



COLECCIÓN
CENTENARIO

ESCUELA LGB+: EL DERECHO A UN CURRÍCULO EDUCATIVO NACIONAL CON DIVERSIDAD DE ORIENTACIÓN SEXUAL

Bruno Doig Gonzales Ofoya



FACULTAD DE
DERECHO



PUCP

ESCUELA LGB +:
EL DERECHO A UN CURRÍCULO EDUCATIVO NACIONAL CON
DIVERSIDAD DE ORIENTACIÓN SEXUAL

Colección Centenario

Comité Editorial:

Alfredo Villavicencio Ríos (Director)

Elena Alvites Alvites

Renzo Vito Salvador Florian

**ESCUELA LGB +:
EL DERECHO A UN CURRÍCULO
EDUCATIVO NACIONAL CON
DIVERSIDAD DE ORIENTACIÓN
SEXUAL**

Bruno Doig Gonzales Otoya



**FACULTAD DE
DERECHO**



PUCP

Escuela LGTB+: el derecho a un Currículo Educativo Nacional con diversidad de orientación sexual

© Bruno Doig Gonzales Otoyá, 2020

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020

Facultad de Derecho

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú.

Teléfono: (51 1) 626-2000 / 5660

www.facultad.pucp.edu.pe/derecho

Diseño de cubierta: Ronald Andia

Corrección de estilo y cuidado de la edición: José Luis Carrillo M.

Diagramación de interiores: Tarea Asociación Gráfica Educativa

Primera edición: diciembre de 2020

Tiraje: 300 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2020-02570

ISBN: 978-612-4440-09-0

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5

Publicado en diciembre de 2020

Agradecimientos

Estas decenas de miles de palabras tienen que empezar con las gracias a mi mamá y a mi papá, Myrna y Virgilio, por las mejores herencias: la vida, el amor y la educación. A Simo y Lichi, por los sábados de pollo frito y *Cinescape* y a Chacho y Marilú por, luego, los domingos de estofadito y *Peppa the pig*. A mis tías y primas por los desayunos y lonches de locuras y anécdotas. A Alejo, Christian, Elmis, los Ozmuz, los Oda y mis amigos seminaristas, por una niñez bastante memorable. A la gente del T y los viernes de rocola y rapsodia bohemia. Al Metal y a Joan por los viacrucis musicales. A los peores, porque siempre odiamos a los abogados. A los amigos de befehémás, los que fueron y los que son, por el *panem et circenses*. Y finalmente a Pedro, por evitar que diga tantas estupideces. Perdón por las que quedaron. Todos ustedes me han hecho posible y a esta tesis.

Contenido

Introducción	15
CAPÍTULO 1: Un discurso jurídico con base en el derecho a la igualdad y el derecho a la educación en la Constitución Política del Perú de 1993	19
1.1. Argumentación sobre derechos fundamentales desde la Constitución Política del Perú de 1993	20
1.1.1. La Constitución Política del Perú en el marco del constitucionalismo de los derechos	20
1.1.2. Argumentación constitucional	30
1.1.3. Concepto de derechos fundamentales en la Constitución Política del Perú de 1993	48
1.1.4. Conclusión	56
1.2. Derecho a la igualdad de dignidad, trato y respeto en la Constitución Política del Perú	57
1.2.1. La igualdad de dignidad, trato y respeto en la teoría moral y política contemporánea de la democracia liberal	60
1.2.2. La igualdad formal y el test de discriminación clásico	64
1.2.3. La discriminación por motivos constitucionalmente prohibidos	70
1.2.4. La discriminación indirecta	74
1.2.5. La discriminación sin parámetro de comparación	78
1.2.6. Conclusión	84
1.3. El derecho a la educación en la Constitución Política del Perú de 1993	85
1.3.1. Los derechos sociales en la Constitución Política del Perú de 1993	86

1.3.2. El derecho a la educación desde la teoría moral y política de la democracia liberal	95
1.3.3. Contenido constitucional del derecho a la educación	99
1.3.4. Relación entre el derecho a la educación y el derecho a la igualdad y no-discriminación	113
1.3.5. La libertad de los padres de elegir la educación de sus hijos	123
1.3.6. El margen de apreciación del Parlamento y el Gobierno en la regulación de la educación	127
1.3.7. Conclusión	131
1.4. Conclusiones	133
CAPÍTULO 2: La producción y reproducción de la discriminación por orientación sexual en la escuela	137
2.1. ¿Qué es la diversidad sexual?	138
2.1.1. Aproximaciones teóricas contemporáneas para la explicación de la diversidad sexual	139
2.1.2. Aspectos centrales para el tratamiento y estudio de la sexualidad	151
2.1.3. El desarrollo del niño y la orientación sexual	163
2.1.4. La sexualidad humana es diversa, y ello es normal	164
2.2. La discriminación por orientación sexual en la sociedad occidental contemporánea a la luz de su tratamiento legal internacional	167
2.2.1. Violencia con motivo de la orientación sexual	169
2.2.2. Falta de reconocimiento legal de familias por motivo de la orientación sexual de los padres	180
2.2.3. Discriminación laboral	190
2.2.4. La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación en la Constitución peruana	194
2.2.5. Conclusión: aún existe una brecha de protección por cubrir	169
2.3. La discriminación por orientación sexual en la escuela	197

2.3.1. La discriminación por orientación sexual en la escuela	201
2.3.2. La reproducción de la discriminación por orientación sexual de la escuela hacia la sociedad	211
2.3.3. El currículo formal como agente de reproducción de la discriminación por orientación sexual	214
2.3.4. Conclusión	221
2.4. El currículo inclusivo como agente de cambio para la erradicación de la discriminación por orientación sexual desde la escuela	222
2.4.1. Experiencias de cambio desde la escuela	222
2.4.2. El currículo inclusivo como agente de cambio	227
2.4.3. ¿El Currículo Educativo Nacional peruano es discriminatorio respecto a la orientación sexual?	238
2.4.4. Conclusión: la educación inclusiva y, en particular, un currículo inclusivo, son necesarios, mas no suficientes, para erradicar la discriminación por orientación sexual	249
2.5. Conclusión	250
 CAPÍTULO 3: El derecho a un currículo inclusivo para las personas LGB	255
3.1. El Currículo Educativo Nacional en el marco del derecho a la educación y el derecho a la igualdad	256
3.2. El currículo inclusivo es un requerimiento del derecho a la igualdad en dignidad, trato y respeto	259
3.2.1. La ausencia de un currículo inclusivo es un trato desfavorable discriminatorio para la dignidad de los niños LGB	260
3.2.2. El currículo que no incluye, o incluye mal, contenidos educativos sobre diversidad sexual y no discriminación por orientación sexual significaría discriminación indirecta entre niños heterosexuales y los niños no-heterosexuales	271

3.3. El currículo inclusivo es necesario para cumplir los mandatos constitucionales requeridos por el derecho a la educación	282
3.3.1. El currículo inclusivo es necesario para el desarrollo de los niños en adultos autónomos	282
3.3.2. El currículo inclusivo es necesario para la formación cívica y ética en derechos humanos	288
3.4. El currículo inclusivo en conflicto con otros principios constitucionales	291
3.4.1. ¿Pueden oponerse los padres al contenido sobre diversidad de orientación sexual?	291
3.4.2. ¿Tiene discreción el Estado para decidir no implementar un currículo inclusivo?	299
3.5. Conclusiones	305
Conclusiones generales	307
Bibliografía	315

*Unser Ziel ist nicht, ineinander überzugehen,
sondern einander zu erkennen und einer
im andern das sehen und ehren zu lernen,
was er ist: des anderen Gegenstück und
Ergänzung.*

HERMANN HESSE. *NARZISS UND GOLDMUND*

*I don't know who you are. Or whether you're
a man or a woman. I may never see you or
cry with you or get drunk with you. But I love
you. I hope that you escape this place. I hope
that the world turns and that things get better,
and that one day people have roses again. I
wish I could kiss you.*

ALAN MOORE. *V FOR VENDETTA*

Introducción

Este trabajo tiene como propósito determinar si a partir de la Constitución Política del Perú de 1993 se puede justificar la existencia de un mandato del Estado para implementar un Currículo Educativo Nacional que incluya temática sobre diversidad sexual orientada a erradicar la discriminación por orientación sexual en y desde la escuela. Las páginas que siguen demuestran que sí existe tal mandato.

Esta investigación se inició a finales de 2015, cuando aún estaba vigente el Diseño Curricular Nacional de 2009, muy tibio en el enfoque de igualdad de género y con nula mención al concepto de orientación sexual. No se podía prever la actualidad que vendría a adquirir el problema luego de que, en 2016, se aprobara un nuevo Currículo Educativo Nacional que, incluso manteniendo la tibieza en el tratamiento de la diversidad sexual, se convertiría en el blanco de oposición de un gran movimiento social en el Perú, contrario a los derechos de muchas personas y a lo que, para muchos niños LGB+ y futuros adultos, se podría convertir en el primer paso para lograr mayores libertades en búsqueda de su felicidad.

Precisamente, un derecho fundamental es aquel cuya adjudicación no puede ser dejada en manos de las mayorías, porque concierne a lo más preciado de la dignidad del ser humano. El problema que este trabajo se planteó fue determinar si la educación inclusiva, y en particular un currículo contra la discriminación por orientación sexual, puede ser dejada en manos de la mayoría; es decir, si puede justificarse un mandato fundamental del Estado. La hipótesis que se propuso fue que sí es posible justificar un mandato fundamental del Estado para implementar un Currículo Educativo Nacional que incluya

transversalmente temática sobre diversidad sexual orientada a erradicar la discriminación por orientación sexual en y desde la escuela.

Para validar la hipótesis, el primer capítulo va un paso hacia atrás y busca determinar cuál es el método para justificar una posición sobre derechos fundamentales a partir del derecho a la igualdad y a partir del derecho a la educación, reconocidos explícitamente en la Constitución peruana. El capítulo se inicia con el estudio de las formas y razonamientos sobre derechos fundamentales en el marco del constitucionalismo contemporáneo de los derechos. Luego, se aplican dichas formas y razonamientos para estudiar las premisas generales del derecho a la igualdad de dignidad de trato y respeto, y para estudiar las premisas generales del derecho a la educación.

En el segundo capítulo se identifica el estado de la cuestión con respecto a la discriminación por orientación sexual en la escuela. Este estudio no puede partir sino desde el entendimiento de qué es la orientación sexual. Luego, se expone el marco general en el que se ha manifestado en el mundo la discriminación por motivo de orientación sexual y cómo han respondido las normas internacionales y nacionales, así como la jurisprudencia para proteger los derechos fundamentales involucrados. A continuación, corresponde circunscribir el análisis a la discriminación en la escuela y específicamente en el currículo escolar. Finalmente, el capítulo busca concluir con las propuestas de solución a la problemática tratada en y desde la escuela. En este marco se expone, desde la teoría de la educación multicultural, qué es un currículo inclusivo y qué funciones cumple en la eliminación de la discriminación por orientación sexual. Y, sobre esa base, se analiza el currículo escolar peruano.

El tercer capítulo es el resultado de las conclusiones de los dos primeros capítulos. A partir de las premisas del derecho a la igualdad de dignidad, trato y respeto se demuestra que dicho principio exige la elaboración e implementación de un currículo

lo inclusivo. Asimismo, a partir de las premisas del derecho a la educación, se demuestra que el principio en cuestión exige también la elaboración e implementación de un currículo inclusivo. Finalmente, aplica un argumento de ponderación para demostrar, en abstracto, que los principios de discrecionalidad de los padres para dirigir la educación de sus hijos y la discrecionalidad legislativa y administrativa del Estado democrático, en principio, no deberían limitar el derecho a acceder a un currículo inclusivo.

Antes de proseguir, deben anotarse dos limitaciones del trabajo. Primero, se decidió acotar el estudio al currículo educativo formal para permitir una investigación suficientemente exhaustiva. Por supuesto, un cambio formal no basta para solucionar un problema social como la discriminación por orientación sexual en la escuela, pero sí es un primer paso ineludible, al ser el currículo la columna vertebral del sistema escolar. Segundo, se excluyó del foco del estudio la identidad de género, debido a que la amplia problemática y temática asociada impediría lograr la exhaustividad debida, teniendo en cuenta los límites de esta investigación.

CAPÍTULO 1

Un discurso jurídico con base en el derecho a la igualdad y el derecho a la educación en la Constitución Política del Perú de 1993

El objetivo de este capítulo es identificar las premisas generales de derecho constitucional a partir de las cuales se pueda analizar la validez de la hipótesis de este trabajo. Para corroborar una hipótesis relativa al contenido de derechos fundamentales y los mandatos estatales asociados a ellos resulta necesario determinar la forma de presentar la justificación y establecer las premisas generales para construir el discurso.

Con ese fin, en el acápite 1.1 se comienza por identificar cuáles son las reglas y las formas válidas para verificar una hipótesis sobre el contenido de un derecho fundamental. Primero, se ubica la Constitución peruana en el paradigma del Estado constitucional contemporáneo, subsunción que resulta fundamental para entender cómo construir razonamientos sobre derechos y normas fundamentales. Segundo, se determinan las formas y reglas para construir un razonamiento válido sobre derechos fundamentales. En realidad, este acápite establece la estructura del argumento central de este trabajo. Tercero, se define qué son los derechos fundamentales en el Perú.

Lo que sigue es identificar el estado de la cuestión respecto a dos derechos fundamentales reconocidos por la jurisprudencia nacional y a cuyas premisas es necesario recurrir para comprobar la hipótesis de este trabajo: en el acápite 1.2 se trata el derecho a la igualdad de dignidad, trato y respeto, y en el acápite 1.3, el derecho a la educación.

Con respecto al derecho a la igualdad, la primera tarea consiste en reconstruir cuál es su tratamiento y definición desde la teoría política y moral. Es necesario adelantar que la interpre-

tación de los derechos, en la mayoría de casos, deberá recurrir a razonamientos morales o prácticos para dotar de contenido a los principios contenidos en la Constitución. En esa línea, lo que sigue es un diálogo con la interpretación jurisprudencial del *test* que se debe llevar a cabo para establecer si en un caso se ha vulnerado este derecho. Se recurre principalmente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a jurisprudencia comparada que contenga principios universalizables y cierta doctrina pertinente.

