

**UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES
FACULTAD DE DERECHO**

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

“LA SEXUALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES”

AUTOR: CENTRO DE ESTUDIOS HISTÓRICO COMPARADOS

INVESTIGADOR PRINCIPAL: DR. OYARCE YUZZELLI, Aarón

LIMA – PERÚ

Febrero 2018

SEXUALIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES

OYARCE-YUZZELLI, Aarón*

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Sexualidad. - 3. Homosexualidad. - 4. Historia de la homosexualidad. - 5. Criminalización de la homosexualidad. - 6. Orientación sexual. - 7. Discriminación por orientación sexual. - 8. Protección de la orientación sexual en los Estados Unidos. - 9. Casos en los Estados Unidos. - 10. Protección de la orientación sexual en el Perú. - 11. Orientación sexual y los derechos humanos. - 12. Conclusiones.

1. *Introducción*

La presente investigación trata “*La sexualidad y los derechos fundamentales*”, para analizar la evolución histórica de la sexualidad, desde Grecia, Roma y el trato normativo en el derecho comparado, principalmente en los Estados Unidos de Norte América y los países que han acogido en sus instituciones, derechos de género, para poder sustentar las propuestas normativas en el derecho peruano. De este modo tener un sustento histórico científico en las propuestas de legalización del matrimonio homosexual y la consecución de los derechos de las parejas no heterosexuales (LGBTI), así como la protección de sus derechos fundamentales.

Esta investigación explora la sexualidad, las teorías sobre su naturaleza, la homosexualidad y la orientación sexual, la identidad sexual. Desde sus orígenes en Roma y el paso de su tratamiento por los distintos sistemas legislativos, en especial el Norteamericano y el peruano. Perú está desarrollando nueva normatividad para la protección de los LGBTI y la protección de los derechos fundamentales, tratando de permitir a estas minorías, las instituciones tradicionales y fundamentales como el matrimonio, para la protección de sus derechos, como el derecho a la igualdad y la no

* Presidente del Centro de Estudios Histórico Comparado de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Doctor en Ciencias Jurídicas SJD y Master en Derecho Americano LL.M. por la Wake Forest University School of Law, Master en Derecho Privado Europeo por la Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, Investigador en la Wake Forest University y en el Consiglio Nazionale delle Ricerche d’Italia.

discriminación para ello nos basamos en los antecedentes históricos romanísticos y en el derecho comparado, en especial la normatividad de los Estados Unidos de Norte América.

Estados Unidos nos sirve como modelo, dado que ha pasado por un proceso de descriminalización de la homosexualidad, y luego se protegieron todos sus derechos, sobre todo contra la discriminación sexual. Esta protección se basa en la primera y 14 enmienda de la Constitución, por vulnerar los derechos a la privacidad, honor, intimidad y el debido proceso. La consecución progresiva de derechos se realizó mediante la analogía en el trato a los afro-americanos, la discriminación basada en color o raza.

Palabras clave:

Sexualidad, orientación sexual, sexo, género, discriminación, minorías, derechos fundamentales, LGBTI, principio de igualdad.

2. *Sexualidad*

Las minorías en el mundo han ido conquistando sus derechos progresivamente, es así como las minorías pertenecientes a las orientaciones sexuales, han luchado históricamente, primero para no ser sancionados penalmente y luego para poseer el reconocimiento de sus derechos, y posteriormente para no ser discriminados y más aún ser considerados como minoría.

Por ello es importante conocer el origen de la sexualidad, si es condición inherente al ser humano o es condición adquirida con posterioridad a su nacimiento, de ello derivará la protección del estado. Por ello el estudio pretende exponer científicamente las teorías sobre la sexualidad y su desarrollo histórico comparado, así como la introducción del reconocimiento de derechos en la legislación peruana.

Actualmente los países latinoamericanos se encuentran en el proceso de legalización de los matrimonios LGBTI, este es el caso del Perú, donde existen proyectos de legalizar el matrimonio homosexual, o crear figuras alternativas, como la unión civil.

Sexualidad es el proceso social que crea, organiza y dirige el deseo, creando al ser humano, como hombre y mujer, así como sus relaciones sociales (GILREATH 2011, PP. 5-7, BALL 2002, P. 5, KOSBIE 2011 P. 5, SPINDELMAN 2010, ROSEMAN 2011). Sexualidad comprende la identidad sexual y expresión, atracción y orientación, comportamientos y prácticas, actitudes sociales y normas, estructuras sociales y políticas que restringen las identidades individuales. Las sociedades construyen categorías diversas a lo largo del tiempo, en los Estados Unidos se considera “gay” a los homosexuales, pero no es así en otros tiempos y culturas. En Latinoamérica se les considera activos o pasivos (KOSBIE 2011 P. 5). El concepto histórico de familia tiene mucha influencia en la definición de sexualidad, la cual pone al hombre sobre la mujer en una relación jerárquica (VALDES 1994), así también existieron prohibiciones absolutas en el matrimonio, desde el derecho romano (D. 1.2.6.).

