado en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos no deja lugar a dudas: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

La garantía de igualdad y no discriminación que ofrecen las normas internacionales de derechos humanos se aplica a todas las personas, independientemente de su orientación sexual y su identidad de género u “otra condición”. En ninguno de nuestros tratados de derechos humanos existe letra pequeña o cláusula de exención oculta alguna que pudiera permitir que un Estado garantizara derechos plenos a algunos, pero se los denegara a otros exclusivamente por razón de su orientación sexual o su identidad de género.

Además, los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados de derechos humanos han confirmado que, conforme a las normas internacionales de derechos humanos, la orientación sexual y la identidad de género figuran entre los motivos de discriminación que se prohíben. Eso significa que es ilegal hacer

⁹ CII, Principios de Yogyakarta - Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de los Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género.

cualquier distinción en materia de derechos de las personas por el hecho de que sean lesbianas, gay, bisexual o transgénero (LGBT), como lo es también por motivo del color de la piel, la raza, el sexo, la religión o cualquier otra condición. Esa posición ha sido confirmada reiteradamente en las decisiones y orientaciones generales emitidas por distintos órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados, como el Comité de Derechos Humanos; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Comité de los Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Libres & iguales, 2017, p. 1).

A continuación, se presenta un extracto de la protección internacional a los LGTBI (Eguren & Caraj, 2009):

La Declaración Universal De Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre Derechos Políticos y Civiles, la Convención Internacional sobre Derechos Culturales Sociales y Económicos, la Convención Sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Contra las Mujeres, la Convención De Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños y la Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho y la Responsabilidad de Individuos Grupos e Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos Universalmente Reconocidos y las Libertades Fundamentales. En el desarrollo de nuestros planes de seguridad es importante que todo el mundo conozca muy bien todos estos instrumentos internacionales y la protección que ofrecen tanto a nuestros derechos como a nosotros. (pp. 18-19)

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...
Toda persona tiene...derechos...sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición...Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona... Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes... Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación... Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques... Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia... Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones...Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas... Toda persona, tiene derecho a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad...
Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa.
(Declaración Universal de Derechos Humanos)

Declaración Universal De Derechos Humanos, artículos 1, 2, 3, 5, 7, 12, 16, 18, 19, 20, 22 y 23

Cada uno de los Estados Partes...se compromete...a garantizar...los derechos... sin distinción alguna...; a garantizar que... Toda persona cuyos derechos o libertades...hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo...; la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos...; Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal... Todas las personas son iguales ante los tribunales... Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio...ni de ataques ilegales a su honra y reputación... Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques... Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia... Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones... Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión... Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras... Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere... Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley...la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2, 3, 7, 9, 14, 17, 18, 19, 22, 24 y 26

Los Estados Partes...se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos...sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social... Los Estados Partes... se comprometen a asegurar...igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados... Los Estados Partes...reconocen el derecho de toda persona a... Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie... Los Estados Partes...reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental...promover la igualdad de oportunidades...el derecho de toda persona a la educación... Los Estados Partes...reconocen el derecho de toda persona a participar en la vida cultural.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 2, 3, 7, 12, 13 y 14

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados... una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y... se comprometen a: Consagrar el principio de la igualdad... en sus constituciones... y asegurar... la realización práctica de ese principio; Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter... que prohíban

toda discriminación contra la mujer... Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer... y garantizar la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades ...públicas actúen de conformidad con esta obligación; Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades ... actúen de conformidad con esta obligación; Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas; Adoptar todas las medidas adecuadas, ... para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer ...”Los Estados Partes ...asegurarle la igualdad de derechos ... en la esfera de la educación ...; La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza ...; Los Estados Partes ... asegurar la igualdad de derechos... en particular... El derecho al trabajo... ; El derecho a las mismas oportunidades de empleo... el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y ... a la formación profesional...; El derecho a igual remuneración... y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor...; Los Estados Partes ... a fin de asegurar, en condiciones de igualdad ... el acceso a servicios de atención médica...; Los Estados Partes ...a fin de asegurar... los mismos derechos...El derecho a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero.

**Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación
Contra la Mujer, artículos 2, 10, 11, 12 y 13**

Los Estados Partes respetarán y asegurarán los derechos... sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2

Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional... Los Estados tienen la responsabilidad primordial y el deber de proteger, promover y hacer efectivos todos los derechos humanos y las libertades fundamentales... para crear las condiciones... así como las garantías jurídicas requeridas para que toda persona ... pueda disfrutar en la práctica de todos esos derechos y libertades... El derecho interno, en cuanto concuerda con ... obligaciones internacionales ... es el marco jurídico en el cual se deben materializar y ejercer... Nada ... menoscabe o contradiga los

propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas ni de que limite las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los Pactos internacionales de derechos humanos o de otros instrumentos y compromisos internacionales ... toda persona tiene derecho...A reunirse o manifestarse pacíficamente...A formar organizaciones, asociaciones o grupos no gubernamentales, y a afiliarse a ellos o a participar en ellos...A comunicarse con las organizaciones no gubernamentales e intergubernamentales.... poseer ...a publicar, impartir o difundir ... informaciones ... a señalar a la atención del público esas cuestiones ... a desarrollar y debatir ideas y principios nuevos relacionados con los derechos humanos, y a preconizar su aceptación....Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente...sobre una base no discriminatoria, de participar ... en la gestión de los asuntos públicos....Ese derecho comprende...críticas y propuestas para mejorar su funcionamiento, y a llamar la atención sobre cualquier aspecto de su labor que pueda obstaculizar o impedir la promoción, protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales... toda persona tiene derecho... a ser protegida ... toda ... tiene el derecho... a presentar una denuncia ... en audiencia pública, y a obtener de esa autoridad una decisión, de conformidad con la ley, que disponga la reparación, incluida la indemnización que corresponda, cuando se hayan violado los derechos o libertades de esa persona, así como a obtener la ejecución de la eventual decisión y sentencia, todo ello sin demora indebida....toda persona tiene derecho, ... Denunciar las políticas y acciones de los funcionarios y

órganos... El Estado garantizará la protección... de toda persona... A los individuos... les corresponde una importante función y una responsabilidad en la protección... la promoción... los derechos y libertades enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Declaración Sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos, Artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12 y 18

A nivel de la protección Regional de Derechos Humanos de los LGTBI, se tiene (Eguren & Caraj, 2009):

Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos

Este tratado fue adoptado por la Organización para la Unidad Africana (actualmente Unión Africana) en 1981 y es el instrumento de derechos humanos regional de más amplia aceptación y ha sido ratificado por más de 50 países. Condena la discriminación y garantiza algunos derechos pero hasta ahora su organismo de control y seguimiento -la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos- no ha tratado oficialmente todavía la orientación sexual, la identidad de sexo/género y la expresión de género.

Convención Americana sobre derechos humanos

Entró en vigor en 1978 y contiene una amplia gama de derechos que los estados partes de la convención se comprometen a proteger

incluyendo la protección contra la discriminación, también garantiza el progresivo alcance de los derechos económicos culturales y sociales incluidos en la carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948 y sus modificaciones posteriores.

La Comisión interamericana de Derechos Humanos, fundada en 1959 tiene jurisdicción sobre todos los estados miembros independientemente de que la hayan ratificado. El artículo 44 de la convención, que establece el derecho de todo individuo a presentar una denuncia contra una violación de la convención, se ha convertido en el instrumento más útil para la promoción de los derechos SOGI.

El primer caso de discriminación fue presentado ante la Comisión en 1998. Marta Álvarez presentó una petición contra Colombia ante la Comisión Interamericana de derechos humanos (Velásquez Rodríguez V. Colombia, 1998). Se le negó el derecho a la igualdad de tratamiento a través de la negativa de las autoridades penitenciarias colombianas de concederle las visitas conyugales con su pareja debido a su identidad sexual como lesbiana. La legislación colombiana establece que las visitas conyugales son un derecho para todos sus ciudadanos independientemente de su orientación sexual.

Carta Árabe de Derechos Humanos

La Carta, que todavía no está en vigor, fue adoptada por el Consejo de la Liga de Estados Árabes en 1994 y afirma los principios contenidos en la Carta de Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos

Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y la Declaración del Cairo de Derechos Humanos en el Islam. Se incluye una serie de derechos humanos más tradicionales como el derecho a la libertad y a la seguridad de las personas, la igualdad de las personas ante la ley, la protección de las personas contra la tortura, los derechos a la propiedad privada y a la libertad de religión, la libertad de reunión y de asociación.

La Carta de ASEAN

Firmada en noviembre de 2007, la Carta de ASEAN incluye disposiciones importantes para la protección y el seguimiento de los derechos humanos en sus 10 estados miembros. En el momento de la publicación de este manual, el Panel de Alto Nivel que tiene que desarrollar los términos de referencia del organismo de derechos humanos de ASEAN está actualmente en el proceso de preparación de su primer borrador, que se espera para diciembre de 2008. La carta por sí misma confirma que los estados miembros tienen que asumir los tratados internacionales y las normas que han ratificado.

Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH

Entró en vigor en 1953. Con sus 11 protocolos abarca una amplia gama de derechos políticos y civiles fundamentales, incluyendo el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y la esclavitud, la libertad, la seguridad de las personas, el derecho a una audiencia pública y justa, la prohibición de la legislación penal retroactiva, el derecho al respeto a la vida privada y familiar, la libertad de pensamiento, conciencia y religión,

la libertad de expresión, la libertad de reunión y asociación, la libertad de contraer matrimonio y fundar una familia y el derecho a una compensación nacional eficaz en caso de que fuera violado algunos de los derechos incluidos en la Convención. El protocolo 12 sobre la prohibición de toda forma de discriminación no está todavía en vigor.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, encargado del control y la protección de los derechos especificados en el Convenio, ha tratado varios casos LGBTI, y ha considerado que la discriminación en el Código Penal en relación con relaciones consentidas entre adultos y en privado es contraria al derecho al respeto a la vida privada del artículo ocho del Convenio Europeo de Derechos Humanos (*Dudgeon v UK*, 1981; *Norris v Ireland*, 1988; *Modinus v Cyprus*, 1993). El tribunal fue el primer órgano internacional en decidir que las leyes penales contra la orientación sexual eran una violación de los derechos humanos y tiene la más amplia y completa jurisprudencia en el tratamiento de temas relativos a la orientación sexual. La jurisprudencia también incluye la decisión de 1997 de la Comisión Europea de Derechos Humanos (primer organismo para tratar las denuncias individuales previo al Tribunal actual) que dictaminó que una edad de consentimiento más elevada para los homosexuales masculinos con respecto a los actos heterosexuales constituía un tratamiento discriminatorio y contrario al artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con el disfrute del derecho a la privacidad (*Sutherland v UK*).

Carta Social Europea firmada en 1961. Este tratado protege los derechos sociales y económicos y su Comité europeo de derechos sociales examina la situación de los derechos humanos de los estados. Solamente se ocupa de casos presentados por grupos que tengan un estatus consultivo ante el Consejo de Europa, lo que incluye algunas organizaciones LGBTI como ILGA.

Directrices de la Unión Europea sobre Protección de Defensores de los Derechos Humanos. Publicadas en 2004, son una serie de directrices prácticas para la Unión Europea sobre cómo proteger a los defensores. Aunque de obligado cumplimiento en el seno de la Unión Europea, la puesta en práctica de estas directrices no está muy extendida en el mundo y depende de cómo la entienden los diplomáticos y de su compromiso en la promoción y protección de los derechos humanos y de quienes los defienden. Las misiones de la Unión Europea en todo el mundo están ahora mismo en pleno proceso de desarrollo de las **Estrategias de Implementación Local (EIL)** para terceros países como parte de su política para proteger a los defensores. Algunas de estas estrategias incluyen disposiciones específicas para la protección de defensores de “minorías”. La Unión Europea también ha desarrollado una serie de directrices para la Prevención de la Violencia Contra las Mujeres (2008), lo que incluye también referencias a mujeres transexuales, bisexuales y lesbianas, que se deben utilizar en conjunción con las disposiciones descritas en las directrices para los defensores de derechos humanos.

Algunos estados miembros de la Unión Europea, Holanda y Reino Unido, están haciendo una contribución más fuerte a la protección de los derechos SOGI y de los defensores LGBTI haciendo campañas en sus misiones en Capitales y terceros países para que se reconozcan y se consulte a los defensores LGBTI. Noruega ha elaborado su propia serie de directrices para la promoción de los Derechos Humanos de las personas LGBTI (2009). (Eguren & Caraj, 2009, pp. 20-22)

3.2.2 Necesidad de incorporaciones normativas

Es necesario tener en consideración que la Corte IDH en su jurisprudencia ha señalado que el concepto de “reparación integral” implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarca la violación de derechos humanos, las reparaciones deben tener además una vocación transformadora de dicha situación de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo, sino también correctivo (caso Campo Algodonero, párr. 459) (Arenaza, 2020).

En este marco, el tribunal en el caso Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú (2020) estableció importantes garantías de no repetición de hechos de violencia por parte del Estado contra una persona LGTBI, las cuales consistieron en la adopción de las siguientes acciones:

- a) Elaboración de un protocolo de investigación y administración de justicia para casos de violencia contra personas LGTBI.

- b) Crear e implementar un plan de capacitación para agentes de la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público, el Poder Judicial y serenazgo orientado al respeto de los derechos humanos de la población LGTBI en el cumplimiento de sus funciones.
- c) Diseño e implementación de un sistema de recopilación de datos y cifras sobre los casos de violencia contra las personas LGTBI.
- d) Eliminación de los Planes de Seguridad Ciudadana de las Regiones y Distritos del Perú el indicador de “erradicación de homosexuales y travestis.

En la sentencia de la Corte IDH - caso Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú (2020), se combate toda práctica discriminativa; en consecuencia, se señala:

86. El artículo 1.1 de la Convención establece que “los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y **a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social**”. (el resaltado es nuestro)

87. La Corte recuerda que el deber de respetar los derechos humanos reconocidos en la Convención, concierne a todos los que actúen a nombre del Estado, especialmente si proceden en la condición de órganos estatales, por lo que la eventual violación de aquellos le es atribuible directamente. Igualmente, hace presente que la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de dichos derechos, significa que es responsable de la violación de éstos por parte de terceros en el evento de que no haya adoptado las

medidas indispensables para impedir su trasgresión o para hacerla cesar, reparando el daño causado. Y todo ello respecto de cualquier persona que se encuentre, por cualquier causa, circunstancia o motivo, bajo su jurisdicción. (p. 25)

A nivel interno, el Tribunal Constitucional no ha establecido medidas de reparación integral en la resolución de los casos de personas LGTBI que ha tenido la oportunidad de conocer.