El capítulo concluye con un estudio del derecho a la educación. Este se ubica dentro de la categoría de los derechos sociales. Al igual que en el caso de la igualdad, el derecho a la educación debe ser estudiado a partir de la teoría política y moral que permita reconstruir su contenido de forma válida. El derecho a la educación es un complejo de derechos de prestación, de libertad y mandatos de organización, que en muchos casos colisionan. Para el establecimiento de las premisas necesarias con el fin de comprobar la hipótesis sigue igualmente un diálogo entre el desarrollo jurisprudencial del derecho y la teoría política y moral.

1.1. Argumentación sobre derechos fundamentales desde la Constitución Política del Perú de 1993

1.1.1. La Constitución Política del Perú en el marco del constitucionalismo de los derechos

El concepto de «constitucionalismo» o «Estado constitucional» puede referirse tanto a (i) el modelo y paradigma de las Constituciones contemporáneas, así como a (ii) la teorización respecto a este tipo de Constituciones (Atienza, 2013, p. 29; Prieto Sanchís, 2002, pp. 109-110; Hernando Nieto, 2008, 328-329). Ahora bien: este paradigma es el ideal de lo que en la realidad se trata de un proceso o transformación que ha sido denomina-

do por el profesor Guastini como «constitucionalización del ordenamiento jurídico» (2010, p. 155). Este se caracteriza porque «el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” de las normas constitucionales» (Grández Castro, 2010, p. 19; Landa Arroyo, 2003). Si bien su entendimiento tradicionalmente se refiere al cambio de paradigma europeo, el constitucionalismo puede trazar sus raíces hasta la tradición de los Estados Unidos de América.

En Norteamérica, la independencia de las trece colonias en 1776 significó el establecimiento de la primera —y la más antigua— Constitución, en sentido contemporáneo, del mundo. En la tradición norteamericana, los derechos de los hombres no son creados por el Estado a través de la ley, sino que preexisten al Estado, y es el juez el poder neutral llamado a garantizarlos como aquello que está fuera del alcance de aquel. La Constitución bebe de esta filosofía humanista y es su cristalización. Esta tradición político-legal sería asimilada en la posguerra por las Constituciones europeas. El actual constitucionalismo de los derechos es entonces el producto de la impregnación del derecho constitucional europeo por el derecho estadounidense (Grández Castro, 2010, pp. 25-39; Landa Arroyo, 2003).

En Europa, desde las revoluciones burguesas vinculadas a la Revolución francesa en los siglos XVIII y XIX, hasta la Segunda Guerra Mundial, el paradigma de ordenamiento jurídico era el Estado de derecho liberal (Zagrebelky, 2011, p. 24). Este se caracterizó por privilegiar la soberanía del legislador y de la ley, lo cual implicaba la subordinación del juez a esta. El juez debía actuar únicamente como boca de la ley. Igualmente, significó la aceptación del positivismo jurídico, teoría que concibió el derecho únicamente como el conjunto de normas válidamente aprobadas pero totalmente desvinculadas de la moral (Zagrebelky, 2011, pp. 23-24; Habermas, 1996, pp. 244-245; Wróblewsky, 1992, pp. 273 *et seq.*).

En el modelo del Estado de derecho liberal europeo, la Constitución contenía únicamente la «organización del poder» y

la «norma de las normas». Es decir, fungió de norma de carácter formal que debía establecer las atribuciones y competencias de los organismos del Estado y los procedimientos para la producción de legislación válida (Pozzolo, 2011, pp. 164-165; Prieto Sanchís, 2002, pp. 114-115).

Luego de la Segunda Guerra Mundial se produjo un cambio de paradigma en las Constituciones de Europa y, aparejado a ello, en la teoría constitucional. Esta nueva concepción se conoce actualmente como constitucionalismo o paradigma del Estado constitucional, en contraposición al Estado de derecho (Atienza, 2013, p. 29; Prieto Sanchís 2002, pp. 109-110). Ello resulta de la asimilación del constitucionalismo estadounidense en Europa (Grández Castro, 2010, p. 19; Landa Arroyo, 2003).

En el Estado constitucional, la Constitución deja de fungir únicamente como norma de carácter formal que establece las atribuciones de las entidades estatales y se convierte en una norma con contenido sustancial que otorga derechos y garantías a los ciudadanos (Pozzolo, 2011, pp. 164-165; Prieto Sanchís, 2002, pp. 114-115). La profesora Pozzolo señala al respecto:

El constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. Si la primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidad (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento de la existencia de las normas, esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial). O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no solo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones. [...] El resultado

es una alteración interna del modelo positivista clásico que, como se ha visto, ha afectado tanto al derecho como a los discursos sobre éste, es decir, a la jurisdicción y a la ciencia del derecho. En efecto, la estricta legalidad, precisamente porque condicionada por los vínculos de contenido que le imponen los derechos fundamentales, ha introducido una dimensión sustancial tanto en la teoría de la validez como en la teoría de la democracia, produciendo una disociación y una virtual divergencia entre validez y vigencia de las leyes, entre deber ser y ser del derecho, entre legitimidad sustancial y legitimidad formal de los sistemas políticos. (2011, pp. 20-21)

En los Estados Unidos se garantiza jurisdiccionalmente los derechos del individuo frente a la mayoría: es una tradición liberal e individualista. Por su parte, sería la tradición constitucional de Europa continental la que ha aportado la inclusión de programas de contenido social en las normas fundamentales (*i.e.*, verdaderos derechos para el ciudadano), así como un tribunal constitucional por encima de la judicatura ordinaria. «El neoconstitucionalismo reúne elementos de estas dos tradiciones: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. [...] En pocas palabras, el resultado puede resumirse así: una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces» (Prieto Sanchís, 2002, pp. 114-115).

En ese sentido, y a partir de la doctrina, advirtiendo de la existencia de diversos matices entre autores, es posible destacar tres características centrales en el modelo constitucionalista contemporáneo (Hernando Nieto, 2008, 330-331):

1. Constitución moral: frente a la decimonónica separación entre la moral y el derecho, las constituciones contemporáneas se caracterizan por incluir una lista de principios/

valores morales de origen plural que componen su contenido material y a los cuales debe ajustarse la actuación del Estado y las personas (Pozzolo, 2011; Prieto Sanchís, 2002; Dworkin, 2011, pp. 405, 407 y 414). Por ejemplo, la libertad, la igualdad y la vida son valores morales en tanto consideraciones de lo que es bueno. Son principios morales en tanto mandatos prácticos de lo que se debe hacer. Luego, estos se han convertido en normas jurídicas constitucionales al ser incluidos en los programas constitucionales contemporáneos (Alexy, 1993, pp. 138-172; Bogdandy, Morales Antoniazzi & Ferrer Mac-Gregor, 2017, p. 44).

2. **Constitución sustantiva:** el legislador, que representa la democracia o la voluntad popular, actualmente no solo debe preocuparse por producir normas de acuerdo con el procedimiento formal establecido en la Constitución. En el paradigma del Estado constitucional existen una serie de normas materiales que se condicen con los valores morales de una sociedad plural, a las que debe ajustarse cualquier decisión del legislador (Pozzolo, 2011, pp. 164-165; Prieto Sanchís, 2002, pp. 114, 115, 121; Zagrebelsky, 2011, p. 94). Esa proposición ha llevado al profesor Ferrajoli a diferenciar la vigencia de una norma asociada a su legitimidad jurídica formal o cumplimiento de procedimientos establecidos para su emisión, de la validez de una norma vinculada a su legitimidad jurídica sustancial derivada de su contenido (2011, p. 359).
3. **El juez es el garante de la Constitución:** en la medida en que la Constitución contiene una serie de normas de contenido material, basadas en principios/valores morales, a las cuales debe ajustarse la función legislativa, es el juez quien decide cómo aplicar la Constitución al caso concreto. El juez ha recuperado u obtenido un rol de poder efectivo que controla al Legislativo (Atienza, 2013, p. 29; Pozzolo, 2011, pp. 164-165; Prieto Sanchís, 2002, pp. 114, 115). Sobre esto, la profesora Pozzolo señala:

El juez de las leyes resulta la gran novedad institucional de la post-guerra y una de las principales características de las constituciones contemporáneas. Este órgano tiene la tarea de «garantizar la Constitución» contra leyes que resulten incompatibles con aquella; sin embargo, la actividad desplegada por las cortes constitucionales es más amplia y penetrante ya que no se limita a la anulación de las leyes y al rol de «legislador negativo», sino que fuerza a la ley a adaptarse a los contenidos de la Constitución. (2011, p. 29)

Tales características han derivado también en una nueva forma de entender ciertas normas constitucionales y de resolver casos de esta naturaleza, según explicamos a continuación:

- 1. Colisión de normas constitucionales:** la existencia de un contenido material de carácter fundamental y de carácter general que busca responder a las necesidades de una sociedad plural ha conllevado que los casos constitucionales deriven en colisiones o conflictos de normas constitucionales. Las disposiciones constitucionales tienen un carácter particularmente indeterminado (Guastini, 2015, p. 2031). Asimismo, los valores que representan derivan de distintas perspectivas morales y de grupos presentes en la sociedad (Zagrebelsky, 2011, p. 14). De ahí que estas normas tiendan a colisionar. Existe una pluralidad de valores positivizados en disposiciones de carácter general que colisionan en casos concretos, los cuales deben ser resueltos por el juez constitucional (Pozzolo, 2011, pp. 164-165; Prieto Sanchís, 2002, p. 121).
- 2. Ponderación y la regla del peso:** de acuerdo con la teoría jurídica clásica, la contradicción de normas se denomina «antinomía» y se resuelve mediante la invalidación de una de las normas en conflicto, sobre la base de criterios clásicos como *lex generalis* o *lex posterioris* (Prieto Sanchís, 2002,

p. 125). Esto no resulta aceptable en una Constitución, que precisamente busca mantener un pluralismo axiológico. Por ello, dichas técnicas han cedido paso a la de la ponderación, que privilegia la norma que tiene más peso argumentativo en un caso concreto, sin invalidar a la otra (Pozzolo, 2011, pp. 164-165; Prieto Sanchís, 2002, p. 121; Zagrebelsky, 2011, p. 14). A esta técnica regresaremos con más detalle en un acápite posterior.

El profesor Zagrebelsky es muy claro al señalar el porqué de la necesidad de convivencia y validez de las normas que colisionan:

La asunción del pluralismo en una Constitución democrática es simplemente una propuesta de soluciones y coexistencias posibles, es decir, un «compromiso de las posibilidades» y no un proyecto rígidamente ordenador que pueda asumirse como un a priori de la política con fuerza propia, de arriba hacia abajo. [...] La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. (2011, p. 14)

3. Constitución de principios: por su carácter indeterminado, por su derivación de las normas morales y la variación de su alcance para cada caso concreto en virtud de la aplicación de la ponderación, el común de las normas constitucionales ha sido caracterizado como «principios» en oposición a las tradicionales «reglas». El profesor Alexy señala al respecto:

[E]l punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización

mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. (2004, p. 164)

A partir del análisis de dichas características, la Constitución Política del Perú de 1993 puede ser agrupada en el paradigma del constitucionalismo contemporáneo (Landa Arroyo, 2013):

1. La Constitución Política del Perú es una *Constitución sustantiva*. No solo contiene la organización del poder estatal, las competencias de las entidades y los procedimientos para la producción legislativa, sino también una serie de normas materiales que regulan distintos aspectos de la sociedad. El ejemplo claro son los artículos 1 al 3, que establecen la dignidad de la persona como el fin supremo del Estado, así como una lista *numerus apertus* de derechos fundamentales. A continuación sigue una serie de normas que regulan la familia, el trabajo, la salud, la educación, la propiedad, la economía, el medio ambiente y demás.
2. La Constitución Política del Perú incluye *contenido moral*. En el contenido material de la Constitución se encuentra un abanico de derechos fundamentales de los ciudadanos inspirados en valores morales: libertad, igualdad, vida, salud, integridad, debido proceso, etcétera. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente en respaldo de esta posición:

[S]i bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal

y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución). (Expediente N° 1417-2005-PA/TC, ¶ 2)

Ninguna sociedad que se precie de mantener una sólida identidad con el bien común, puede soslayar que la Norma Fundamental encierra todo un complejo cultural, en el que es posible identificar un «mínimo común axiológico», esto es, el punto de encuentro entre los valores básicos de la comunidad. [...] Los fundamentos axiológicos de la Constitución —cuyo presupuesto ontológico es la dignidad de la persona humana (artículo 1º)—, son la expresión y la propia proyección de nuestra comunidad. De ahí su importancia; y la necesidad inexorable de reconocerlos, desarrollarlos y ubicarlos en el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales.

En efecto, el núcleo duro de los derechos fundamentales, más allá de la materia concreta sobre la que versen, y al margen de la técnica ponderativa que pueda aplicárseles, está imbuido de los valores superiores de nuestro orden constitucional. Y es que un derecho fundamental desprovisto de la raigambre ética que debe transitar nuestro sistema cultural, poco tendrá siquiera de «derecho», pues estará condenado al repudio social. (Expediente N° 0008-2003-AI/TC, ¶ 5)

3. El *juez es garante de la Constitución*. El artículo 138 es muy claro en recoger el principio de primacía de la Constitución, por el que «[e]n todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera». El artículo 44 de la Constitución establece que es un deber primordial del Estado «garantizar la plena vigencia de los derechos humanos», y el artículo 51 señala que «[l]a Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente». La soberanía del Legislativo, la

autoridad de la Administración e incluso las decisiones de la Jurisdicción se encuentran sometidas a las normas constitucionales. Para garantizarlo, el título V de la Constitución otorga a los ciudadanos y diversas entidades acción para preservar la supremacía constitucional y garantizar sus derechos fundamentales ante la jurisdicción constitucional. Esta última tiene su máxima autoridad en el Tribunal Constitucional.

4. Es posible señalar que la Constitución Política del Perú contiene *normas principios*, a pesar de que la jurisprudencia constitucional no ha sido dogmáticamente prolija ni uniforme al respecto. El común de los casos no puede ser —ni ha sido— resuelto mediante el razonamiento silogístico o de subsunción ni mediante la invalidación de normas constitucionales frente a casos de antinomias. Por el contrario, el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de colisiones de normas constitucionales en su amplia jurisprudencia y ha señalado su necesaria coexistencia, que en los casos concretos se resuelve mediante la aplicación de la técnica de la ponderación (Expediente N° 02370-2007-PA/TC, ¶¶ 8-20; Expediente N° 1209-2006-PA/TC, ¶ 54; Expediente N° 2192-2004-AA, ¶ 18; Expediente N° 03869-2012-PA/TC, ¶¶ 10-11). Sin perjuicio de ello, en la jurisprudencia más cercana al año 2000, el Tribunal Constitucional ha preferido aplicar las técnicas de la interpretación del contenido esencial (Expediente N° 1417-2005-PA/TC, ¶¶ 20-22; Expediente N° 03850-2011-PA/TC, ¶ 3; Expediente N° 1013-2003-HC/TC, ¶ 6) y el principio de concordancia práctica (Expediente N° 1013-2003-HC/TC, ¶ 6; Expediente N° 5854-2005-PA/TC, ¶ 12; Expediente N° 5033-2006-PA/TC, ¶ 18; Expediente N° 00053-2004-PI/TC, § 5). En ciertos casos, ha aplicado todas estas técnicas, pese a que algunas se fundan en concepciones contrarias de la Constitución: la ponderación de un derecho dúctil y la concordancia práctica de un derecho fijo.