Sexualidad ha sido inventada por la Comunidad heterosexual. Transformando una actividad como identidad, después de Foucault. El género ha sido desarrollado como un mecanismo de ordenar la identidad sexual (GILREATH 2011, PP. 5-7). Sexualidad es un proceso social que es practicado como desigualdad, se crean hombres y mujeres, la

discusión es si la sexualidad es biológica, inherente al hombre desde la concepción o si es adquirida posteriormente. Este tema genera desigualdad y jerarquías sexuales, relacionado a un sistema de razas donde existe una opresión racial (SPINDELMAN 2010). Sexualidad y género no son lo mismo, pero tampoco pueden ser teorizados separadamente, lo heterosexual define lo homosexual, así también la dominación del hombre sobre la mujer, como de los heterosexuales sobre los homosexuales (GILREATH 2011, pp. 5-7).

La sexualidad adquiere mayor relevancia con Freud (FREUD 1972, pp. 124 y ss), en la construcción de nuestra personalidad (ROSEMAN 2011). La categorización como homosexual y heterosexual no corresponde a la naturaleza o a la verdad, es una construcción social, siendo esta la concepción anti existencialista (BALL 2002, p. 5).

Existen muchas teorías sobre el sexo, teorías que van más allá de lo físico o biológico: *a)* cromosomático; *b)* antigénico; *c)* gonadal; *d)* hormonal prenatal; *e)* morfológico interno; *f)* morfológico externo; *g)* hormonal puberal; *h)* sexo asignado, el que es usado como identidad de género (VALDES 1994).

El género, fue creado como medio para ordenar la identidad sexual, marcando categorías de sexualidad (*straight* y *Gay*) para delimitar fronteras de identidades emergentes que son distintamente sexuales. Por tanto la sexualidad y el género no son lo mismo, pero tampoco pueden ser categorizados separadamente (GILREATH 2011, pp. 5-7).

3. ***Homosexualidad***

La palabra deriva de *homo* “*equal*” y del latín *Latin sexus* “*sexo*”. Analizando a los autores que señalan que la homosexualidad estuvo presente históricamente (POSNER 1992, p. 4), Grecia, Judea, Roma (CROMPTON 2003, pp. 79-110) cristiana y los paganos.

Homosexualidad es la orientación sexual hacia el mismo sexo (SANDERS 201, pp. 254-255). Sodomía es la actividad homosexual. Gay es adjetivo y nombre, así también existen personas que se auto-identifican como gays pero no tienen sexo homosexual, pero el estatus se infiere del acto (KNAUER 2003). La palabra deriva del griego *homo* “*equal*” and del latín *sexus* “*sex*”. La ciencia de la inmutabilidad trata de definir o explicar la

homosexualidad en términos científicos, siendo estudiado a inicios del siglo XIX como una inversión congénita. La escuela congénita fue remplazada por el modelo psicoanalítico brindando explicación experimental de la condición homosexual ofreciendo el diagnóstico de inversión terapéutica. Este modelo fue el predominante desde 1930 hasta 1973 por la American Psychiatric Association (APA) para clasificar a la homosexualidad como un desorden mental. Con el final del diagnóstico, la investigación científica pasó de explorar causas biológicas o genéticas de la homosexualidad y posteriormente aparece el modelo bio-científico, pero estas concepciones nunca desplazaron al discurso tradicional del deseo del mismo sexo como pecado y trasgresión criminal (GILREATH 2007, pp. 6-7).

El término *homogenic, contrasexuality, homo-erotism, similisexualism, uranism* y otros han sido usados en inglés, así también, los términos *sexual inversion, intersexuality, trans-sexuality, the third sex, psychosexual hermaphroditism*. Muchas razones se han esbozado sobre el su origen, como la deficiencia prenatal de la testosterona, así también el estrés maternal durante la gestación feminiza las conductas del concebido y su morfología cerebral. Algunos investigadores señalan que es debido a una reacción de inmunidad a los antígenos H-Y. Se identifican además dos posibles factores: el *preoptic anterior hypothalamus* INAH-2 y INAH-3, señalando que son distintos en los heterosexuales y los hombres homosexuales.

De los trabajos de investigación se desprende que: los homosexuales poseen cuatro veces más hermanos homosexuales. Bailey y Pillard (BAILEY 1992) encontraron que la relación en homosexualidad masculina es del 52% en los mellizos dizigóticos y 11% en los hermanos adoptados. Además señalaron que la hormona uterina es distinta en los heterosexuales y los homosexuales (SANDERS 2011, pp. 38-69).