Por otro lado, la Constitución peruana, en su artículo 55, señala que “[l]os tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. Asimismo, la cuarta disposición final establece que “[l]as normas relativas a los derechos y a las libertades que la constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

En este contexto, dado que el Estado peruano ha suscrito y ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos se ha sometido voluntariamente al respeto de los derechos humanos que ahí se reconocen y a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por lo que para nuestro Estado le resulta vinculante la jurisprudencia y las opiniones consultivas que este órgano realice en cumplimiento de su función y competencia de garantizar e interpretar los derechos humanos reconocidos en este tratado internacional.

De esta manera, los estándares jurídicos que la Corte IDH desarrolle a través de su labor interpretativa, sean a través de su jurisprudencia o sus opiniones

consultivas, son vinculantes para todos los Estados parte en tanto llenan de contenido los derechos humanos reconocidos en la Convención.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional peruano señaló que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad por los tratados y los convenios internacionales ratificados por el Perú y en concordancia con las interpretaciones de los tribunales internacionales sobre derechos humanos en los que el Estado Peruano es parte (STC, Exp. N° 5854-2005-PA/TC, párr. 23)

22. Tal como lo dispone el artículo 55° de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. De esta manera, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado.

23. Los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

En tal sentido, el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente

jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones.

Por lo tanto, los estándares jurídicos desarrollados por la Corte IDH en materia de igualdad de género, expresión de género y orientación sexual son vinculantes para el Perú, por lo que los jueces están obligados en la resolución de los casos que tengan conocimiento, realizar un control de convencionalidad y aplicar dichos estándares jurídicos (Arenaza, 2020).

Es de notar que la discriminación y violencia por motivo de identidad de género, expresión de género y orientación sexual contra la población LGTBI se realiza por acción u omisión. La violencia por acción se configura a través de una conducta que lesiona derechos de la población LGTBI. Hay discriminación por omisión cuando los competentes de acuerdo a ley no garantizan los derechos fundamentales de este colectivo.

La discriminación y violencia contra las personas LGTBI no solo viola su derecho a la igualdad y no discriminación, sino que además impide que las personas integrantes de este colectivo puedan ejercer sus otros derechos fundamentales como al libre tránsito, a la identidad, a la educación, al trabajo, a la salud, a la participación política, a la tutela jurisdiccional efectiva, al reconocimiento de su matrimonio o unión de hecho, derechos sociales y sucesorios, entre otros (Arenaza, 2020, p. 111).

CAPÍTULO IV

VALIDACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

4.1 Validación de las hipótesis específicas

De la primera hipótesis:

Las limitaciones normativas que se presentan en el derecho interno para la protección de los derechos fundamentales de los LGTBI es la desprotección respecto a la identidad de género, orientación sexual, el reconocimiento del matrimonio y la unión de hecho entre las personas del mismo sexo.

Esta hipótesis queda validada con fundamentos establecidos en las bases teóricas y en la discusión de resultados a nivel teórico, específicamente en el punto 3.1.2. en donde se precisa que:

- 1) En el Perú se presenta la discriminación múltiple y estructural contra la población LGTBI por motivos del prejuicio a su orientación sexual, expresión de género e identidad de género no normativa. La discriminación y violencia estructural posee un efecto negativo de forma individual y de manera colectiva: de forma individual porque afecta la salud y vida de la víctima, y de forma colectiva porque impone una inferioridad de las personas que conforman este grupo en situación de vulnerabilidad (Arenaza, 2020).
- 2) La Defensoría del Pueblo (2018) señala que aun cuando el Estado está en la obligación de tutelar los derechos de los ciudadanos en general, el cual también incluye a los LGTBI; sin embargo, en el Perú estos actos y otras afectaciones de sus derechos fundamentales son invisibilizados debido a la ausencia de datos oficiales que den cuenta de ello; visión integral en el tratamiento de la problemática por parte del Estado; políticas públicas con

enfoque diferencial; y la impunidad en que terminan las pocas denuncias que se formulan.

- 3) En la judicialización de tutela de estos derechos se tiene como respaldo al marco jurídico internacional vinculante, el desarrollo jurisprudencial y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en la materia ha desarrollado.

De la segunda hipótesis:

Los fundamentos jurídicos justifican la aplicación del estado de cosas inconstitucional frente a la omisión legislativa que afecta los derechos fundamentales de los LGTBI son la teoría del neoconstitucionalismo, la teoría de los derechos fundamentales y los diversos instrumentos internacionales que tutelan los derechos humanos.