Entonces, considerando que la Constitución Política del Perú de 1993 y su aplicación cumplen con las propiedades que caracterizan a los ordenamientos que siguen el paradigma del constitucionalismo contemporáneo, es claro que el ordenamiento peruano es un ordenamiento jurídico que se enmarca en tal constitucionalismo contemporáneo.

1.1.2. Argumentación constitucional

En la misma medida en que la función jurisdiccional ha cobrado un papel central en el paradigma del Estado constitucional, la investigación respecto a la validez y a la justificación de las decisiones jurisdiccionales ha cobrado también un papel importante a partir de la década de 1970 (Feteris, 1999, pp. 5-6, 13-14). Sobre el particular, Manuel Atienza destaca las obras de Robert Alexy y Neil MacCormick como la teoría estándar de la argumentación jurídica (Atienza, 2005, p. 203).

Un primer aspecto discutido entre los investigadores de la argumentación jurídica es la tesis de la respuesta única (Prieto Sanchís, 2002, p. 126), que propone que para cada caso jurídico existe una única solución correcta. La tesis más fuerte señala que siempre es posible encontrarla; la moderada, que ello no es siempre posible; y la débil, que nunca es posible encontrarla (Aarnio, 1987, pp. 159-161).

Autores como Aulis Aarnio (1987, p. 165), Jerzy Wróblewsky (1992, p. 255) y Neil MacCormick (2003, pp. 5-6, 265) niegan la tesis de la respuesta única, en la medida en que cada decisión toma como punto de partida cierta posición moral, cierta escala de valores y ciertos criterios epistémicos sobre los cuales no es posible llegar a un consenso y a los que, mucho menos, se les puede atribuir una corrección universal. En la misma línea, Robert Alexy señala que el discurso jurídico puede aspirar únicamente a decisiones argumentadas de forma correcta antes que a la captación de la verdad jurídica única. Sobre el particular, indica:

El discurso iusfundamental es un procedimiento argumentativo en el que [de] lo que se trata es de lograr resultados iusfundamentales correctos sobre la base presentada. Como la argumentación iusfundamental está determinada solo de manera incompleta por su base, la argumentación práctica general es un elemento necesario del discurso iusfundamental. Esto significa que el discurso iusfundamental, al igual que el discurso jurídico en general, comparte la inseguridad de resultado del discurso práctico general. Por lo tanto, es inevitable la apertura del sistema jurídico provocada por los derechos fundamentales. Pero es una apertura de tipo calificado. No se trata aquí de una apertura en el sentido de arbitrariedad o de la mera decisión. La base presentada confiere a la argumentación iusfundamental una cierta firmeza y, a través de las reglas y formas de la argumentación práctica general y de la argumentación jurídica, la argumentación iusfundamental que se lleva a cabo sobre esta base es estructurada racionalmente. (1993, p. 553)

La negación de la tesis de la respuesta única se ubica en el paradigma contemporáneo de la posmetafísica. La cultura, la economía y la política son reconocidas actualmente como condicionantes de los juicios emitidos por las personas. Ello niega la existencia y la posibilidad de encontrar verdades absolutas y universales. El mundo de la posmetafísica se caracteriza por el pensamiento débil, por el cual toda posición o juicio se reconoce como limitado y abierto al diálogo.

Es en este marco que la teoría de la argumentación jurídica ha cobrado importancia, especialmente en el derecho constitucional, en el que se deben discutir y conciliar valores supremos de justicia que responden a diferentes culturas o mundos de vida propios de las sociedades plurales actuales. En la posmetafísica se reconoce que el juez no puede encontrar una verdad jurídica absoluta, sino que su pretensión se reduce a presentar un razonamiento correctamente justificado.

En la medida en que este trabajo busca fundamentar la adscripción de ciertas normas concretas de derechos fundamentales relativas a la igualdad y el derecho a la educación, se trata de un discurso académico de *justificación externa*.¹ En la teoría de la argumentación jurídica, las reglas de la justificación externa son aquellas que permiten argumentar con una pretensión de corrección la existencia de las premisas con base en las cuales se puede sustentar una conclusión jurídica (Atienza, 2013, p. 31; Alexy, 1989, pp. 222-228). El profesor Alexy destaca que los argumentos y reglas de justificación externa se pueden clasificar en reglas y formas de interpretación de la ley, argumentación dogmática, uso de precedentes, razonamientos prácticos, razonamientos empíricos y argumentos legales especiales como la analogía (Alexy, 1989, pp. 231-232; cfr. Alexy, 1993, p. 533).

La fuente por excelencia del derecho constitucional es el texto de la Constitución vigente. La interpretación constitucional, entonces, es el método de justificación externa por excelencia. Esto se funda en el principio democrático por el que resulta necesario respetar las decisiones institucionales de la sociedad para ordenarse a sí misma.

Analicemos algunos puntos relevantes sobre la interpretación. De acuerdo con Dworkin, la interpretación es una práctica por medio de la cual las personas armonizan sus valores para que estos últimos se conviertan en una red coherente que sostenga

1 Se contraponen tradicionalmente a la justificación interna como criterio de corrección del discurso judicial en determinados casos. La justificación interna requiere que la conclusión se siga a partir de sus premisas, por lo que las reglas pertinentes a aquella son reglas lógicas de deducción. Esta forma lógica asegura el principio de universalidad que permite aplicar la misma regla a todos los casos iguales (Wróblewsky, 1992, pp. 209-211, 255; Aarnio, 1987, pp. 189-190). A partir de ello, el profesor Alexy señala cómo las reglas de la justificación interna tratan en realidad de las reglas y formas de la justicia formal, en la medida en que aseguran la igualdad de trato y dignidad entre las personas en la aplicación del derecho (1989, pp. 221-228).

una posición (2011, p. 101). La interpretación constitucional es entonces la armonización de principios que permiten sostener una afirmación respecto a qué exige la Constitución (Dworkin, 2011, p. 402; 1986, p. 355 *et seq.*).

La Constitución recoge diversos principios, mandatos de optimización que requieren su concreción en la mejor medida posible. Lo cierto es que el texto constitucional es un conjunto de disposiciones de carácter general tales como «vida», «dignidad» y «libertad», a partir de las cuales deben resolverse casos complejos como si es constitucional que un tercero acabe con la vida de un paciente en estado vegetal.

Para que a partir de tales premisas constitucionales se puedan resolver casos reales, el operador jurídico deberá plantear y justificar normas más concretas que se deriven de los principios. Estas normas son las denominadas normas implícitas o normas adscritas (Alexy, 1993, pp. 71-73). El profesor Barak señala que este proceso trata de la interpretación de derechos derivados de derechos fuentes recogidos en el texto de la Constitución (2017, pp. 75-77). En el marco de la justificación externa a partir de la interpretación de la Constitución, la labor principal del operador constitucional consiste, entonces, en justificar una determinada norma adscrita a partir de las disposiciones de la Constitución. La justificación de dichos principios está además fundada, en sí misma, también en principios. Veamos con mayor detalle este punto.

Tradicionalmente, los criterios de interpretación jurídica son el método literal, el método sistemático, el método genético y el método teleológico (Wróblewsky, 1992, pp. 97 *et seq.*; Alexy, 1989, pp. 234-235). Detrás de estos métodos subyace una oposición histórica entre una ideología estática y una ideología dinámica de la interpretación. No se trata sino de una discusión respecto a los principios de moral política que deben guiar la interpretación. En la discusión estadounidense esta oposición es sustancialmente la misma que la correspondiente al originalismo/evolucionismo (Guastini, 2015, p. 2017).

La *concepción estática u originalista* de la interpretación sostiene que los operadores jurídicos se encuentran vinculados por la voluntad del constituyente original. Es decir, al buscar el significado de los términos de la Constitución, se debe atender a las circunstancias y al contexto del momento en que se aprobó su texto para entender qué es lo que buscaban y lo que quisieron decir las personas que lo redactaron, discutieron y votaron. Para ello se acude primero a los métodos literal y sistemático, para luego recurrir al método genético/histórico que implica la revisión de los trabajos preparatorios de la Constitución, los diarios de debates y otros documentos contemporáneos que permitan plantear una hipótesis interpretativa coherente (Wróblewsky, 1992, p. 108; Guastini, 1999, pp. 50 *et seq*).

El profesor Wróblewsky relaciona esta concepción con la ideología de la *bound judicial decision-making*, la cual sostiene que el juez es la «boca de la ley» de acuerdo con el paradigma del Estado de derecho y el positivismo jurídico (1992, pp. 109-110, 273 *et seq*). Asimismo, detrás de esta concepción existen determinados valores que se intenta proteger: la estabilidad y la predictibilidad del sistema legal, así como la estricta separación de poderes, por la que el constituyente es la expresión de la voluntad democrática, mientras que el juez es el aplicador técnico de dicha voluntad popular.

La *concepción dinámica o evolutiva* de la interpretación sostiene que la aplicación del derecho debe adaptarse con el tiempo para atender las necesidades cambiantes de la sociedad. De acuerdo con ello, el sentido de los términos constitucionales no tendría por qué mantenerse apegado a lo que habría querido el constituyente original. El intérprete puede acceder a otros argumentos tales como la interpretación de la voluntad del constituyente actual, a un razonamiento moral, argumentos utilitaristas, entre otros, con base en los cuales podrá construir cuál debe ser la finalidad de la norma en la sociedad contemporánea (Wróblewsky, 1992, pp. 109-110, 273 *et seq*; Guastini, 1999, pp. 50 *et seq*). Todos estos argumentos pueden

agruparse en el método de interpretación teleológica, pues se afirma la existencia de un fin de la norma y se la interpreta a partir de aquel.

En un voto singular del Tribunal Constitucional peruano, la magistrada Ledesma señaló lo siguiente respecto a la interpretación evolutiva:

De este modo, es posible concluir que la labor de interpretar la Constitución desde una perspectiva evolutiva no solo encuentra asidero en nuestro deber de actualizar los contenidos normativos de nuestro texto constitucional de conformidad con las circunstancias actuales, sino que, además, es una práctica que encuentra sólido respaldo en el derecho constitucional comparado e internacional. Dicha labor de actualización de los contenidos protegidos por nuestra norma fundamental es aún más relevante cuando se trata de la protección de las personas que integran grupos minoritarios, ya que ellas suelen encontrarse en una histórica situación de postergación en virtud de las condiciones legales que se les ha impuesto. De ahí que la interpretación de la Constitución, en estos casos particulares, tenga mucha mayor incidencia en la delimitación de sus derechos. (Expediente N° 06040-2015-PA/TC. Voto singular de la Magistrada Marianella Ledesma, ¶ 8)

El profesor Wróblewsky relaciona esta concepción con la ideología de la *free judicial decision-making*, que sostiene que la ley no es un sistema completo y cerrado del cual se puede deducir la solución a todos los casos. En ese sentido, el juez puede basar su decisión en fuentes extralegales tales como la costumbre, la conciencia social o la moral y la justicia, dependiendo de la teoría o variación particular que se adopte. Esta posición fue una reacción inmediata al ultraformalismo de la jurisprudencia producto del positivismo en su versión más extrema del siglo XIX (1992, pp. 109-110, 284 *et seq.*).

¿Qué tipo de interpretación debe primar entonces para que el sentido asignado a una disposición constitucional sea correcto y justificado?

El profesor Aarnio señala que cada uno de los métodos de interpretación puede ser considerado como normas principio, «if one wants to be rational in one's legal discourse, one ought to follow the principles of legal interpretation as long as possible» (1987, p. 97), y que «What is decisive is the reasoning power of the source either on its own or used together with the other sources in this group» (Aarnio, 1987, p. 101). En esa línea, no cabe adoptar un orden de prelación *a priori* por el que un método de interpretación debe preferirse sobre el resto. Deben tenerse en cuenta tanto los criterios textuales como los criterios genético/históricos al igual que el criterio teleológico. En el caso concreto deberá ponderarse, de haber contradicción, cuál debe ser aquel que prime y determine el sentido definitivo de una disposición.

El profesor Wróblewsky señala que en la concepción de la *legal and rational judicial decision-making* que prima desde las últimas décadas del siglo XIX y que se puede equiparar al paradigma del Estado constitucional, se protege el valor de la legalidad y la estabilidad y predictibilidad que otorga. Sin embargo, se reconoce que existen valores éticos subyacentes al sistema legal y a la labor que realiza el juez. La labor del juez es entonces justificar la matriz axiológica del sistema legal en la que se basa para tomar una decisión. Debe justificar los valores que se desprenden del derecho aplicable y sobre la base de los cuales se debe preferir tal o cual interpretación de la ley (1992, pp. 109-110, 307 *et seq*).

De las consideraciones señaladas se desprende que la preferencia por uno u otro método de interpretación es una decisión sobre colisión de principios ético-políticos. En el paradigma del Estado constitucional, la colisión de principios se resuelve mediante un juicio de ponderación. En determinados casos el principio de la estabilidad del sistema será el que goce de más peso y conlleve la preferencia de una interpretación genética o

literal-sistemática. En otros casos, seguir estos últimos métodos podría significar la afectación grave de otro principio, por lo que debería preferirse una interpretación evolutiva. El operador jurídico tiene la carga de justificar la decisión interpretativa/valorativa que adopta.

En última instancia, el operador jurídico realiza un juicio moral previo, necesario e inescapable para determinar qué es lo que se desprende de la Constitución y qué derechos deben ser adjudicados. Esto explica mejor la concepción de la interpretación como armonización de principios que permiten sostener una afirmación.