4. Historia de la homosexualidad

A lo largo de la historia la homosexualidad ha estado inmersa en la naturaleza humana (POSNER 1992, p. 43), sobre todo en las culturas antiguas como la griega, Judea, Rome (CROMPTON 2003, pp. 79-110), cristianos y paganos.

Los griegos tuvieron una actitud permisiva con el sexo. Los griegos antiguos fueron monógamos, con un doble standard, siempre con la costumbre de la preservación

de la virginidad premarital y fidelidad matrimonial. Las mujeres recibieron un trato distinto, sin derecho a propiedad ni participación en la vida política. La tolerancia griega a la homosexualidad no se extiende al lesbianismo, el cual lo vieron como innatural. Las relaciones sexuales debían poseer obligatoriamente un participante hombre. Platón escribió el Symposium el 385 a.C. donde nos narra la tradición donde Aquiles y Prócuro no solo fueron camaradas si no amantes en el sentido físico. En Esparta un joven era asignado (*aite*s), y su mentor era el “*inspírer*” (*eispnelos*).

Los griegos incentivaron valores que favorecieron el amor masculino: *a*) pasión por el atletismo; *b*) aceptación de la desnudez masculina; *c*) aceptación de la belleza masculina. Inicialmente la palabra más cercana a homosexualidad en Grecia era *Paiderastia*, “*amor al cuerpo*”, la relación entre un adulto y un joven, entre catorce y veinte. El mayor era llamado *erastes* o amante. El será el maestro y protector del muchacho y será su modelo de coraje, virtud y sabiduría para su amado *eromenos*. La atracción se basaba en su juvenil belleza.

Los libros sagrados de los judíos, entre ellos los cinco libros del Torah o ley, Levíticos es un compendio de legislación creada por Moisés (Génesis, Éxodo, Levíticos, Números, and Deuteronomios) Levíticos capítulo 18, condena ciertas conductas homosexuales, y se las presenta a los judíos como abominables. El capítulo 20 establece penalidad por conductas homosexuales entre hombres. “*Si alguno se ayuntare con varón como mujer, abominación hicieron; ambos han de ser muertos; sobre ellos será su sangre*” (Lev. 20:13). También Génesis 13:13 sobre Sodoma y Gomorra. También el capítulo 19 del Talmud. Las escrituras hebreas no hacen mención al lesbianismo. El lesbianismo no fue visto como delito. El Talmud señala que el rabino Huna decretó que las mujeres lesbianas están descalificadas para casarse con los sacerdotes.

En Roma la concepción legal del matrimonio era entre hombre y mujer, o como señala el Digesto, D. 1.2.6. Donde nos habla de la unión de hembra y macho.

Por otra parte, ¿qué diremos, si el comprador fue ciego, o si se yerra en la materia, o por no ser perito para discernir las materias? ¿Diremos que consintieron ellos en el objeto? ¿Y cómo consintió el que no lo vio? Pero si yo creyese que compraba una virgen, cuando ya fuese una mujer, valdrá la compra, porque no se erró en el sexo. Pero si yo

vendiese una mujer, y tu creíste que comprabas un muchacho, puesto que hay error en el sexo, es nula la compra, y nula la venta.

Cuando los romanos invadieron Grecia encontraron la homosexualidad griega. Los griegos concibieron el amor entre un adulto y un joven como protector y afeccionado. Algo totalmente opuesto a la idea romana, donde se encontraban prohibidas estas relaciones. Se realizaba una analogía entre la derrota militar y la sexual. El homosexualismo fue también un deshonor familiar: Flavius Maximus Servilianus (126 BCE) mató a su hijo por homosexualidad y luego se exilió.

Los cristianos descienden del judaísmo y heredaron su fe ancestral (CROMPTON 3003, pp. 111-149). Su fundador Jesús, promovió el mandamiento deuteronomico de amar al prójimo como a sí mismo, así como ayudar al pobre y asistir al enfermo. En temas sexuales Jesús condenó el divorcio pero salvo a una adúltera del apedreamiento, ver: Mateo 5:22. El amor entre hombre fue redefinido como prohibido, diabólico e inmencionable. El temor hacia la homosexualidad se expresa en la Biblia, en Exégesis con Sodoma y Gomorra, Ezequiel y Jesús. Génesis 19 nos habla de violación de ángeles. El código de Constantino y el Teodosiano promulgaron la *lex cum vir* ampliando la competencia de la *Lex Julia*, ley sobre el adulterio promulgada por Augustus, la cual incluía la pena de muerte para el *stuprum cum masculis*. Santo Tomás de Aquino en la Summa Teológica, basado en el Antiguo Testamento categoriza el sexo no natural en cuatro categorías: *a*) pecado solitario o masturbación; *b*) sexo heterosexual equivocado, anal u oral; *c*) sodomía. Dos son los principios de la homosexualidad como innatural *a*) la teoría de que los animales no realizan sexo homosexual y *b*) la procreación. Los cristianos, con base judía, han sido creados a imagen y semejanza de Dios, y poseen una dignidad casi divina.