Esta hipótesis queda validada teóricamente con lo establecido en las bases teóricas de la investigación, así como con los resultados doctrinarios, particularmente en los puntos 3.1.1 y 3.1.3., en donde se plantea sintéticamente los siguientes argumentos:

- 1) El estado de cosas inconstitucional (*ECI*), como aporte de la jurisprudencia colombiana y parte del activismo judicial, establece que la Corte Constitucional, creó algunas reglas y subreglas constitucionales para solucionar casos concretos que pueden o no ajustarse del todo a los esquemas dogmáticos manejados por autores del derecho constitucional contemporáneo, pero que “responden a un compromiso ético del juez constitucional por no permanecer indiferente e inmóvil frente a diversas situaciones estructurales,

que se interrelacionan entre sí lesionando de manera grave, permanente y continua numerosos derechos inherentes al ser humano”. El ECI busca proteger todos los derechos fundamentales, tanto los clásicos civiles y políticos; así como los económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) de todos los ciudadanos (Ramírez, 2013).

- 2) El neoconstitucionalismo constituye el centro, base y fundamento de todo el sistema jurídico, que reconoce una Constitución pensada en términos de principios y directrices que se interpretan no bajo el vetusto esquema de los métodos tradicionales del derecho (subsunción), sino mediante la ponderación. La Constitución es omnipotente en cualquier análisis, asunto o caso, la ley pasa a segundo plano, es más la ley y cualquier otro ordenamiento debe verse siempre bajo el prisma de la Constitución. El neoconstitucionalismo concibe al juez y a la autoridad como actores activos y críticos con su sistema jurídico más allá del legalismo y de actitudes serviles frente a la ley (Gil, 2011).
- 3) Los derechos fundamentales son inherentes a la dignidad humana, es fuente directa de la que dimanen todos y cada uno de los derechos fundamentales de la persona, pues no solo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y sus objetivos, sino que constituye el fundamento esencial de todos los derechos que con calidad de fundamentales habilita el ordenamiento, sin el cual el Estado adolecería de legitimidad. Los derechos fundamentales operan como el fundamento último de toda comunidad humana, pues sin el reconocimiento de tales derechos, quedaría conculcado el valor supremo de la dignidad (Navarro, 2010).

De la tercera hipótesis:

La medidas que debe disponer el Poder Judicial para garantizar la identidad género en casos que se judicializó el cambio de nombre y sexo de las personas trans es el establecimiento de una interpretación constitucional extensiva de las normas administrativas del RENIEC que permitan la corrección de datos en el DNI y que la adecuación de sexo y nombre de las personas trans debe realizarse vía procedimiento administrativo gratuito con el único requisito del consentimiento informado del solicitante.

Esta hipótesis queda validada con los fundamentos desarrollados en las bases y resultados teóricos; particularmente en el punto 3.1.4. de la que extraemos los principales argumentos:

- 1) La identidad de género tiene protección constitucional en el derecho a la identidad. Y que el cambio de sexo y nombre en el DNI de las personas trans debe ser tramitado judicialmente vía proceso sumarísimo; en esa perspectiva la Corte IDH en la Opinión Consultiva 24/17 (2017) señaló que el cambio de nombre, la adecuación de la imagen, del sexo o género, en los registros y en los documentos para que estos sean acordes a la identidad de género son derechos protegidos en la Convención Americana. Estos cambios de datos de las personas trans deben ser garantizados mediante un procedimiento administrativo y gratuito, que esté enfocado únicamente en el consentimiento libre e informado de la solicitante.
- 2) Los efectos de no poseer un DNI que reconozca la identidad de género de las personas trans ha generado una mayor intensificación de la discriminación y violencia contra ellas durante la vigencia de las salidas por género establecidas

a raíz de la COVID-19. Tan es así que los militares y efectivos policiales detenían a las personas trans y al verificar que su DNI no guardaba relación con su expresión de género, interpretaban que las personas trans habían salido en días que no les correspondía.

De la cuarta hipótesis:

Las medidas que debe disponer el Estado a través de las instituciones competentes para garantizar los derechos a la libertad de tránsito, el de una vida libre de violencia, la educación, a la salud y trabajo de los LGTBI es la implementación de medidas integrales a fin de revertir la situación de discriminación estructural de a las que están sometidos.

Esta hipótesis queda validada con los fundamentos desarrollados en las bases y resultados teóricos; particularmente en el punto 3.1.5. de la que extraemos los principales argumentos:

- 1) Se establece las necesidades de poseer con una educación que fomente el *respeto de la orientación sexual, expresión de género e identidad de género* no normativa; en ese contexto, la Corte Suprema de Justicia de la Permanente (2018) en el Expediente N° 23822-2017 - Demanda de Acción Popular, interpuesta contra la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, (Currículo de Educación Básica) por incluir el enfoque de género y la promoción del respeto hacia la población LGTBI, tiene como argumento principal de los demandantes de que se habría vulnerado el derecho de los padres a escoger el tipo de educación para sus hijos en función de sus propias creencias personales.