Sobre el particular, resulta muy pertinente el ejemplo del profesor Dworkin sobre dos abogados que discuten sobre el peso de los precedentes, dependiendo de su antigüedad, en un caso concreto. El abogado que busca restar peso al precedente antiguo indicará que el principio de igualdad ante la ley está detrás y que la distancia temporal entre decisiones cambia las circunstancias, lo cual deriva en la necesidad de aplicar un criterio nuevo. El abogado que defiende el peso del precedente antiguo señalará que no es la igualdad, sino la predictibilidad, lo que justifica el uso de los precedentes. En ambos casos, lo que determinará la solución del caso es la argumentación moral respecto al mayor peso de la igualdad o de la predictibilidad:

But these arguments must include arguments on issues of normative political theory, like the nature of society's duty of equality, that go beyond the positivist's conception of the limits of the considerations relevant to deciding what the law is. The test of institutional support provides no mechanical or historical or morally neutral basis for establishing one theory of law as the soundest. (2013, Kindle locations 1654-1677)

Cualquier ejercicio de justificación externa en la argumentación jurídica no puede escapar, en efecto, de los juicios prác-

ticos o morales. De hecho, el profesor Alexy establece el discurso práctico general, es decir, la argumentación moral, como una forma de justificación externa más (Alexy, 1997, pp. 277 *et seq*). En realidad, la argumentación moral es un presupuesto de toda argumentación jurídica. Detrás de toda afirmación jurídica se presupone la premisa de que se debe cumplir la ley. Y este mandato es prelegal, es una norma moral.

Veamos ahora el estatus de la jurisprudencia y la dogmática como bases para la justificación externa de premisas de derechos fundamentales. La *jurisprudencia* en el Perú es de vital importancia para el establecimiento de las premisas de los razonamientos jurídicos. Los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los precedentes del Tribunal Constitucional peruano han cobrado también el rol de fuente de derecho.

La argumentación basada en el precedente se justifica en el principio de igualdad en la aplicación de la ley. No puede existir igualdad ante la ley si no hay igualdad en la aplicación judicial de la ley (Alexy, 1997, pp. 261 *et seq*). Esta argumentación se justifica también por la predictibilidad de la ley y la seguridad jurídica. Dada la generalidad de la ley —y, más aún, de la Constitución—, la existencia de precedentes permite que las personas tengan mayor certeza sobre qué actos están permitidos, qué actos no, cuáles son las consecuencias de dichos actos y qué remedios se le puede pedir al Estado (Taruffo, 2012, p. 95; Espinosa-Saldaña Barrera, 2006, pp. 67-96; Grández Castro, 2016, p. 113). Por supuesto, en tanto principios jurídicos, la igualdad y la seguridad jurídica —y, por tanto, el precedente— pueden ser superados, en un discurso, por principios que resultan de mayor peso en el caso concreto.

Conforme al diseño político constitucional del Estado peruano, el Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución y, en ese sentido, tiene las facultades de derogar normas mediante la declaratoria de inconstitucionalidad luego de descartar cualquier interpretación adecuada a la Constitu-

ción. Asimismo, es el que declara qué actos del Estado y de los particulares son adecuados o contrarios a la Constitución y a los derechos fundamentales. Sin embargo, puede distinguirse cierta tipología de decisiones de la cual depende el peso argumentativo de la sentencia alegada.

Por un lado, las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley tienen la misma fuerza que la ley y cuentan con alcances generales y abstractos. Existirán sentencias, asimismo, que desestimen una demanda de inconstitucionalidad, pero luego de haber afirmado una interpretación constitucionalmente adecuada de la ley. Al descartar que las demás lecturas son contrarias a la Constitución, la interpretación acogida en el razonamiento del Tribunal debería tener igualmente fuerza de ley (Landa Arroyo, 2010; Grández Castro, 2016).

Los razonamientos del Tribunal Constitucional también adquieren peso argumentativo como máximo intérprete de la Constitución. Por un lado, se puede decidir que determinados criterios se conviertan en precedentes vinculantes. En ese sentido, el Código Procesal Constitucional establece en el artículo VII del título preliminar que «Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo». Por otro lado, los criterios repetidos y coherentes del Tribunal Constitucional que tratan de razones suficientes para la decisión final se convierten en verdadera jurisprudencia constitucional respaldada por los principios de igualdad y seguridad jurídica (Landa Arroyo, 2010; Grández Castro, 2016).

En el caso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

[...] el Estado peruano se encuentra vinculado [a la jurisprudencia de la Corte] por medio de los artículos 3º, 55º y la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución,

así como por el artículo V del título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Expediente N° 00002-2008-PI/TC, ¶ 24). Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

Es decir, la Corte Interamericana declara cuáles son los derechos protegidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos y, en ese sentido, dichos derechos son verdaderos derechos fundamentales para la Constitución peruana.

Sobre la *dogmática* no existe una sola definición (Alexy, 1997, p. 240). Como señala el profesor Alexy, pueden existir estudios sobre la interpretación de las normas o sobre los criterios jurisprudenciales que se denominan «dogmática». Sin embargo, en un discurso jurídico estas publicaciones son el apoyo de otro tipo de premisas basadas en la interpretación de las normas o de la jurisprudencia, antes que premisas autónomas (1997, pp. 246 *et seq*). La dogmática que sí puede ser considerada para formar premisas en un discurso jurídico es aquella que comprenda «(1) una serie de enunciados que (2) se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, (3) están entre sí en una relación de coherencia mutua, (4) se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y (5) tienen contenido normativo» (1997, p. 246; 1993, pp. 540-541). Alexy identifica la dogmática iusfundamental con las teorías materiales de los derechos fundamentales y es escéptico de sus posibilidades considerando la posición no-cognitivista de la teoría del discurso práctico. Sin embargo, acepta su utilidad para articular y estructurar la argumentación de «una manera materialmente aceptable en la medida de lo posible» (1993, p. 552).

Como se ha podido apreciar con respecto a la interpretación constitucional, las normas constitucionales están entrelazadas a la teoría política y moral. En ese sentido, la dogmática sobre

derechos fundamentales poco o nada puede escapar de una teoría moral, dada la apertura de los textos constitucionales al discurso práctico general. La teoría moral, por su parte, tiene pretensiones universales en la medida en que se refiere a la dignidad y los derechos de las personas como seres humanos.

Al tener esta pretensión universal, resulta posible en un discurso sobre derechos fundamentales el recurso a la dogmática extranjera que tenga esta misma pretensión o, incluso, a la jurisprudencia extranjera que refleje este tipo de pretensiones universales (Alford, 2005, pp. 659-674; Halmai, 2012). Esto es especialmente válido en el Perú, considerando la cláusula abierta de derechos fundamentales en el artículo 3 de la Constitución. De hecho, esta es la práctica actual en Latinoamérica, producto del proceso de constitucionalización desde la última mitad del siglo XX. El profesor Carbonell señala al respecto:

No es extraño que en nuestras aulas cientos de profesores repitan con frecuencia los nombres de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Gustavo Zagrebelsky y el de algún neoconstitucionalista autóctono como Carlos Santiago Nino. Las posturas de algunos de estos teóricos incluso han servido de guía para la jurisprudencia; por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana se ha inspirado con frecuencia en la teoría de los principios de Robert Alexy o en su comprensión de la manera en que puede hacerse la ponderación de derechos; de la misma forma, la Suprema Corte de México se ha beneficiado de las aportaciones de Luigi Ferrajoli (aunque no siempre lo haya reconocido de forma expresa). (2009, pp. 40-41)

Sin embargo, el uso de fuentes extranjeras debe estar advertido de la necesaria verificación del contexto de las afirmaciones a las que se pretende recurrir. Puede ser el caso que determinadas afirmaciones de cierto comentarista se basen en un determinado texto constitucional, o en cierto criterio juris-

prudencial, que no resulten aplicables al caso por existir un texto o un criterio locales diferentes.

En este punto, resulta necesario explicar de qué se trata la *ponderación*. Como ya se indicó, en el paradigma del Estado constitucional se entiende que existen normas que deben coexistir pese a corresponder a distintos sistemas axiológicos. Es decir, las Constituciones actuales contienen un pluralismo normativo que tiende a generar colisiones entre sus normas. En lugar de invalidar una de dichas normas, el operador jurídico debe determinar cuál norma es preferible en el caso concreto por tener más peso. Para ello, se sigue la forma argumentativa de la ponderación (Portocarrero Quispe, 2013, p. 301).

El concepto de ponderación, tal como se conoce hoy, nace en el marco del iusnaturalismo de la Ilustración alemana. La ponderación es la expresión del principio de proporcionalidad (en alemán, *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). En particular, se anota como su precursor a Carl Gottlieb Svarez, quien planteó entre 1791 y 1792 que el derecho natural a la libertad solo podía ser limitado cuando existan bienes sociales mucho más importantes que atender. El derecho administrativo alemán tomó el concepto de proporcionalidad como requisito de justificación de la aplicación del poder de policía de la Administración entre 1800 y 1933. Este concepto sería tomado luego por el derecho constitucional alemán de la posguerra para ser adoptado por el derecho de la Unión Europea en la década de 1970, y actualmente por todo el mundo (Barak, 2017, pp. 205-232).

La ponderación se ubica en la justificación externa de la argumentación constitucional. El resultado de la ponderación trata de una nueva premisa, una norma-regla con base en la cual se puede subsumir el caso concreto para llegar a una solución final. En esa línea, el profesor Atienza señala: «Aunque a veces se contraponen de manera radical la ponderación a la subsunción, eso puede resultar engañoso. La ponderación es, en realidad, un tipo de argumentación en dos pasos: el primero

consiste en pasar de los principios a las reglas; el segundo es precisamente una subsunción» (2013, p. 185).

Incluso cabe precisar, como señala el profesor Prieto-Sanchís, que «antes de ponderar es preciso “subsumir”, constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios» (2002, p. 139). Luego de haber encontrado dos principios aplicables al caso, cuyas conclusiones son contradictorias, se aplica la forma argumentativa de la ponderación. Este razonamiento dará como resultado una regla sobre la cual se subsumirán los hechos para concluir en la solución.

El principio de proporcionalidad está compuesto de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El profesor Alexy señala que cada uno de tales principios es requerimiento de optimización, de que los principios bajo conflicto se realicen en la mayor medida posible (2003, p. 135).

1. El *principio de idoneidad* requiere que la afectación a un principio constitucional se derive de la satisfacción de otro principio constitucional (Alexy, 2003, pp. 135-136).
2. El *principio de necesidad* requiere que, si existen dos medidas que permiten satisfacer uno de los principios en conflicto, se debe preferir la menos lesiva al otro principio. Como señala el profesor Alexy: «If there exists a less intensively interfering and equally suitable means, one position can be improved at no cost to the other» (2003, pp. 135-136).
3. El *principio de proporcionalidad en sentido estricto* requiere aplicar una regla del peso. Se trata de poner en una balanza cada principio y preferir aquel que tenga más peso. En cada lado de la balanza se juzga la importancia de su satisfacción en el caso y el grado de afectación al principio opuesto. Este paso se puede disgregar, a su vez, en tres etapas (Alexy, 2003, p. 136):
 - a. primero, se establece el grado de afectación al primer principio;

- b. segundo, se establece el grado de importancia del principio opuesto; y,
- c. tercero, se responde a la pregunta de si la importancia del principio opuesto justifica la afectación al primer principio.

El Tribunal Constitucional peruano ha adoptado la aplicación de esta forma jurídica en su jurisprudencia (Grández Castro, 2010, pp. 337 *et seq.*). Un ejemplo muy claro es el caso *Compañía Cervecería Ambev*, en el cual se estableció lo siguiente:

55. En la medida [en] que las decisiones judiciales tienen una permanente incidencia sobre los derechos fundamentales, la invocación del principio de proporcionalidad resulta plenamente válida también tratándose del control de este tipo de decisiones. El presupuesto para su aplicación es siempre la presencia de dos principios constitucionales en conflicto y una decisión que afecta alguno de estos principios o bienes constitucionales. De este modo, la aplicación del principio de proporcionalidad debe suministrar elementos para determinar si la intervención en uno de los principios o derechos en cuestión, es proporcional al grado de satisfacción que se obtiene a favor del principio o valor favorecido con la intervención o restricción. El test está compuesto por tres sub principios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

56. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos sugerido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada al fin propuesto; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la

necesidad; esto supone como hemos señalado, verificar «si existen medios alternativos al optado», en este caso por el Juez, que es quien ha tomado la medida. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual «cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro». [26] (Expediente N° 1209-2006-PA/TC)

A raíz del auge del juicio de ponderación y de la limitación de los derechos fundamentales, el autor israelí Aharon Barak distingue entre el supuesto de hecho del derecho fundamental y su ámbito de protección. El supuesto de hecho del derecho fundamental comprende todos los horizontes de posibilidad del derecho que se pueden plantear a partir de la interpretación constitucional. Es todo aquello que comprende el derecho fundamental. Por su parte, el ámbito de protección trata de aquello que resulta posible concretar en la realidad luego de las limitaciones ejercidas por el legislador o el juez al aplicar un juicio de ponderación (2017, pp. 43-69).

En relación con la ponderación, un concepto usado en la teoría constitucional actual es el del contenido esencial de los derechos fundamentales. El contenido esencial es aquello que no puede ser limitado o reducido de un derecho fundamental sin desnaturalizarlo o eliminar su vigencia. Es la parte indispensable e indisponible del derecho (García Toma, 2008, p. 33). Este concepto se encuentra recogido en las Constituciones alemana y española (Bernal Pulido, 2007, p. 276). Pese a que

la Constitución peruana no contiene una disposición similar, el Tribunal Constitucional del Perú ha utilizado este concepto para la resolución de casos de colisión (e.g., Expediente N° 1013-2003-HC/TC).

El entendimiento clásico del contenido esencial de los derechos fundamentales estaba dado por lo que se ha denominado la teoría absoluta. Esta postula que el contenido esencial de un derecho fundamental es el mismo para todos los casos y cuya aplicación nunca podrá ser limitada o desplazada (Martínez-Pujalte, 2005, pp. 21-59; Alexy, 1993, pp. 290-291). Esta posición parece acercarse a la tesis de la respuesta única, que plantea la existencia de una verdad del derecho que debe ser buscada por el juez. Por supuesto, existen matices en el planteamiento de dichas teorías.

Por ejemplo, el profesor Martínez-Pujalte plantea que los derechos fundamentales son absolutos dentro de sus límites y, en tal sentido, en la mayoría de los casos no existe colisión entre ellos. Se defiende esta tesis en pro de una dogmática que busque la armonía entre los derechos fundamentales y no su colisión. En tal sentido, en lugar de la ponderación de derechos en conflicto, lo que se debe buscar es la interpretación del contenido esencial para delimitar cada derecho en un caso concreto (2005, pp. 201-219).