5. Criminalización de la homosexualidad

Durante la historia, determinadas conductas han tenido desaprobación moral, religiosa y castigo penal (STAMATOPOULOU 2011, p. 256, GILREATH 2007, p. 2004). Este es el caso de la homosexualidad, pero con la influencia de los derechos humanos, actualmente existe un proceso de descriminalización de las conductas homosexuales (POSNER 1992, pp. 111-115).

Las normas anti-homosexuales son históricas, inicialmente religiosas, con un origen en los textos judíos adoptados por los cristianos y el islam. En el siglo XVI con la reforma protestante europea, las prohibiciones pasaron de la religión al derecho penal. A fines del siglo XIX mitad de Europa terminó la prohibición adoptando el código napoleónico. Los ingleses prohibieron penalmente “*carnal intercourse against the order of nature*”, las relaciones carnales contra natura. Esta prohibición se extendió a las colonias inglesas.

Debido a los movimientos de derechos humanos y el trato a los LGBT, se protege a las minorías de orientación étnica, como a los indígenas, comunidades étnicas etc.

El caso *Dudgeon vs UK*, en la Corte Europea de Derechos Humanos 1981, fue la primera decisión a nivel internacional, para extender los derechos humanos a los homosexuales, señalando que la Sección 11 de la Criminal Law Ammended Act 1885 que criminalizaba el homosexualismo masculino violaba la Convención Europea de Derechos Humanos. Basándose en los derechos de “*privacy*”, que a la época no tenían la cláusula de *non-discrimination clause*.

6. Orientación sexual

Orientación sexual es la decisión con quien entablar una relación emocional-sexual, el sexo opuesto, el mismo sexo (WINTEMUTE 2010, PP. 7-14). Es una noción reciente en derechos humanos. Los principales principios que guían la orientación sexual son: a) igualdad y b) no discriminación. Orientación sexual se refiere a un patrón emocional, romántico o sexual, o atracción sexual hacia hombres, mujeres o ambos. Según la *American Psychological Association*, se refiere a un sentido social o individual de identidad, basado en atracciones, conductas expresadas en una Comunidad donde esas conductas son compartidas. Orientación sexual se categoriza en: heterosexual, homosexual and bisexual. Identidad sexual puede definirse como el sexo propio de una persona, envés de orientación sexual.

Los factores ambientales contribuyen también al desarrollo de la orientación sexual, y se concluye que la homosexualidad masculina se encuentra con mayor regularidad en familias con madres dominantes y padres débiles. Además se ha analizado

a los hijos de homosexuales, quienes ven la homosexualidad como aceptable, pero la mayoría de los hijos de parejas homosexuales son heterosexuales (GILREATH 2007).

Las cortes norteamericanas han considerado según las suficientes pruebas científicas la inmutabilidad de la orientación sexual (WINTEMUTE 1995, pp. 61-90), teoría mandante en la comunidad científica. Realizan además la analogía de discriminación con la discriminación por raza o sexo, dado que la protección bajo el *right of privacy* del *First Amendment* es limitado. El *suspect classification argument* es capaz de proteger conductas sexuales públicas y privadas, sobre todo en temas de empleo, luego de *Brown v. Board of Education*.

El mayor descubrimiento entre los homosexuales sobre su conducta en la infancia es la no conformidad con su género. Hay evidencias para sugerir que la masturbación y la fantasía pueden jugar un rol integrando la definición inicial de la orientación sexual. Las teorías del desarrollo de la orientación homosexual se concentra en la adolescencia, periodo crítico por los cambios en la sicología y las funciones psicológicas y las condiciones sociales durante esta etapa. Frecuentemente, los adolescentes inician actividades homosexuales con mayor rango que el resto de la población.

7. *Discriminación por orientación sexual*

Discriminación es más que distinción; se basa en el prejuicio resultante de un trato desigual a una persona. Un trato o consideración, o distinción a favor o en contra, basados en clase, grupo o categoría que pertenezca, envés de basarse en trato individual injusto a una persona, basado en un prejuicio (MOONEY COTTER 2010, pp. 8-9).

Todo gay vive en una lucha por la libertad. Para ellos es difícil vivir en un mundo con patrones y principios heterosexuales (POSNER 1992, pp. 222-223).