La Corte declaró infundada dicha demanda señalando que la dignidad de todos los seres humanos reconoce la **libertad** de estos para **construir su propia identidad**, y que dicho reconocimiento formal de la libertad no se tornará en efectivo si las decisiones que los seres humanos adoptan sobre su propia vida no son respetadas por los demás (Arenaza, 2020).

- 2) **Respecto a la libertad de tránsito**, en el ordenamiento jurídico peruano no se ha tenido conocimiento de fallos favorables que garanticen el derecho a la libertad de tránsito de las personas LGTBI; contrariamente, la jurisprudencia en el caso de Azul Rojas Marín, un hombre gay que fue víctima de tortura a causa de su orientación sexual, no fue garantista. La denuncia de Marín Azul Rojas fue archivada de forma injustificada, por lo que tuvo que acudir al Sistema Interamericano para recién ahí obtener justicia.
- 3) **Derecho a la integridad**. La Corte IDH en el caso Azul Rojas Marín señaló que la violación sexual y los comentarios relativos a la orientación sexual de la víctima evidenciaron un móvil discriminatorio por orientación sexual en la vulneración del derecho a la integridad (párr. 164).

4.2 Validación de la hipótesis general

El mecanismo jurídico que debe usar el Poder judicial y el Tribunal Constitucional en el país, como obligación convencional, para garantizar los derechos fundamentales de las lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex (LGTBI) frente a la omisión legislativa que tutele sus derechos, es el de declarar a través de la resolución de casos un estado de cosas inconstitucional, el cual evitará la discriminación estructural a las que están sujetos este colectivo de personas.

Esta hipótesis queda validada con los fundamentos y resultados teóricos esbozados en la presente investigación que nos permiten colegir que ante una omisión legislativa en la tutela de los derechos de las personas LGTBI, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional tienen el desafío y la obligación constitucional y convencional a través de la resolución de casos, de declarar como un estado de cosas inconstitucional la discriminación estructural que afecta a este colectivo, reconocer los derechos de esta población en igualdad y sin discriminación frente a las personas hetero y cisgénero, y ordenar medidas integrales para eliminar esta situación que afecta los derechos humanos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex (Arenaza, 2020).

Finalmente, se debe tener en cuenta la validación está referida a la contrastación teórica de las hipótesis, la cual, desde la perspectiva del racionalismo crítico popperiano, no se ha respaldado en la verificación empírica, sino en los argumentos teóricos-doctrinarios, los cuales han sido desarrollados en nuestra investigación dogmática documental.

CONCLUSIONES

1. El análisis jurisprudencial, doctrinario y de ausencia de cumplimiento efectivo de los instrumentos internacionales permite concluir que el mecanismo jurídico que debe usar el Poder judicial y el Tribunal constitucional en el Perú, como obligación convencional, para tutelar derechos de los (LGTBI) frente a la omisión legislativa que los proteja es declarar a través de la resolución de casos un estado de cosas inconstitucional, medida que evitará la discriminación estructural a las que están sometidos.
2. En el derecho interno se evidencian limitaciones normativas para la protección de los derechos fundamentales de los LGTBI respecto a su identidad de género, orientación sexual, el reconocimiento del matrimonio y la unión de hecho entre las personas del mismo sexo, los cuales vienen siendo tutelados a nivel supranacional, particularmente con las sentencias emitidas por la corte IDH que obran en la discusión de resultados de la investigación.
3. La teoría del neoconstitucionalismo, la teoría de los derechos fundamentales y los diversos instrumentos internacionales que tutelan los derechos humanos constituyen las bases doctrinales y teórico-jurídicos que sirven de sustento a la activación del estado de cosas inconstitucional como mecanismo surgido en la Corte de Justicia Colombiana y mecanismo actual del activismo judicial.
4. El análisis jurisprudencial establecido en el Expediente N.º 06040-2015-PA/TC, particularmente en el Caso Ana Romero Saldarriaga (2015) señaló que la determinación del sexo en el Documento Nacional de Identidad (DNI) no solo responde al aspecto biológico, sino que constituyen las medidas que debe disponer el Poder Judicial para garantizar la identidad género en casos

que se judicializó el cambio de nombre y sexo de las personas trans y que la adecuación de sexo y nombre de las personas trans debe realizarse vía procedimiento administrativo gratuito con el único requisito del consentimiento informado del solicitante.

5. El análisis doctrinal y jurisprudencial permite señalar que las medidas que debe disponer el Estado a través de las instituciones competentes para garantizar los derechos a la libertad de tránsito, el de una vida libre de violencia, la educación, a la salud y trabajo de los LGTBI es la implementación de medidas integrales a fin de revertir la situación de discriminación estructural de las que están sometidas.