Frente a la teoría absoluta del contenido esencial, el auge de la forma argumentativa de la ponderación en los tribunales constitucionales ha significado también la necesidad de una teoría relativa del contenido esencial. Esta plantea que el contenido esencial del derecho fundamental es determinado en cada caso como resultado de la ponderación (Martínez-Pujalte, 2005, pp. 21-59; Alexy, 1993, pp. 290-291). En abstracto, ello plantea la posibilidad de que en un determinado caso, si existen razones muy poderosas que lo justifiquen, se inaplique absolutamente un derecho. Sin embargo, ello no ocurrirá en la mayoría de casos. Sobre el particular, el profesor Alexy plantea lo siguiente:

Cuando la teoría absoluta dice que hay posiciones con respecto a las cuales no existe ninguna razón superior que las desplace, en cierta medida tiene razón. Pero, en esta medida, se basa en la teoría relativa. Más arriba se ha dicho que un principio cuanto más se lo desplaza, tanto más resistente se vuelve. La fuerza de las razones opuestas tiene que aumentar desproporcionadamente. Ello responde a la ley de la decreciente cuota marginal de la sustitución, representable con curvas de indiferencia. (1993, pp. 290-291)

La teoría absoluta es en realidad un acto de fe, pues la determinación de un contenido esencial que es inamovible en la eternidad no puede comprobarse. La historia, de hecho, demuestra cómo las interpretaciones de las normas constitucionales cambian debido a su propia indeterminación. Ello es coherente con la negación de la respuesta única y con la posibilidad de interpretar evolutivamente la Constitución. Tal posición es propia del paradigma actual de la posmetafísica.

A partir de lo señalado, nuestro trabajo plantea que, para resolver un caso, un razonamiento constitucional debe seguir los siguientes pasos, en términos generales:

1. Identificar *prima facie* cuáles son las disposiciones constitucionales relevantes a la hipótesis.
2. Interpretar las disposiciones constitucionales relevantes, justificando el método interpretativo utilizado. En el caso de tratarse de normas principio, el resultado serán normas adscritas concretas que permitan resolver el caso.
3. Luego, corresponde subsumir el problema planteado en las normas adscritas producto de la interpretación.
4. En el caso de que las conclusiones sean contradictorias, será necesario aplicar la forma argumentativa de la ponderación y determinar cuál es el principio que debe ser preferido por tener mayor peso. La conclusión de la ponderación será una nueva norma adscrita.

5. Finalmente, corresponderá subsumir el problema en la norma adscrita resultante de la ponderación. La conclusión será la solución del caso.

1.1.3. Concepto de derechos fundamentales en la Constitución Política del Perú de 1993

En la doctrina y la jurisprudencia se han planteado diversas formas de abordar el concepto de derechos fundamentales. Las conceptualizaciones tradicionales pueden agruparse en dos: la concepción material y la concepción formal (Alexy, 2006, p. 15). Con base en dichas posiciones, se ha propuesto también una concepción dualista que combina ambas. El Tribunal Constitucional peruano acoge esta última posición. Sin perjuicio de ello, contemporáneamente se ha planteado una tercera posición: la concepción procedimental de los derechos fundamentales.

Una concepción material equiparará los derechos fundamentales a los atributos morales del ser humano que exigen el máximo respeto, pues son inherentes a la dignidad de los seres humanos como fines en sí mismos. Esta es una posición de carácter iusnaturalista, pues afirma la existencia de derechos morales previos a partir de los cuales se fundamenta la existencia de derechos reconocidos por la Constitución (Nogueira Alcalá, 2003, pp. 23 *et seq*).

Por ejemplo, Ronald Dworkin señala como categoría general la existencia de derechos políticos del ser humano frente al Estado, dentro de los cuales se ubican los derechos humanos reconocidos internacionalmente y los derechos constitucionales (2011, pp. 327-250). De hecho, el profesor Dworkin señala que la adjudicación de los derechos constitucionales depende de un juicio moral y de filosofía política del juez (2013, Kindle locations 1654-1677).

La concepción formal señala que los derechos fundamentales son aquellas posiciones jurídicas a las que el ordenamiento

jurídico asigna una condición de supremacía y se fundamentan en una norma válida (Ferrajoli, 2001, p. 19). Esta se trata de una tesis positivista, pues afirma la separación entre el derecho y la moral, y le otorga al primero por sí solo la posibilidad de determinar qué son derechos fundamentales y qué no, sobre la base de las reglas que determinen la validez de una norma (Hart, 1994, pp. 185 *et seq*; Raz, 1972, pp. 845 *et seq*). Se ha señalado que esta posición es insuficiente, pues en las Constituciones se pueden encontrar diversos derechos (por ejemplo, aquellos que corresponden a los funcionarios públicos en ejercicio de sus facultades). Los jueces han determinado que estas facultades no pueden ser equiparadas a los derechos fundamentales (Alexy, 2006, p. 16).

La concepción dualista afirma la necesidad de ambos atributos, tanto los afirmados por la concepción material cuanto aquellos defendidos por la concepción formal. De acuerdo con esta concepción dualista, pues, los derechos fundamentales tratan de atributos morales inherentes a la dignidad de los seres humanos como fines en sí mismos a los que, a la vez, el ordenamiento jurídico les asigna una protección especial y preponderante. El profesor De Asís Roig señala que la concepción dualista «reúne a aquellas posiciones que vienen a afirmar que toda reflexión sobre los derechos, que quiera ser capaz de dar cuenta de éstos en su integridad, deberá integrar razones éticas y jurídicas» (Asís Roig, 2008, pp. 391-406).

La tesis dualista, además, ha sido adoptada por el Tribunal Constitucional (ver García Toma, 2008, pp. 25-27; Expediente N° 03052-2009-PA/TC, ¶ 4; *cf*r. Expedientes N° 00050-2004-AI, N° 00051-2004-AI, N° 00004-2005-AI, N° 00007-2005-AI, N° 00009-2005-AI, ¶ 71), el cual ha definido los derechos fundamentales desde un punto de vista material y desde un punto de vista formal:

2. El concepto de derechos fundamentales comprende [...] «tanto los presupuestos éticos como los componentes

jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica» (Peces-Barba, 1999, p. 37). [...]. (Expediente N° 01417-2005, ¶ 2)

El profesor Alexy plantea una tercera posición para la sustentación de los derechos fundamentales, que es la concepción procedimental, basada en la teoría de la argumentación jurídica. De acuerdo con esta tesis, los derechos fundamentales son aquellos que pueden ser justificados a partir de las reglas del discurso iusfundamental y el discurso práctico general (1993, p. 553). La tesis procedimental parte de la teoría del discurso práctico y da cuenta de que los derechos fundamentales son aquellos tan importantes que la adjudicación de su protección no puede ser dejada en manos de las mayorías parlamentarias sino que debe corresponder a una corte constitucional (2006, p. 17). Este planteamiento parte de la imposibilidad de encontrar una respuesta única en el campo de la moral que permita fundamentar qué son y cuál es la prioridad de los principios morales. Sin embargo, a partir del entendimiento de las personas como seres discursivos, se pueden hallar reglas universales del discurso práctico, y luego del discurso iusfundamental, a partir de las cuales una corte puede decidir racionalmente sobre los derechos.

Nuestro trabajo comparte la posición del profesor Alexy. Considerando la imposibilidad de encontrar principios morales universales y capaces de resolver *a priori* casos constitucionales difíciles, no resulta posible afirmar una definición de contenido material de los derechos fundamentales. La posición formal es a la vez insuficiente, según ya se ha explicado. La posición procedi-

mental, por el contrario, no solo ofrece mayores posibilidades de encontrar principios «ético-formales» universales, sino que refleja la práctica diaria de las cortes constitucionales en el constitucionalismo contemporáneo, según se ha presentado en el acápite previo. Por tanto, en el mundo posmetafísico y del constitucionalismo contemporáneo, la definición procedimental es la que mejor refleja la naturaleza y práctica de los derechos fundamentales.

Ahondemos ahora en dos aspectos importantes, ya no con respecto a la fundamentación filosófica, sino a la estructura formal de los derechos fundamentales. Por un lado, resulta relevante entender la distinción que la jurisprudencia y la doctrina afirman sobre la doble dimensión de los derechos fundamentales, subjetiva a la vez que objetiva. Por otro lado, es necesario comprender una caracterización de los derechos fundamentales que ha sido acogida por el Tribunal Constitucional sobre la base de la tesis del profesor Alexy: los «derechos fundamentales como un todo» (*i.e.*, que son posiciones jurídicas que derivan de diversas normas constitucionales adscritas a una disposición de derecho fundamental). En los siguientes párrafos se explican estos puntos.

Con respecto al primero, los derechos fundamentales tienen una doble dimensión: subjetiva y objetiva a la vez. Esta doble dimensión busca diferenciar los derechos fundamentales de los clásicos derechos subjetivos del derecho civil o derechos públicos-subjetivos del derecho administrativo clásico, propios del siglo XIX y del Estado de derecho de carácter liberal. Desde su arista subjetiva, los derechos fundamentales otorgan pretensiones individuales a sus titulares para exigir su cumplimiento frente al Estado y frente a otros individuos. Desde su arista objetiva, los derechos fundamentales imponen mandatos al Estado y a todos los particulares para cumplir con las normas constitucionales que regulan el derecho (Expediente N° 03660-2010-PHC/TC, ¶ 11; Expediente N° 0964-2002-AA/TC, ¶ 3; Expediente N° 0858-2003-AA/TC, ¶ 6; Nogueira Alcalá, 2003, pp. 83-85; García Toma, 2008, p. 32).

En lo que atañe al segundo punto, desde una perspectiva estructural y formal, los derechos fundamentales pueden ser caracterizados como haces de posiciones jurídicas, según ha señalado el Tribunal Constitucional (Expediente N° 01417-2005, ¶ 2). Esta tesis de los «derechos fundamentales como un todo» es sostenida por el profesor Robert Alexy, quien los explica como un conjunto de situaciones o cualificaciones que realiza el derecho respecto de las personas y que derivan de reglas y principios constitucionales, los que, a su vez, provienen de una disposición constitucional. Al respecto, señala lo siguiente:

[U]n derecho fundamental como un todo es un haz de posiciones iusfundamentales. Queda abierta la cuestión de saber qué es lo que reúne[n] las distintas posiciones individuales iusfundamentales en un derecho fundamental. Una vez más, la respuesta más simple reza: su adscripción a una disposición de derecho fundamental. A las posiciones jurídicas corresponden siempre normas que las confieren. Al ensamblamiento [*sic*] de un haz de posiciones en un derecho fundamental corresponde entonces la adscripción de un haz de normas a una disposición de derecho fundamental. (Alexy, 1993, p. 241)

Ahora bien: cabría precisar que, en el Perú, un derecho fundamental no estará delimitado por una disposición constitucional en particular. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, un solo derecho fundamental puede derivar de un conjunto de disposiciones constitucionales. Por ejemplo, lo que se conoce como el derecho a la educación se encuentra regulado por un conjunto de disposiciones constitucionales que a su vez recogen diversas normas (Expediente N° 04646-2007-PA/TC; Expediente N° 4232-2004-AA/TC; Expediente N° 0091-2005-PA/TC; Sentencia, 19 de febrero de 2005).

El profesor Alexy destaca la corrección dogmática de la definición de los derechos fundamentales como posiciones jurí-

dicas por aportar a un mejor esclarecimiento de las relaciones entre las normas constitucionales, la cualificación que estas hacen de las personas y acciones, así como de las relaciones entre personas y entre personas y acciones:

Si vale la norma individual según la cual *a* tiene frente a *b* un derecho a *G*, entonces *a* se encuentra en una posición jurídica que está caracterizada por tener frente a *b* un derecho a *G*; y si una posición jurídica de *a* consiste en que *a* tiene frente a *b* un derecho a *G*, entonces vale la norma individual de que *a* tiene frente a *b* un derecho a *G*. Podría preguntarse qué sentido tiene, bajo estas circunstancias, hablar de posiciones. Parece superfluo.

La respuesta es que ello es necesario desde una determinada perspectiva, es decir, desde aquella que se interesa por las propiedades normativas de personas y acciones y por las relaciones normativas entre personas, al igual que entre personas y acciones. En general, las normas pueden ser consideradas como cualificaciones de personas o acciones. Así puede decirse que una norma que le prohíbe a *a* hacer *b* le confiere a *a* la propiedad de ser alguien a quien le está prohibido hacer *b*. La propiedad de *a*, que puede ser expresada con el predicado monádico complejo «alguien a quien le está prohibido hacer *b*» es la posición en la que *a* es colocado a través de la norma. Si solo existieran posiciones de este tipo naturalmente no valdría la pena hablar de posiciones. Lo interesante es cuando no se trata de propiedades sino de relaciones que pueden ser expresadas por predicados diádicos tales como «... tiene un derecho a *G* frente a ...» o por predicados triádicos como «... tiene frente a ... un derecho a ...». (1993, p. 178)²

2 Cursivas añadidas por un criterio de legibilidad.

El profesor Alexy agrega además que «dentro del marco de la pregunta acerca de qué pertenece a un derecho fundamental como un todo, se plantean todos los problemas de la interpretación de los derechos fundamentales» (1993, p. 245). Es decir, a partir de una disposición constitucional se podrán interpretar diversas premisas normativas que podrán tener la naturaleza de principios o reglas, dependiendo de su comportamiento ante el conflicto normativo. Dichas normas describirán atributos de la persona humana en su relación con el Estado, con otras personas y con determinadas acciones exigidas o prohibidas. Tales atributos serán los derechos fundamentales.

Finalmente, es necesario referirse a la tradicional —y también discutida— clasificación de los derechos fundamentales en tres generaciones: derechos de primera generación, que comprenden los derechos civiles y políticos; derechos de segunda generación, compuestos por los derechos sociales, económicos y culturales; y derechos de tercera generación, conformados por los derechos de la solidaridad (Expediente N° 01407-2007-PA/TC, ¶¶ 6-8).

Los derechos de primera generación son los derechos civiles y políticos o de libertad en sentido negativo. Son el reconocimiento de esferas de protección frente a la intervención del Estado. Temporalmente se asocian con las primeras revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII, principalmente derivadas de la Revolución francesa y la Independencia de los Estados Unidos de América. Los derechos de primera generación tratan de «las libertades individuales clásicas, libertad de propiedad, de expresión, religiosa, entre otras, las que yacían edificadas sobre la autonomía de la voluntad del individuo y se manifestaban en un no hacer del Estado» (Expediente N° 01407-2007-PA/TC, ¶ 6; Nogueira Alcalá, 2003, pp. 1-4; Pérez-Luño, 1991, pp. 204-206).