La palabra discriminación proviene de *discriminare*, que significa distinguir entre. Discriminación es más que una distinción, es una acción basada en prejuicios resultantes de un trato desigualitario. Discriminación ilegal puede ser caracterizada como directa o indirecta. Directa es el trato menos favorable por la posesión de un atributo prohibido como la orientación sexual. Discriminación indirecta es el establecer un requisito o

condición o requerimiento, el cual solamente un grupo pequeño de las personas con atributo prohibido pueden cumplir.

Aun antes de *Hardwick*, algunos creyeron que la *privacy doctrine* podría ser interpretado en los casos de sexualidad. La explicación reinante es la de personalidad “*personhood*”. Nuestra personalidad debe de permanecer inviolada: es lo que la *privacy* protege; este es el principio. Tres cuestiones son presentadas: *a*) la primera sobre la validez de la personalidad como principio; *b*) las relaciones sobre la *privacy doctrine*, sexualidad y los límites del poder estatal y *c*) si algún otro principio más allá de la personalidad puede vencer al principio constitucional del *right to privacy* (1989).

8. *Protección de la orientación sexual en los Estados Unidos de Norteamérica*

Hasta 1986, el “*right of privacy*” (derecho a la privacidad) fue uno de los argumentos fundamentales de los litigantes gays, lesbianas y bisexuales, en los casos de *sexual orientation discrimination*. Las leyes criminalizan determinadas conductas, no determinados estatus, por ello necesitaban argumentar que la US Constitution contiene un derecho fundamental suficientemente amplio que ampare dicha conducta. Porque las actividades sexuales privadas no tuvieron tradicionalmente protección como formas de expresión o asociación, necesitaron por ello encontrar un derecho fundamental “*fundamental right*” fuera de la primera enmienda *First Amendment*. Por ello cambiaron y se basaron en la prohibición de la quinta y catorceava enmienda *Fifth and Fourteenth Amendments prohibitions* de privación de libertad sin un proceso justo “*deprivations of “liberty without due process of law”* apartándose de la doctrina de protección igualitaria o *equal protection doctrine*. En los años 1960s, la US Supreme Court utiliza la “*doctrine of substantive due process*” para desarrollar un derecho fundamental implícito del derecho a la privacidad, blindando determinadas decisiones de los individuos de la interferencia del gobierno (WINTEMUTE 1995, p. 23).

La enmienda 14y la primera enmienda y la *fundamental choice* son los fundamentos utilizados para defender los derechos de las minorías LGBTI, los cuales son reconocidos por las cortes estatales y las cortes federales, así como la Corte Suprema de los Estados Unidos (GILREATH, 2011, pp. 46-47).

La *Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment* (WINTERMUTE 1995, P. 22) tiene que ser entendida como “*as an attempt to protect disadvantaged groups from discriminatory practices, however deeply engrained and longstanding*”. Se trató de igualar al paradigma de igualdad en la Corte suprema a la raza. La raza es inmutable y por ello su protección. Así también mediante jurisprudencia, a través de la opinión concurrente del Presidente de la Suprema Chief Justice Burger en *Bowers v. Hardwick* “*for evidence of social ethos that has oppressed Gays as long-suffering victims of discrimination akin to that perpetrated against Blacks*”.

Equal protection doctrine consta de dos ramas fundamentales (“*fundamental rights*” y “*suspect classification*”) y tres niveles de *scrutiny*. Si el derecho afectado es fundamental o la clasificación es “*suspect*”, la Corte Suprema aplicará “*strict scrutiny*” y demandará una muestra que la ley es necesaria para promover un *compelling government interest*”. Cuando el derecho o interés afectado es importante o la clasificación es *quasi-suspect*”, se utiliza el “*intermediate scrutiny*” y se tendrá que demostrar “*substantially related to interest e involves no such classification*”, “*minimal scrutiny*” se usa para los casos de “*rationaly related to a legitimate state interest*”.

Los movimientos gays actuales iniciaron en 1969 (recién en 1973 la American Psychiatric Association removió a la homosexualidad como desorden mental. Antes de 1969, *gay rights groups* existieron, siendo el primer *gay rights organization* fue la *Mattachine Society*, creada en 1950. Fundada por Harry Hay. Wisconsin fue el primer estado que estableció sanción contra la discriminación basada en la orientación sexual, Chapter 112, 1981 reconocía a las familias de gays y lesbianas, incluso el matrimonio y la adopción. En 1984 se reconocieron el *domestic partnership benefits*, cuando la ciudad de Berkeley promulgó la ley sobre beneficios para los trabajadores de la ciudad y escuelas. El registro se crea en 1991. La política *gender neutral policy* estaba abierta para las parejas *gay* y heterosexuales. El presidente Clinton promulga en 1993 “*Don’t Ask, Don’t tell*” para los militares, y fue abolida en diciembre de 2010, permitiendo la participación de gays y lesbianas en *U.S. military*. Otra ley contraria “*Defense of Marriage Act (DOMA)*”, en 1996, en respuesta a Hawaii en los casos de matrimonios homosexuales. En 1998 President Clinton emitió la Executive order 1387, que prohibió al federal government de discriminar laboralmente en base a la orientación sexual, y utilizando la cláusula del *due proces*.