RECOMENDACIONES

1. Los magistrados del Poder Judicial, bajo el principio del control de convencionalidad y teniendo en consideración la jurisprudencia nacional en materia de derechos humanos, particularmente del derecho de las minorías, deben poner en práctica la postura del activismo judicial, declarando el estado de cosas inconstitucional para tutelar los derechos de los LGTBI en el Perú.
2. La Constitución Política del Estado y el sistema normativo peruano en su conjunto deben incorporar en su seno el marco normativo internacional en materia de protección de los derechos de los LGTBI para que, de este modo, garanticen su tutela efectiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alvites, E. (2019). *Los derechos fundamentales y la diversidad sexual* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio institucional.
http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/15757/SOTO_FARFAN_MARIA_VICTORIA.pdf?sequence=5&isAllowed=y
- American Psychological Association (2013). *Orientación sexual y identidad de género*. <https://www.apa.org/topics/lgbtq/sexual>
- Arenaza, E. (2020). Personas LGTBI: la necesidad de una declaratoria de estado de cosas inconstitucional para el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales. *Gaceta Constitucional*, 3(5), 98-116.
- Bernal, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. (3.^a ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal, C. (2015). Derechos fundamentales. En J. L. Fabra Zamora & V. Rodríguez Blanco (Eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (pp. 1571-1594). Universidad Nacional Autónoma de México.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/24.pdf>
- Carbonell, M. (Ed.). (2009). *Neoconstitucionalismo(s)* (4.^a ed.). Trotta.
- Carvajal, P. (2013). El reconocimiento de derechos a la comunidad LGTBI. *Jurídicas CUC*, 9(1), 123-141.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4919267.pdf>
- Castillo, L. (2005). *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Palestra Editores.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2015.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017, 24 de noviembre). *Opinión consultiva OC-24/17*.
https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú. Sentencia de 12 de marzo de 2020.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf

- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente (2018, 6 de marzo). *Expediente N° 23822-2017. Demanda de Acción Popular* (p. 295). https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/04/Exp.-23822-2017-Lima-Legis.pe_.pdf?fbclid=IwAR1WvxCD0PL82-Vkdf6yfiInrlfj4BkbHxviXLsWx9nPYEkVboBdqG_O354E
- De la Calle, J., & Gil, E. (2015). *Metodología de la investigación jurídica*. Universidad de Los Hemisferios.
- Defensoría del Pueblo. (2018). *A dos años del informe defensorial N° 175. Estado actual de los derechos de las personas LGTBI*. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/12/Informe-Defensorial-Nº-007-2018-DPADHPD-“A-2-años-del-Informe-Defensorial-Nº-175.-Estado-actual-de-los-derechos-de-las-personas-LGBTI”.pdf>
- Defensoría del Pueblo. (2020, 4 de marzo). *Grupo de Especial Protección - Población LGBTI* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=5tCUqsmQJjU>
- Eguren, E., & Caraj, M. (2009). *Manual de protección para defensores LGTBI*. Protección Internacional. https://www.protectioninternational.org/sites/default/files/publications/lgbt_i_manual.pdf
- Fichter, J. (1957). *Sociology*. The University of Chicago Press.
- Gargarella, R. (2005). El constitucionalismo según John Rawls. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, (7), 1-15. <https://www.redalyc.org/pdf/282/28271402.pdf>
- Garzón, E. (2006a, 5 de octubre). *El carácter adscriptivo del concepto de dignidad humana* [Conferencia]. Ciclo IX: Seminario de Filosofía “La Dignidad Humana” de La Fundación Juan March. [http://www.march.es/conferencias/anterior- res/voz.asp?id=712%3E](http://www.march.es/conferencias/anteriores/voz.asp?id=712%3E)
- Garzón, E. (2006b). *Tolerancia, dignidad y democracia*. Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

- Gil, R. (2011). El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. *Quid Iuris*, (12), 43-61.
<https://biblat.unam.mx/hevila/Quidiuris/2011/vol12/2.pdf>
- Gómez, L. (2012). *El juez de las políticas públicas*. Pontificia Universidad Javeriana.
- Grández, A. (2012). *El derecho a la identidad de los ciudadanos LGTBI*.
<https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2014/09/El-Derecho-a-la-Identidad-de-los-Ciudadanos-LGTBI-Agustín-Grández.pdf>
- Huertas, O. (2008). *El principio de igualdad y no discriminación a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Libres & iguales. (2017). *Normas internacionales de derechos humanos y orientación sexual e identidad de género*. <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/Intrenational-Human-Rights-Factsheet-Esp.pdf>
- Naciones Unidas. (2013). *Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos*. <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/11/orientación-sexual-e-identidad-de-género2.pdf>
- Naupari, J. (2009). El acogimiento del “estado de cosas inconstitucional”. En S. Salinas et al. (Eds.), *Compendio de instituciones procesales creadas por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (pp. 339-355). Gaceta Jurídica.
- Navarro, M. (2010). Los derechos fundamentales de la persona. *Derecho y Cambio Social*, 7(21), 1-11.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5500999.pdf>
- Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2013). *Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los Derechos Humanos*. <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/11/orientación-sexual-e-identidad-de-género2.pdf>
- Pele, A. (2015). La dignidad humana: modelo contemporáneo y modelos tradicionales. *Revista Brasileira de Direito*, 11(2), 7-17.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5379213>
- Pisón, J. M. (2020). Los derechos de las personas LGBTI: ¿hacia un derecho a la orientación sexual y la identidad de género? *Cuadernos Electrónicos de*

Filosofía del Derecho, (42), 209-239.