Los derechos de segunda generación son los derechos sociales, económicos y culturales o derechos derivados de la libertad en sentido positivo. Estos derechos son el recono-

cimiento de la necesidad de que el Estado intervenga activamente para mejorar las condiciones y la calidad de vida de los ciudadanos, principalmente de aquellos que se encuentran en desventaja económica. Temporalmente, su reconocimiento es la consecuencia de la Revolución Industrial de finales del siglo XIX y las revoluciones sociales de comienzos del siglo XX. Los ciudadanos exigieron el reconocimiento de derechos laborales, derecho a la salud pública y a la seguridad social, derecho a la educación, derecho a la vivienda, entre otros derechos que exigen prestaciones del Estado (Expediente N° 01407-2007-PA/TC, ¶ 7; Nogueira Alcalá, 2003, p. 4; Pérez-Luño, 1991, p. 204-206). Estos derechos han sido fuente de discusiones, principalmente referidas a la definición de su contenido y a los límites de su exigibilidad judicial. Este punto será tratado en un acápite posterior.

Los derechos de tercera generación son aquellos derechos producto de las preocupaciones posteriores a la Guerra Fría de finales del siglo XX y derivadas de la globalización. Se refieren a aquellos que conciernen a preocupaciones comunes de la sociedad globalizada, tales como la protección del medio ambiente, la paz y el patrimonio cultural (Expediente N° 01407-2007-PA/TC, ¶ 8; Nogueira Alcalá, 2003, p. 8; Pérez-Luño, 1991, pp. 204-206).

Según se indicó, esta clasificación ha sido cuestionada porque no es completamente precisa respecto al surgimiento y reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales que agruparía cada generación y porque la clasificación podría justificar una primacía entre generaciones que no debería ocurrir (Ansuátegui Roig, 2010, pp. 54-55; Greppi, 2002, pp. 181-183). Si bien desde el punto de vista histórico la primera crítica es correcta, ello por sí mismo no hace inútil la clasificación, que aporta a facilitar el entendimiento de los derechos de cada categoría en tanto comparten fundamentos éticos y discusiones jurídicas similares. La segunda crítica no es válida en tanto se aclare que la clasificación únicamente tiene fines teóricos y me-

todológicos y que no debe tener efectos en el establecimiento de órdenes de prelación entre derechos.

1.1.4. Conclusión

A partir de lo señalado, ¿qué estructura debería seguir el razonamiento de esta tesis para verificar de forma correcta la hipótesis de la investigación? Sinteticemos los acápites anteriores.

El problema que plantea este trabajo es el siguiente: ¿los mandatos de la Constitución Política del Perú de 1993 exigen que el Estado implemente un currículo nacional para la educación básica que incorpore transversalmente contenidos para instruir a los niños sobre diversidad de orientaciones sexuales y en contra de la discriminación por tal motivo?

La hipótesis de investigación es que la Constitución Política del Perú de 1993 establece un mandato para que el Estado implemente un currículo nacional para la educación básica que incorpore contenidos para instruir a los niños sobre la diversidad de orientaciones sexuales y en contra de la discriminación por tal motivo. Este mandato se fundamenta en el derecho a la educación y el principio de igualdad de dignidad, trato y respeto.

Como se ha verificado, la estructura base del razonamiento constitucional es un silogismo. Si para una categoría de situaciones se aplica una consecuencia jurídica y, en el caso concreto, nos encontramos en una especie de dicha categoría, entonces es necesario aplicar la consecuencia jurídica señalada.

El aspecto problemático en este razonamiento base es el establecimiento de las premisas: ¿cuál es la categoría de situaciones que se deriva de la disposición constitucional?, ¿cuál es la consecuencia jurídica? Es decir, se trata de problemas de justificación externa, tanto para la determinación del supuesto de hecho como para la determinación de la consecuencia jurídica. Para atender dicha problemática, este trabajo recurrirá a la interpretación de las disposiciones constitucionales, así como

al uso de los precedentes del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A su vez, los argumentos morales serán necesarios para determinar el contenido de las premisas.

En el caso de que, para una misma categoría de situaciones, concurren dos consecuencias jurídicas contradictorias, derivadas de dos principios constitucionales, corresponderá aplicar la estructura argumentativa de la ponderación para resolver el caso. Ello determinará, en el caso concreto, cuál es el principio que tiene más peso. El resultado de dicho razonamiento será una nueva premisa: una regla en la que la colisión de principios en el caso concreto es el supuesto de hecho, y la consecuencia jurídica del principio con más peso es la consecuencia jurídica de la regla.

En los acápites que siguen aplicamos los argumentos señalados para resolver el problema que plantea nuestro trabajo y verificar la hipótesis de investigación. Este capítulo se mantiene en un nivel de generalidad y se aplican las formas de justificación externa para determinar cuáles son las premisas generales con base en las cuales se desarrollará el argumento. En el capítulo 3 se justificarán las premisas concretas que derivan en la respuesta final al problema de investigación. Veamos.

1.2. Derecho a la igualdad de dignidad de trato y respeto en la Constitución Política del Perú

El principio de igualdad y la prohibición de discriminación se encuentran expresados en el artículo 2.2 de la Constitución, de acuerdo con el cual «[t]oda persona tiene derecho: [...] [a] la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole».

La primera oración recoge el principio clásico de *igualdad formal*, por el cual la ley debe tratar y aplicarse de forma igual

a los iguales. Como señala el Tribunal Constitucional, la igualdad ante la ley es una «exigencia al legislador para que éste no realice diferencias injustificadas» (Expediente N° 0606-2004-AA/TC, ¶ 10). Esta disposición debe entenderse de forma complementaria con el artículo 103, que establece: «Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas» (Huerta Guerrero, 2005, p. 316).

En el sentido de igualdad en la aplicación de la ley, se trata de «una exigencia [...] a la administración pública y aun a los órganos de la jurisdicción, en el sentido de que la ley no puede aplicarse en forma desigual frente a supuestos semejantes (igualdad en la aplicación de la ley)», así como una «exigencia al legislador para que éste no realice diferencias injustificadas» (Expediente N° 0606-2004-AA/TC, ¶ 10).

La segunda oración del artículo 2.2 de la Constitución contiene una concreción del principio de igualdad como *interdicción de la discriminación*. Se trata de un mandato al Estado y a la sociedad que prohíbe tratos diferenciados injustificados en relación con categorías de personas protegidas, cuyo listado es un *numerus apertus*.

La formulación clásica del principio de igualdad y no discriminación prohíbe establecer un trato menos beneficioso respecto de un parámetro de comparación, por un motivo prohibido, si no existe una justificación objetiva y razonable para ello. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano es consistente en este análisis (Expediente N° 0606-2004-AA/TC, ¶¶ 10 *et seq.*; Expediente N° 02437-2013-PA/TC, ¶¶ 5 *et seq.*; Expediente N° 0048-2004-PI/TC, ¶¶ 60 *et seq.*; Expediente N° 02835-2010-PA/TC, ¶¶ 39 *et seq.*; Expediente N° 0261-2003-AA/TC, ¶¶ 3.1 *et seq.*), al igual que la jurisprudencia de los principales organismos internacionales (*Simunek et al. v. The Czech Republic*, 1995, ¶¶ 11 *et seq.*; *Zwaan de Vries v. The Netherlands*, 1984, ¶¶ 13 *et seq.*; *Rupert Althammer et al. v. Austria*, ¶¶ 10.2 *et seq.*; *Cecilia Derksen v. The Netherlands*, 2004, ¶¶ 9.3 *et seq.*)

y regionales (*E.B. v. Francia*, 2008, ¶¶ 91 *et seq*; *Gaygusuz v. Austria*, 1996, ¶¶ 42 *et seq*; *Sidabras y Džiautas v. Lituania*, 2004, ¶¶ 51 *et seq*; *Weller v. Hungría*, 2009, ¶¶ 27 *et seq*; *Sejdić y Finci v. Bosnia Herzegovina*, 2009, ¶¶ 42 *et seq*) de derechos humanos. No obstante, este análisis ha sido cuestionado por cierta doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera, regional e internacional en determinados tipos de casos.

La intención del constituyente fue que el artículo 2.2 únicamente contenga la igualdad y no discriminación en sentido formal. Por ello, no se aprobó la inclusión de una disposición expresa que incluyera la *igualdad material*, propuesta por el profesor y constituyente Henry Pease, en el sentido de establecer que «el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados» (Eguiguren Praeli, 1997, p. 69). Es decir, desde una posición originalista de la interpretación constitucional, la intención del legislador fue establecer únicamente la igualdad en sentido formal en el artículo 2.2 de la Constitución de 1993.

Pese a dicha intención, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha recogido formulaciones más contemporáneas del principio de igualdad, que sobrepasan el principio de igualdad de trato entre iguales. La teoría política contemporánea, así como la jurisprudencia de derechos humanos en el mundo, plantean la igualdad en sentido material, la desigualdad para desiguales y la discriminación indirecta como principios necesarios para el respeto de la dignidad de las personas.

Estas formulaciones no solo son admisibles desde un punto de vista de interpretación teleológica y evolucionista del propio artículo 2.2 de la Constitución, sino que, desde un criterio de interpretación literal, forman parte de los principios constitucionales en virtud del artículo 3, al ser principios «de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre».

1.2.1. La igualdad de dignidad, trato y respeto en la teoría moral y política contemporánea de la democracia liberal

En la teoría moral y política contemporánea de la democracia liberal, el principio fundamental de la justicia es la igual dignidad de los seres humanos (Kymlicka, 2002, pp. 3-4; Dworkin, 2013, Kindle locations 4101 *et seq*). Este es el fundamento central de teorías políticas como el liberalismo igualitarista, cierta variante de libertarismo y la ética del discurso. Todos los seres humanos sin distinción tienen un valor especial y deben ser considerados como fines en sí mismos.

El liberalismo igualitarista contemporáneo tiene sin duda su parangón en la teoría de *justice as fairness* planteada en la mitad del siglo XX por John Rawls (Rawls, 1999; Dworkin, 2013, § 6; Kymlicka, 2002, pp. 53 *et seq*). Su teoría reposa en dos principios fundamentales: primero, el de igual libertad, por el que todos los ciudadanos deben tener iguales libertades básicas; y, segundo, el principio de diferencia, por el que las diferencias en la distribución de bienes básicos en la sociedad deben ser toleradas en tanto sirvan para el beneficio de los menos favorecidos y en tanto exista igual oportunidad de acceso a puestos estatales.

El argumento central de esta teoría de la justicia es que, en una *posición original* y bajo un *velo de ignorancia*, las personas de una sociedad acordarían racionalmente dichos principios fundamentales para sí mismos y generaciones venideras. Ante el riesgo de caer en una posición poco privilegiada, los seres humanos racionalmente preferirían los principios de justicia de igual libertad y de diferencia.

En la posición original las personas se encuentran bajo un velo de ignorancia: no tienen información sobre sus propios intereses ni los de los demás. Son prácticamente *tabula rasa*. Todas las personas se encuentran en igualdad de condiciones y posiciones de poder para discutir la mejor forma de ordenar

una sociedad para todos y para las generaciones futuras. Este planteamiento no es una hipótesis histórica, sino un método racional para justificar principios de justicia.

Y esto revela precisamente la base de la posición de Rawls. Para determinar principios de justicia se requiere el acuerdo racional de las personas en igualdad de condiciones para gobernarse entre sí y a las generaciones futuras. La justicia, entonces, está íntimamente ligada al especial e igual valor que tienen todas las personas desde el punto de vista moral. Como enseña el profesor Dworkin, «justice as fairness rests on the assumption of a natural right of all men and women to equality of concern and respect, a right they possess not by virtue of birth or characteristic or merit or excellence but simply as human beings with the capacity to make plans and give justice» (Dworkin, 2013, Kindle locations 4126-4128).

El filósofo alemán Jürgen Habermas y el profesor Alexy son autores fundamentales en el planteamiento de la ética del discurso (Cronin, 2001). Aquel da cuenta de la imposibilidad de hallar valores de carácter universal a partir del solo trabajo intelectual y monológico del filósofo moral. Todas las personas se encuentran engarzadas en un *mundo de vida*, en una cultura que determina sus juicios morales. En las sociedades contemporáneas, entonces, es necesario comunicarse y encontrar consensos para establecer los principios ordenadores de la vida en común (Habermas, 1996, 2001 y 2007).

Entonces, la tarea del filósofo debe regresar un paso atrás. Para que se produzca diálogo y consensos válidos en la sociedad, sí resulta posible encontrar principios éticos universales hallados *trascendentalmente* mediante la razón. En ese sentido, el profesor Habermas diferencia tres esferas: la esfera de la moral, que corresponde a las reglas universales del discurso práctico; la ética, que concierne a los principios aceptados mediante consensos acordes con las reglas del discurso; y la pragmática, que abarca cuestiones de interés de las personas o cuestiones prudenciales.

Los dos hallazgos de Habermas son el principio de *universalización*, por el que «All affected can accept the consequences and the side effects its general observance can be anticipated to have for the satisfaction of everyone's interests (and these consequences are preferred to those of known alternative possibilities for regulation)», y el principio de la ética del discurso, por el que «Only those norms can claim to be valid that meet (or could meet) with the approval of all affected in their capacity a participant in a practical discourse» (2007, p. 65). Si bien, en esencia, se trata del imperativo categórico kantiano y un ejercicio similar al método de la posición original de Rawls, en la ética del discurso se requiere que la máxima se discuta precisamente en el marco de un discurso práctico real. Es decir, que exista un diálogo real entre personas y no únicamente en la mente del filósofo.

Nuevamente, la base del principio de *universalización* en la ética del discurso es la especial dignidad de los seres humanos, que hace que cuenten, por igual, con un valor supremo que exige el máximo respeto en el discurso.

En la discusión estadounidense, la oposición tradicional a la teoría de la justicia como equidad de John Rawls es la teoría libertaria de Robert Nozick (Nozick, 2003; Kymlicka, 2002, pp. 103 *et seq*). Este autor defiende que cualquier intervención del Estado en la autonomía de las personas, con excepción de la seguridad interna, carece de justificación moral, así sea que ello perjudique a las personas menos favorecidas. El derecho a la propiedad y su libre transferencia son piezas esenciales de dicha autonomía de los seres humanos, por lo que el Estado no puede afectarlos.