El mayor argumento en los Estados Unidos a nivel federal y estatal ha sido la legislación *prohibiting sex discrimination in employment*. Bajo esta legislación, los jueces no tienen poder para reconocer *new prohibited grounds of discrimination*.

Los homosexuales han sido protegidos como minorías en el devenir de la historia, para ello narraremos la evolución de la consecución de sus derechos como minorías. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (CCPR) es uno de los más importantes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, con dos contrapartes: la European Convention on Human Rights (ECHR) y la American Convention on Human Rights (ACHR). El artículo 27 del Pacto establece derechos a las minorías “*En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros del grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma*”. El Framework Convention for the Protection of National Minorities (FCNM), aplicable en Europa, es la convención más avanzada, dedicada únicamente a las minorías. El artículo 1 señala que la protección de los derechos de las minorías así como sus derechos y libertades forma parte integral de la protección internacional de los derechos humanos. La Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1992, sigue la filosofía del artículo 27 del CCPR (HANNIKAINEN 2007).

En Europa, la protección a las minorías puede visualizarse en 1648 el Tratado de Westphalia, bajo la protección religiosa y autoridad secular. During War World I were consider ethnic minorities: *a) judíos; b) los Valachs of Pindus; las monastics communities del monte Athos; c) Musulmanes en Albania, Grecia, y los Serb-Croat-Slovene Kingdom (luego Yugoslavia); d) las comunidades Czeclker y Saxon en Transylvania; e) y los Ruthenes en Checoslovaquia (BEJER 2004).*

La Corte Suprema de los Estados Unidos posee varios criterios para clasificar el *suspect status*: *a) historia de trato desigualitario intencional; b) imposición de un estigma de inferioridad, c) sujetos a prejuicios y hostilidad; d) estereotipos sobre sus habilidades; e) constituyen “discrete and insular minority” con participación política reducida por los prejuicios; f) la base sobre su clasificación es una característica inmutable; g) la*

característica es relevante para la habilidad de desarrollarse o contribuir en la sociedad (WINTEMUTE 1995, PP. 61-62).

9. *Casos en los Estados Unidos*

Las cortes de los Estados Unidos han creado leyes jurisprudenciales a través de casos, entre ellos: *Lawrence v. Texas*, donde se decide que no debía enviar a prisión a la pareja de homosexuales si realizan sexo en privado *Bowes v. Hardwick*, donde los jueces establecieron las tres categorías de actividades protegidas por la *privacy*: matrimonio, procreación y relaciones familiares y la actividad homosexual no posee relación con ninguna de las tres categorías. *Romer v. Evans*, *Windsors*, quien contrajo nupcias en Canadá pero el IRS no reconoció su matrimonio, *Logan v. University of Mississippi*, Logan siendo hombre deseaba estudiar en una universidad de mujeres, *Irizarry v. Board of Education*, *Nabozny v. Podlesny*, caso de acoso sexual por su homosexualidad, y debía de probar que tuvo un trato debido a su género, *Montgomery v. Independent Sch. Dist.*, *Montgomery* se basó en la falla del distrito por no prevenir discriminación basada en su orientación sexual, los profesores debían de emitir informes a sus directores sobre los casos de discriminación, *Collin v. Orange Unified Sch. Dist.* Sobre la creación de una asociación de gays en el colegio “Gay-Straight Alliance Club at their high school”, *Perry v. Schwarzenegger*, caso que trata sobre la asimilación del matrimonio, *Loving v. Virginia*, caso de equal protection, donde la ley viola la cláusula del debido proceso y el matrimonio es un derecho fundamental.

Finalmente el viernes 26 de junio, la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió sobre el caso *Obergefell v. Hodges*, adoptado por mayoría, con 5 votos de los jueces Ginsburg, Breyer, Sotomayor, Kagan y Kennedy. 14 gays viudos cuestionaban la constitucionalidad de las leyes de Michigan, Kentucky, Ohio y Tennessee, donde se definía al matrimonio como la unión de hombre y mujer, negando a las parejas homosexuales derechos de reconocimiento de sus matrimonios en estados donde sí se encuentran permitidos. La Corte Suprema señaló que *Obergefell* se basaba en la 14ava Enmienda constitucional, permitiéndose el matrimonio del mismo sexo, y su reconocimiento en todos los Estados. Lo que se permite con esta sentencia no es el derecho constitucional al matrimonio gay, sino, el derecho al matrimonio extensivo a las parejas del mismo sexo.