<https://doi.org/10.7203/CEFD.42.16635>

Plazas, M. (2009). El poder de la Corte Constitucional en Colombia y el llamado «estado de cosas inconstitucional». *Elementos de Juicio. Revista de Temas Constitucionales*, 10, 223-270.

Poder Ciudadano. (2008). *Derecho a la identidad: febrero-mayo 2008*. Poder Ciudadano.

Prieto, L. (1994). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Trotta.

Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH (ONUSIDA). (2015, setiembre). *Pronunciamento de las medidas urgentes para poner fin a la violencia y a la discriminación contra adultos/as, adolescentes y niños/as lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI)*. http://www.unaids.org/es/resources/presscentre/pressreleaseandstatementarchive/2015/september/20150929_LGBTI.

Quintero, J., & Navarro, A. (2011). La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 3(1), 69-80. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4767667.pdf>

Ramírez, B. (2013). *El “Estado de cosas inconstitucional” y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público. Una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio institucional. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/4952/RAMIREZ_HUAROTO_BEATRIZ_DERECHO_PUBLICO.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ramírez, R. (2010). *Proyecto de investigación. Cómo se hace la tesis*. Fondo Editorial AMADP.

RENIEC. (2012). *Plan Nacional Perú contra la indocumentación 2011-2015*. RENIEC. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9CB85613535A717905257C050060EC79/\\$FILE/plan-nacional-2011-2015.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9CB85613535A717905257C050060EC79/$FILE/plan-nacional-2011-2015.pdf)

- Rocha, T. (2009). Desarrollo de la identidad de género desde una perspectiva psico-socio-cultural. Un recorrido conceptual. *Interamerican Journal of Psychology*, 43(2), 250-259.
<https://www.redalyc.org/pdf/284/28412891006.pdf>
- Rodríguez, C. (2009). Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. En C. Rodríguez (Ed.), *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia* (pp. 434 - 492). Uniandes.
- Sabel, C., & Simon, W. (2004). Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds. *Harvard Law Review*, 117, 1016, 1101.
- Sánchez, L. (1999). *Derecho constitucional general* (4.ª ed.). Temis.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/323/2.pdf>
- Salcedo, M. D. C. (2014). *¿Derechos humanos de personas LGTBI? Una propuesta para su positivización internacional* [Tesis de maestría, Universidad de Chile-Instituto de Estudios Internacionales]. Repositorio institucional. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/130508>
- Santamaría, M. (2017). *La delimitación del interés superior del niño ante una medida de protección institucional* [Tesis doctoral, Universitat Internacional de Catalunya].
https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/565731/Tesi_María_Luisa_Santamaría_Pérez.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Solano, V. (2016). El neoconstitucionalismo. Una definición y una taxonomía latinoamericana. *Ius Humani. Revista de Derecho*, (5), 161-172.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5771475.pdf>
- Sotillo, A. (2015). La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Ciencia y Cultura*, (35), 163-183.
- Sotillo, A. (2015). La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Ciencia y Cultura*, (35), 163-183. http://www.scielo.org.bo/pdf/rcc/v19n35/v19n35_a09.pdf

- UNHCR-ACNUR. (2014). *La protección internacional de las personas LGTBI*.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9872.pdf>
- Unión Interparlamentaria y las Naciones Unidas (2016). *Derechos humanos*.
https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HandbookParliamentarians_SP.pdf
- Vargas, C. (2003). La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado estado de cosas inconstitucional. *Estudios Constitucionales*, (1), 203-228.
http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano1/revista_ano1_11.pdf
- Villalobos, K. (2011). El libre desarrollo de la personalidad como fundamento universal de la educación. En K. Villalobos (Ed.), *Simposio 2009: La población joven de Costa Rica a partir de la I Encuesta Nacional de Juventud: ponencias y memoria*. CNPPPJ-UNFPA.
- Villaverde, I. (2015). Los derechos fundamentales en la historia. Una aproximación a su origen y fundamento. En M. Carbonell, H. Fix Fierro, & D. Valadés (Eds.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo* (pp. 573-597). Universidad Nacional Autónoma de México.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/33.pdf>
- Zuñiga, J. (2015). *Defensa pública y acceso a la justicia constitucional de personas en situación de vulnerabilidad económica* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio institucional.
https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/6915/ZUNIGA_ESCALANTE_JORGE_DEFENSA_PUBLICA.pdf?sequence=1&isAllowed=y