Sin perjuicio de que la conclusión de Nozick sea opuesta a la de Rawls, ambos parten del mismo principio: la dignidad fundamental de todos los seres humanos por la que sin distinción deben ser tratados como fines en sí mismos. Cualquier construcción filosófica debe partir de este principio.

Queda claro, entonces, que la igual dignidad de los seres humanos es el principio base de las principales teorías políticas

contemporáneas. Todos los seres humanos merecen el máximo respeto por igual en tanto seres morales que tienen la capacidad de razonar, discutir y actuar en justicia.

La primera premisa que se desprende de la igualdad en dignidad de los seres humanos es el principio de igualdad ante la ley o la igualdad formal. Las leyes deben aplicarse a todos por igual, salvo que exista alguna justificación objetiva para hacer una distinción. No deben existir leyes con nombre y apellido, y sus efectos jurídicos se deben aplicar a todos aquellos que se encuentren en el supuesto de hecho de la norma. Este principio de hecho exige el razonamiento silogístico o de subsunción que caracteriza a la justificación interna. Con el profesor Alexy, podemos señalar que se trata del principio de justicia formal por excelencia (Alexy, 1989, pp. 222-228).

Este principio se encuentra en la formulación clásica del Estado de derecho liberal y es uno de los primeros logros de la Revolución francesa. No existe discusión sobre él. Donde reposa el debate actual en la teoría política contemporánea no es en la igualdad formal, sino en la igualdad material.

Por el principio de justicia de igual libertad, cada persona tiene derecho a actuar conforme a sus propias decisiones y a percibir los beneficios o consecuencias negativas de sus propios actos. El máximo respeto que exige la igual dignidad de las personas conlleva la necesidad de que puedan llevar las riendas de su propia vida. Como señala Ronald Dworkin, «People must be allowed responsibility for their own lives» (Dworkin, 2011, p. 365).

Sin embargo, existen una serie de circunstancias en el mundo que causan consecuencias negativas, limitaciones al goce de libertades y bienes básicos de la sociedad. Por ejemplo, un niño que nace en una familia pobre no tendrá acceso a la misma educación, a los mismos servicios de salud ni a las mismas oportunidades laborales que un niño que nazca en una familia rica. Dichas consecuencias no se derivan de decisiones tomadas en uso de la autonomía del ser humano,

por lo que no tienen ninguna justificación moral (Kymlicka, 2002, pp. 57 *et seq.*).

La posición que une a las diversas variantes del liberalismo igualitarista precisamente sostiene que una sociedad es injusta cuando permite que sean las condiciones sociales o naturales las que determinen el destino de las personas, antes que sus propias decisiones (Shapiro, 2007, p. 21 *et seq.*). No se trata de una sociedad en la que se pueda tomar decisiones, actuar conforme a ellas y beneficiarse de las consecuencias o responder por estas. Son las condiciones de nacimiento las que generan los beneficios o los perjuicios. No se trata de una sociedad en la que exista igual libertad, ni en la que se tenga el máximo respeto por los ciudadanos.

En la sociedad contemporánea, el principio de igualdad material se ha traducido en derechos sociales, que buscan atender precisamente aquellas condiciones que juegan un rol fundamental en las oportunidades que las personas tienen en la vida para determinar su propio destino. Este punto será desarrollado con mayor detalle en el acápite siguiente. Por ahora, basta enunciar que el derecho a la educación, a la salud y a la seguridad social son los tradicionales principios que atienden la necesidad de la igualdad material.

A continuación se identifica cómo se reflejan estos principios morales en la Constitución peruana, con base en las condiciones tradicionales del *test* de discriminación: el parámetro de comparación, el trato diferenciado y la arbitrariedad.

1.2.2. La igualdad formal y el test de discriminación clásico

Como ya se indicó, la primera acepción del principio de igualdad es la *igualdad en la ley*, que forma parte de la concepción formal y de origen liberal de la igualdad (Rey Martínez, 2018, pp. 128-129). Este principio se extrae de la interpretación conjunta del artículo 2.2 de la Constitución, de acuerdo con el

cual, «[t]oda persona tiene derecho: [...] [a] la igualdad ante la ley [...]» y el artículo 103, que establece lo siguiente: «Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas» (Huerta Guerrero, 2005, p. 316). El Tribunal Constitucional ha señalado que se trata de una «exigencia al legislador para que éste no realice diferencias injustificadas» (Expediente N° 0606-2004-AA/TC, ¶ 10).

Esta acepción de la igualdad se origina en las revoluciones burguesas liberales que tienen su punto crucial en la Revolución francesa. Se trata de una prohibición de arbitrariedad en la elaboración de la ley. Toda ley que establezca una diferencia en las personas debe contar con una justificación objetiva y razonable. Esta primera acepción ha sido recogida por las principales normas fundamentales de los países europeos (McCrudden & Prechal, 2009, p. 11; Rey Martínez, 2018, pp. 128-129; Fredman, 2011, pp. 4-5).

En la medida en que la ley cobra efectos en la realidad cuando es aplicada en casos concretos, carecería de sentido la igualdad en la ley si no hay igualdad en la aplicación de la ley. La *igualdad en la aplicación de la ley* se trata de «una exigencia [...] a la administración pública y aun a los órganos de la jurisdicción, en el sentido de que la ley no puede aplicarse en forma desigual frente a supuestos semejantes (igualdad en la aplicación de la ley» (Expediente N° 0606-2004-AA/TC, ¶ 10).

El principio de igualdad en la aplicación de la ley es el principio de justicia formal por excelencia (Alexy, 1989, pp. 222-228). Exige aplicar las mismas consecuencias jurídicas a todos aquellos sujetos que puedan ser subsumidos en el supuesto de hecho de la norma. De este principio deriva la aplicación del razonamiento silogístico y de la técnica de la subsunción como labor esencial del juez y de los abogados.

La igualdad formal clásica se asienta en la máxima de Aristóteles de «tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales» (McCrudden & Prechal, 2009, p. 11; Fredman, 2011, p. 4;

Vierdag, 1973, p. 8). A partir de esta máxima, el principio de igualdad formal es uno relacional (Fredman, 2011, pp. 8-14; McCrudden & Prechal, 2009, p. 11). Según esta concepción, entonces, si solo hubiera una persona sobre la Tierra, el principio de igualdad carecería de sentido. Solo cuando existen dos personas se puede aplicar el *test de discriminación en su formulación clásica*: para que exista discriminación, se requiere (i) un parámetro de comparación, (ii) un trato menos beneficioso y (iii) que carezca de justificación razonable y objetiva. En la actualidad se discute la necesidad de este *test* relacional y la necesidad de probar un parámetro de comparación. Regresaremos sobre esta discusión más adelante.

El *parámetro de comparación* exige establecer un sujeto que comparta características similares relevantes, con el fin de verificar si se ha producido un acto menos beneficioso respecto de este (Gavara de Cara, 2005, p. 112). La identificación del parámetro de comparación debe considerar aquellas características relevantes para la justificación o finalidad del acto bajo análisis, pues de lo contrario se podrían encontrar características similares respecto de cualquier supuesto.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que resulta necesario verificar:

[...] dos o más hechos, situaciones y relaciones jurídicas que sean comparables entre sí para determinar la regulación coexistencial y la generación de un trato igual o diferenciado para las personas involucradas. En ese contexto se introduce el análisis de la naturaleza de las cosas, lo cual liga distintivamente las relaciones coexistenciales de las personas ubicadas en un mismo espacio, tiempo y sujeción estatal. (Expediente N° 0261-2003-AA/TC, ¶ 3.2)

Ello es coherente con lo señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha requerido que «debe quedar establecido que otras personas en una situación análoga o similar

en lo relevante gozan de un tratamiento preferencial» (*Weller v. Hungría*, 2009, ¶ 27).³

Dichas definiciones requieren ser precisadas, puesto que no captan de forma suficiente qué tipo de características son relevantes para establecer el parámetro de comparación. Dos situaciones pueden compartir muchas características; sin embargo, para determinar el parámetro de comparación solo serán relevantes aquellas relacionadas directamente con —o que sirvan de base para— la justificación del acto pretendidamente discriminatorio (Gavara de Cara, 2005, p. 112).

Imaginemos, por ejemplo, que el legislador establece que un homicida que usa un tenedor como arma debe recibir cadena perpetua, pero uno que use un cuchillo ha de ser condenado a 25 años de prisión. Si el homicida del tenedor pretende argumentar un caso de discriminación, debe considerar al homicida del cuchillo como parámetro de comparación. Si la norma penal tiene por función proteger la vida humana desincentivando conductas que la ponen en riesgo, ambos tipos penales comparten las mismas características de cara a la protección de la vida. Tanto el tenedor como el cuchillo ponen en riesgo la vida de la misma forma. Por tanto, no cabría establecer diferencias entre ambos. En esa medida, el homicida del cuchillo es un parámetro de comparación correcto para el homicida del tenedor. No lo es porque sean cubiertos de mesa, sean de metal o sirvan para comer; es parámetro de comparación porque resulta igualmente eficaz para poner en riesgo la vida en manos de un homicida.

El *trato menos beneficioso* consiste en el menoscabo o afectación sufrida por el afectado en relación con el parámetro de comparación. Es el acto pretendidamente discriminatorio. Actualmente se reconocen los tratamientos *de iure* y *de facto* en la medida en que en el mundo se ha venido superando la con-

3 Traducción libre de: «It must be established that other persons in an analogous or relevantly similar situation enjoy preferential treatment».

cepción meramente formal de la igualdad y la discriminación. Regresaremos sobre este punto más adelante.

Para determinar si en realidad existía una *justificación objetiva y razonable* para la diferencia se aplica el principio de proporcionalidad, para el cual se debe verificar: (i) la idoneidad para atender un fin legítimo y objetivo, (ii) la necesidad de la medida y (iii) la proporcionalidad entre las afectaciones. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado:

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

65. El test de razonabilidad o proporcionalidad, como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia N.º C-022/96), es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho-principio a la igualdad. Dicho test se realiza a través de tres subprincipios: 1. subprincipio de idoneidad o de adecuación; 2. subprincipio de necesidad; y 3. subprincipio de proporcionalidad strictu sensu [14]. Criterios que en su momento fueron utilizados por este Colegiado en las sentencias 0016-2002-AI y 0008-2003-AI, entre otras. (Expediente N.º 0048-2004-PI/TC. *Vid* Expediente N.º 0606-2004-AA/TC, ¶¶ 10 *et seq*; Expediente N.º 02437-2013-PA/TC, ¶¶ 5 *et seq*; Expediente N.º 02835-2010-PA/TC, ¶¶ 39 *et seq*; Expediente N.º 0261-2003-AA/TC, ¶¶ 3.1 *et seq*; Expediente N.º 0261-2003-AA/TC, ¶¶ 3.1 *et seq*)

Los principales tribunales y autoridades de derechos humanos han interpretado los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos en el mismo sentido (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2008, pp. 195 *et seq*; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, 2009; *Cecilia Derksen v. The Netherlands*, 2004, ¶¶ 9.3; *Rupert Althammer et al. v. Austria*, 2003, ¶¶ 10.2 *et seq*; *Simunek et al. v. The Czech Republic*, 1995, ¶¶ 11 *et seq*; *Zwaan de Vries v. The Netherlands*, 1984, ¶¶ 13 *et seq*; *E.B. v. Francia*, 2008, ¶¶ 91 *et seq*; *Gaygusuz v. Austria*, 1996, ¶¶ 42 *et seq*; *Sidabras y Džiautas v. Lituania*, 2004, ¶¶ 51 *et seq*; *Weller v. Hungría*, 2009, ¶¶ 27 *et seq*; *Sejdić y Finči v. Bosnia Herzegovina*, 2009, ¶¶ 42 *et seq*). Se remite la explicación del *test* de ponderación en este respecto.⁴

Debe tenerse en cuenta que el peso de la justificación del Estado puede variar en ciertas cortes, como en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dependiendo de si la diferenciación se basa en alguno de los motivos prohibidos de discriminación (McCrudden & Prechal, 2009, pp. 11-17). En tales casos, se presume un mayor peso a la igualdad que a la razón del Estado. Regresaremos sobre este punto más adelante.

Otro factor importante en la atribución de peso a la igualdad en el *test* de ponderación en la jurisprudencia internacional es el caso en que el trato diferenciado se ejerce en la distribución de algún bien público de alta importancia, tal como en lo relativo a derechos humanos (McCrudden & Prechal, 2009, pp. 19-21). El ejemplo más claro es el Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo artículo 14 protege de la discriminación en el goce de los derechos humanos: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras,

4 *Vid supra* 1.1.2.

origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

Los derechos humanos son atributos requeridos para el respeto de la dignidad humana, que parte de la igual consideración y respeto de todas las personas. El artículo 1 de la Constitución señala que la protección de la dignidad humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado. En tal sentido, con base en una interpretación sistemática del artículo 1 y el artículo 2.2, es posible colegir que en el Perú, en efecto, la afectación a la discriminación en el goce de los derechos fundamentales en un caso le otorga mayor peso a la igualdad en el *test* de discriminación.

1.2.3. La discriminación por motivos constitucionalmente prohibidos

La segunda oración del artículo 2.2 de la Constitución contiene una concreción del principio de igualdad como *interdicción de la discriminación*. Esta señala que «Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole». Se trata de un mandato —al Estado y a la sociedad— que prohíbe tratos diferenciados injustificados en relación con categorías de personas protegidas, cuyo listado constituye un *numerus apertus*.

Ahora bien: es preciso preguntarse cuál es la función de la lista de motivos constitucionalmente prohibidos de discriminación en el *test* clásico de discriminación. La posición adoptada por este trabajo es que, en la Constitución peruana, estos permiten subir el estándar de prueba de la justificación objetiva y razonable al otorgarle más peso al principio de igualdad en el *test* de ponderación, pero no son un requisito indispensable para declarar fundado un caso de discriminación. En otras palabras, en la prueba clásica son categorías sospechosas de discriminación para el análisis de la justificación objetiva y razonable o casos en los cuales la igualdad tiene mayor peso en la ponderación.

El motivo prohibido se refiere a las categorías de personas o grupos sociales que históricamente han sufrido marginación y tratos diferenciados, por lo cual diversas posibilidades de libertad se les encuentran negadas. La interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, aplicables en sede nacional por el artículo 3 y la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, señalan que la pertenencia a una categoría protegida puede determinarse en función de (i) la autoidentificación con el grupo, (ii) la percepción por otros de pertenencia a la categoría, o (iii) la asociación con el grupo (por ejemplo, los padres de un niño discriminado). Asimismo, en el caso de las acciones positivas de los Estados, cobra importancia la pertenencia a múltiples categorías protegidas, lo cual requiere medidas especiales (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2008, pp. 195 *et seq.*).