10. Protección de la orientación sexual en el Perú

Perú posee normatividad sobre la discriminación, pero no norma específica sobre la discriminación por orientación sexual. La normatividad genérica debe ser usada para proteger dicha discriminación.

La Constitución Política del Perú protege contra la discriminación en el art. 2 (2) a la igualdad ante la ley. Art 2 (3) a la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. Art. 2 (19) A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación. La ley 26926 del 30 de enero 1998 reformando al código penal, donde regula el Genocidio en el artículo 129 con mayores penas.

La ley sobre la discriminación 27270 del 29 mayo 2000. Art. 323 penalizando la discriminación en base de raza, etnia, religión o diferencias sexuales, con penas de servicios comunitarios hasta 60 días. La ley de Promoción del Empleo Decreto 05-95, art. 62: sobre el despido arbitrario en base a sexo, raza, religión, opinión o lenguaje. La ley 27049 del 6 de enero 1999 prohíbe la discriminación del consumidor en el artículo 1, así también el Decreto 716. El artículo 6 del Código Procesal Civil señala que el juez debe prevenir diferencias entre personas debido al género, raza, religión, lenguaje o condición social, política o económica. El Decreto Legislativo 691 en el artículo 3 nos prohíbe la discriminación en las propagandas. Así también Perú ha ratificado el Estatuto de Roma el 10 de noviembre 2001 y la Convención Internacional del Trabajo.

11. Orientación sexual y los derechos humanos

Los derechos defendidos son *a) la libertad; b) privacidad; c) igualdad*. Está siempre presente la teoría del *immutable status* porque su decisión no es una elección, así como lo es el color o la raza o el sexo (BEJER 2004). También, la *fundamental choice argument*: porque cada persona elige su orientación sexual y es extremadamente importante para su bienestar, como la libertad de expresión o la de religión, es un derecho fundamental o el derecho a la privacidad. O también una discriminación sexual como argumento, por la aceptabilidad de su atracción sexual o conducta depende de su propio sexo, discriminación por la orientación sexual puede ser una discriminación sexual, como acoso o discriminación por embarazo.

Desde el 2010 ha iniciado la apertura mundial para los matrimonios *same-sex couples* en Bélgica, Canadá, Holanda, Noruega, Sud África, España, Suecia, Estados Unidos, y la Ciudad de México. Así también las luchas por los derechos de los transexuales y transgénero. En el 2005 32 Estados de las Naciones Unidas apoyaban el Statement pro LGBT, en 2006 54, en 2008 66 Naciones.

El denegar el reconocimiento de los derechos humanos para un grupo de personas es una negación a su humanidad, y tiene un profundo impacto en su salud, y puede ser discriminatorio para los trabajos, alimentación y vivienda.

El congresista Carlos Bruce presentó el proyecto de ley para la creación de la unión civil, para que el Estado reconozca a los homosexuales los mismos derechos que a las parejas heterosexuales. Este proyecto fue archivado por la Comisión de Justicia del Congreso de la República, con siete votos en contra, cuatro a favor y dos abstenciones, en el año 2015. Los derechos que poseerían las uniones civiles son: visitas a hospitales, toma de decisiones en tratamientos médicos, visitas íntimas en centros penitenciarios, pensión por alimentos y acceso a la seguridad social, entre otros.

12. Conclusiones

Las minorías LGBTI son un grupo protegido por la legislación internacional, pero la legislación convencional no es aplicada a nivel doméstico estatal, cada Estado debe de crear los mecanismos jurídicos para implementar las recomendaciones de las cortes regionales para proteger a las minorías. La falta de adecuación no debiera ser impedimento para soslayar derechos fundamentales de determinadas minorías. Pero a su vez el orden público internacional de cada estado establece limitaciones a la aplicación y exequatur de determinados actos jurídicos celebrados en el extranjero, invocando su violación. Es el caso actual en Perú donde el Poder Judicial ordena al Registro Nacional de Identidad la Inscripción de matrimonios entre personas del mismo sexo.

Las legislaciones nacionales están adecuando la progresivamente la protección a las minorías de orientación sexual, otorgándoles derechos progresivamente, o equiparando sus derechos a determinadas categorías jurídicas tradicionales, las cuales no contemplaban la capacidad de éstas minorías para poder cumplir con los elementos esenciales para realizar determinado acto jurídico.

La consecución de derechos ha sido realizada siguiendo el modelo de consecución de derechos de las minorías étnicas, siguiendo el modelo norteamericano, obteniendo inicialmente derechos como a la no discriminación, a la igualdad, pensiones, herencia, seguros y finalmente derechos a categorías específicas como al matrimonio.

Los Estados Unidos de Norte América poseen la legislación que garantiza mayores derechos a las poblaciones LGBTI, otorgándoles recientemente el derecho a contraer nupcias en todos los Estados Unidos, es por ello que resulta necesario que estudiemos el derecho comparado y especialmente el derecho norteamericano con su derecho casuístico, para analizar el progreso en la consecución de derecho y la facultad que poseen las cortes para crear normatividad a través de sus sentencias, estableciendo precedentes vinculantes para su distrito judicial o para toda la nación, dependiendo del tipo de corte.

Perú se encuentra en proceso de debate para el reconocimiento de determinados derechos a las poblaciones LGBTI, pero nos enfrentamos a una cultura jurídica con influencia romanista pero con principios religiosos férreos, los cuales hacen impermeable los proyectos de ley que traten de reconocer categorías jurídicas para las comunidades LGBTI. Desde la legislación colonial: Recopilación de Leyes de Indias, la Novísima Recopilación y la Ley de las Siete Partidas, nuestra normatividad se basa en preceptos con influencia religiosa, más aún católica, apostólica y romana, que hacen menos viable la codificación de estos derechos a determinadas minorías por orientación sexual.

BIBLIOGRAFIA

- BAILEY, Michael y PILLARD, Richard, *A genetic study of male sexual orientation*, in Archives of General Psychiatry, January 1992.
- BALL, Carlos, *Sexual ethics and postmodernism in gay rights philosophy*, 80 N.C.L. Rev. 371, January 2002.
- BEJER, Nico, *Tensions in the struggle for sexual minority rights in Europe Querying political practices*, Manchester University Press, Manchester 2004.
- CROMPTON, Louis, *Homosexuality & civilization*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge 2003.
- FREUD, Sigmund, *Tres ensayos de teoría sexual*, Diuticke, Leipzig 1972.
- GILREATH, Shannon, LAVELLE, Lydia, *Sexual identity law in context, cases and materials*, 2nd Ed., West, Minnesota 2007, citing The Kinsey studies.
- GILREATH, Shannon, *The end of straight supremacy realizing gay liberation*, Cambridge University Press, Cambridge 2011.
- HANNIKAINEN, Lauri, *Legal nature of minority rights as part of human rights, limitations, derogations, reservations, and interpretative statements*. In, *Universal minority rights a commentary on jurisprudence of international courts and treaty bodies*. Edited by Marc Weller, Oxford University Press, Oxford 2007.
- KNAUER, Nancy, *Science, identity, and the construction of the gay political narrative*, 12 Law, 2003.
- KOSBIE, Jeffrey, *Misconstructing sexuality in same-sex marriage jurisprudence*, 6 Nm. J. L. & Soc. Pol'y 238, 2011.
- MARKS, Suzane, *Global recognition of human rights for lesbians, gay, bisexual, and transgender people*. In, *Vulnerable and Marginalized groups and human rights*, edited by David Weissbrodt, and Mary Rumsey, Elgar Research Collection, Cheltenham 2011
- MOONEY COTTER, Anne-Marie, *Ask no questions and international legal analysis on sexual orientation and discrimination*, Ashgate, Furham 2010.
- POSNER, Richard, *Sex and reason*, Harvard University Press, Massachusetts 1992, pp. 38-69. STAMATOPOULOU, Elsa, *Indigenous peoples and the United Nations: Human rights as a developing dynamic*. In, *Vulnerable and marginalized groups and human rights*, Edited by David Weissbrodt and Mary Rumsey, Elgar Research Collection, Cheltenham 2011.

- ROSEMAN, Mindy, MILLER, Alice, *Symposium: Normalizing sex and its discontents: Establishing sexual rights in international law*, 34 Harv. J.L. & Gender 313, 2011.
- RUBENFELD, Jed, *The right of privacy*, 102 Harv L. Rev. 737, 1989.
- SANDERS, Douglas, *Out at the UN*. In, *Vulnerable and marginalized groups and human rights*. Edited by David Weissbrodt and Mary Rumsey, An Elgar Research Collection, Cheltenham 2011.
- SPINDELMAN, Marc, *Simposium: Catharine, Mackinnon, Gay men and sex equality*, 46 Tulsa L. Rev. 123, 2010.
- VALDES, Francisco, *Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys: Deconstructing the conflation of "sex", "gender", and "sexual orientation" in Euro-American law and society*. 1994 California Law Review. Inc., 83 Calif. L. Rev. 3.
- WINTEMUTE, Robert, *Sexual orientation and human rights, The United States Constitution, the European Convention, and the Canadian Charter*, Clarendon Press, Oxford 1995.
- YOSHINO, Kenji, *Covering*, 111 Yale L.J. 769, 2013.