En el derecho internacional, la relevancia del motivo prohibido varía según la redacción de los instrumentos internacionales. Algunos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2.1 y, especialmente, el artículo 26 (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2008, pp. 195 *et seq.*), y la Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 14 (*Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, 1999; ¶ 36), tienen cláusulas abiertas amplias, pues prohíben la discriminación por «cualquier motivo». Es decir, el motivo prohibido no es un requisito esencial para probar el caso de discriminación.

Por otro lado, el motivo prohibido sí termina siendo relevante para el Pacto Internacional de DESC,⁵ la Convención

5 «2. The States Parties to the present Covenant undertake to guarantee that the rights enunciated in the present Covenant will be exercised without discrimination of any kind as to race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status». *Vid* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, 2009. («15. Article 2(2) lists the prohibited grounds of discrimination as “race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status”. The inclusion of “other status” indi-

UNESCO contra la Discriminación en la Educación⁶ y la Convención 111 de la OIT,⁷ pues sus disposiciones restringen el ámbito de aplicación material a los motivos prohibidos indicados (Vierdag, 1973, p. 108 *et seq*).

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interpretando la cláusula abierta amplia, ha señalado que los motivos prohibidos de discriminación tienen por efecto la inversión de la carga de la prueba y de un estándar estricto para sustentar la justificación del trato diferenciado (*E.B. v. Francia*, 2008, ¶ 91; *Gaygusuz v. Austria*, 1996, ¶ 42; *Sejdić y Finci v. Bosnia Herzegovina*, 2009, ¶ 44). En tal sentido, se trata de categorías sospechosas de discriminación. Esta interpretación es predicable de la Constitución peruana porque la cláusula abierta y su función son análogas al artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

La Constitución recoge una lista de dichos motivos prohibidos: «origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica». Dicha lista es un *numerus apertus* amplio, pues incluye «[motivos] de cualquier otra índole». Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que dichas razones son «ra-

cates that this list is not exhaustive and other grounds may be incorporated in this category. The express grounds and a number of implied grounds under “other status” are discussed below. The examples of differential treatment presented in this Section are merely illustrative and they are not intended to represent the full scope of possible discriminatory treatment under the relevant prohibited ground, nor a conclusive finding that such differential treatment will amount to discrimination in every situation»).

6 «1. For the purposes of this Convention, the term “discrimination” includes any distinction, exclusion, limitation or preference which, being based on race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic condition or birth, has the purpose or effect of nullifying or impairing equality of treatment in education and in particular».

7 «1. For the purpose of this Convention the term discrimination includes: [...] (a) any distinction, exclusion or preference made on the basis of race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin, which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation»).

zones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) [u] otras (“motivo”, “de cualquier otra índole”) que jurídicamente resulten relevantes» (Expediente N° 1423 -2013 -PA/TC, ¶ 18).

Entonces, el trato diferenciado por cualquier motivo puede dar lugar a discriminación, en tanto no tenga una justificación objetiva y razonable. Sin embargo, al indicarse dichos motivos como justificaciones prohibidas, en ningún caso podrían constituir una justificación objetiva y razonable para un trato diferenciado. Si se llega a determinar la existencia de dicho motivo, el estándar de la prueba de la justificación razonable se eleva para el responsable de la medida. En el *test* de ponderación, el principio de igualdad cobra además mayor peso.

El Tribunal Constitucional ha señalado, en ese sentido, que la existencia en un caso de discriminación por alguno de los motivos prohibidos expresamente por la Constitución da lugar a una inversión de la carga de la prueba y a un examen estricto de la justificación en el *test* de ponderación. Sobre el particular, se ha indicado lo siguiente:

Siendo ello así, este Tribunal ha de concluir que cuando una determinada forma de discriminación, sea ésta *directa* o *indirecta*, afecta el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente prohibidos por la Constitución, el juez constitucional habrá de sujetarse a las siguientes reglas: i) en primer lugar, será deber del demandado, y no del demandante, *probar* que dicha discriminación no se ha producido; ii) en segundo lugar, dicha demostración habrá de ser enjuiciada a través de un *control estricto*, con lo cual no basta con que el agresor demuestre la legitimidad del fin y la racionalidad de la medida, sino que debe justificar la *imperiosa necesidad* de la misma; y finalmente iii) en caso de *duda*, el juez habrá de inclinarse por la inconstitucionalidad de la medida adoptada. (Expediente N° 2317-2010-AA/TC, ¶ 34)

1.2.4. La discriminación indirecta

La concepción tradicional del principio de igualdad se enfocó en evitar los tratos diferenciados consistentes en el menoscabo o afectación sufrida por una persona o categoría de personas, en relación con el parámetro de comparación y sin justificación objetiva o razonable. Lo cierto es que en la experiencia estadounidense se hicieron notorios ciertos casos en que los tratos igualitarios en realidad eran los que causaban injusticias en la sociedad, en particular respecto de aquellos grupos o categorías de personas cuyo *status quo* consistía en un contexto de desigualdad y marginación. Para afrontar dichas situaciones surgió el *test* de discriminación indirecta.

El caso pionero (Fredman, 2011, pp. 177-178) fue *Griggs v. Duke Power*, en el que una fábrica impuso un requisito de mostrar la culminación de la educación escolar y un *test* de inteligencia para acceder a un puesto de trabajo de planta en una generadora de energía. Lo cierto es que dichas calificaciones no eran necesarias para ejecutar las labores encomendadas y tenían como resultado excluir del puesto a los postulantes afroamericanos. La corte determinó lo siguiente: «The Act proscribes not only overt discrimination but also practices that are fair in form, but discriminatory in operation. The touchstone is business necessity. If an employment practice which operates to exclude Negroes cannot be shown to be related to job performance, the practice is prohibited» (*Griggs v. Duke Power Co.*, 1971).

Este nuevo criterio fue rápidamente asimilado en el Reino Unido, Europa y a nivel internacional, tanto en la jurisprudencia como en la legislación antidiscriminación (Fredman, 2011, pp. 178-179). Por ejemplo, en ese sentido se ha interpretado el Pacto Internacional de DESC, cuyo «article 26 prohibits both di-

rect and indirect discrimination, the latter notion being related to a rule or measure that may be neutral on its face without any intent to discriminate but which nevertheless results in discrimination because of its exclusive or disproportionate adverse effect on a certain category of persons» (*Cecilia Derksen v. The Netherlands*, 2004, ¶¶ 9.3).

Entonces, bajo la hipótesis de la discriminación indirecta, la jurisprudencia del *common law* ha ajustado el *test* de discriminación relacional (Fredman, 2011, pp. 183 *et seq*): (i) el parámetro de comparación es grupal, (ii) el trato es uno igualitario o neutral pero cuyo impacto es perjudicial para un grupo, (iii) no debe existir una justificación objetiva y razonable, al igual que en el *test* de discriminación directa.

En la discriminación indirecta la medida neutral tiene un impacto perjudicial en una categoría de personas. Por definición, el parámetro de comparación no puede ser una sola persona, ya que si lo fuera ello no permitiría precisamente probar la existencia de un impacto perjudicial indirecto. Para funcionar, el examen del *parámetro de comparación debe ser grupal*.

La legislación europea ha identificado que el *trato igualitario puede tratarse de una disposición, una norma, un criterio de decisión o una práctica* (Fredman, 2011, p. 179). Estos supuestos permiten captar de manera amplia los hechos que pueden dar lugar a discriminación, sea por parte del Estado o de los privados. Esta disposición, criterio o práctica debe tener un efecto particularmente desventajoso en uno de los grupos. Para ello, los jueces en Estados Unidos y el Reino Unido han utilizado la *estadística para verificar el impacto* en un grupo respecto del parámetro de comparación. Por ejemplo, la Equal Opportunity Commission estableció un criterio numérico para determinar la existencia de discriminación indirecta: si el grupo afectado tenía una *ratio* de selección laboral del 80 % respecto al parámetro de comparación (Fredman, 2011, p. 186).

El uso de estadística, no obstante, significa una carga probatoria onerosa para los demandantes, mucho más aún cuando

en muchos casos no existe data disponible. Frente a este problema, en el ámbito europeo se ha utilizado la noción de la «particular desventaja», por la cual, con base en la apreciación del juez, se considera suficiente que este determine la existencia de un riesgo en abstracto, como posibilidad de producir un impacto dispar en una categoría de personas, para cumplir el requisito (Fredman, 2011, pp. 186-188).

El Tribunal Constitucional ha interpretado que la Constitución protege también a las personas de la discriminación indirecta. Al respecto ha señalado lo siguiente (Expediente N° 05652-2007-AA, ¶ 54; Expediente N° 1423 -2013 -PA/TC, ¶ 22):

En cambio, la discriminación es indirecta cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionadamente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate, pues la aplicación de una misma condición, un mismo trato o una misma exigencia no se les exige a todos por igual. Por ejemplo, el supeditar la obtención de un puesto de trabajo al dominio de un idioma en particular cuando la capacidad lingüística no es requisito indispensable para su desempeño es una forma de discriminación indirecta por razón de la nacionalidad o la etnia de origen.

En el caso *Miguel Armando Cadillo Palomino*, el Tribunal Constitucional estableció que se había producido discriminación indirecta por motivos de discapacidad (Expediente N° 2317-2010-AA/TC). El demandante no fue incluido en un registro de trabajadores cesados irregularmente, a pesar de que, aparentemente, contaba con los requisitos para ello. Al estar involucrado un motivo prohibido de discriminación, el Tribu-

nal invirtió la carga de la prueba sobre los demandados y señaló que estos debían probar que no existía discriminación y justificar de forma estricta la razón objetiva y razonable de la diferenciación. Los demandados no habían aportado prueba, por lo que se declaró fundada la demanda. Por dicha inversión de la carga de la prueba, el Tribunal no llegó a pronunciarse respecto a cuál sería su criterio respecto al parámetro de comparación y al impacto perjudicial en el grupo afectado.

El caso indicado en realidad no parece ajustarse a uno de discriminación indirecta. La manifestación del demandante, citada en la sentencia, es que:

[...] es una evidente discriminación —que ciertamente no se desprende del tenor literal de la resolución, pues ninguna autoridad pondría tal motivo de manera expresa— pues se colige de contrastar la documentación que presenté para mi incorporación en la lista y lo resuelto finalmente por la referida Secretaría Técnica. Pues a pesar de cumplir los mismos requisitos que las personas que he citado [...] no he recibido el mismo tratamiento. (Expediente N° 2317-2010-AA/TC, ¶ 30)

El Tribunal señaló luego que en el caso era aplicable lo que «la doctrina denomina “discriminación indirecta”, que es aquella en la cual el trato desigual *no* se manifiesta de forma clara o evidente, razón por la cual es necesario acudir a elementos de prueba adicionales a fin de acreditar que el trato discriminatorio se ha producido» (Expediente N° 2317-2010-AA/TC, ¶ 31)

Lo que el demandante alegó fue que la decisión de la autoridad hizo un trato diferenciado directo, pues no lo incorporó en el registro pese a contar con los mismos requisitos que los demás. El hecho que hace que el Tribunal plantee el caso como discriminación indirecta fue que la resolución no indicó que la diferenciación se hacía por la discapacidad. Sin embargo, el «ocultamiento» del motivo no convierte la medida en una neu-

tral que indirectamente afecta a un grupo particular. La medida fue un trato diferenciado, solo que no se indicó expresamente que se trataba de un motivo prohibido. La discriminación en esta circunstancia era directa.

Sea como fuere, en el caso *Rosa Bethzabé Gambini Vidal* se ha adoptado la definición tradicional de discriminación indirecta. Se establece un parámetro de comparación grupal al requerir la existencia de un impacto en los miembros de un «colectivo». El trato es uno «aparentemente imparcial o neutro», pero tiene «efectos desproporcionadamente perjudiciales» en un gran número de integrantes de un colectivo. El ejemplo puesto por el Tribunal revela que el examen del efecto perjudicial es uno *in abstracto*, es decir, que corrobora únicamente el riesgo del impacto antes que requerir estadísticas o data, o una prueba *in concreto* (Expediente N° 05652-2007-PA/TC, ¶ 54). Esta lógica se ajusta con el alivio de la carga de la prueba a los demandantes, especialmente en un país como el Perú, que adolece de falta de data o estudios estadísticos.

1.2.5. La discriminación sin parámetro de comparación

En la jurisprudencia del *common law*, los casos de discriminación por embarazo revelaron que el tradicional *test* de discriminación relacional podía generar resultados injustos (Fredman, 2011, p. 168). Las mujeres embarazadas no tenían parámetro de comparación —es decir, un hombre con las mismas características que una embarazada, a efectos de demostrar que había un trato diferenciado por motivo del sexo (Gavara de Cava, 2005, p. 55)—. Este mismo problema afecta a los casos de discapacidad y acoso sexual (Fredman, 2011, pp. 168 *et seq*).

A partir de los casos de la Corte Europea de Justicia *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum)* (1990) y *Carole Louise Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd.* (1994) se estableció el precedente de considerar los casos de tratos desfavorables debido al

embarazo como casos de discriminación directa. Ambos casos establecieron que la negativa de contratación o los despidos en razón del embarazo eran casos de discriminación, pues se trata de una condición indesligable del ser mujer. Asimismo, se estableció que era irrelevante la ausencia de hombres en las mismas condiciones y que tampoco era necesario determinar una comparación con hombres con enfermedad.

El Tribunal Constitucional peruano ha seguido la misma línea de decisión en el caso de cadetes embarazadas. En los casos *Rosa Bethzabé Gambini Vidal* (Expediente 05652-2007-PA/TC) y *Andrea Celeste Álvarez Villanueva* (Expediente N° 1423-2013 -PA/TC) se estableció el mismo precedente:

Por ello, la prohibición de acceso a la educación o la expulsión de una estudiante por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, como también lo puede ser por ejemplo la negativa a contratar a una mujer embarazada, o cuando una trabajadora percibe una remuneración inferior a la de un trabajador por un mismo trabajo. Son manifestaciones de discriminación directa porque excluyen la posibilidad de justificar, objetivamente, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida. (¶ 34)

El Tribunal funda esta consideración en «la necesidad de terminar con la histórica situación de inferioridad de la mujer» y por el objeto de «asegurar la igualdad real de la mujer» (¶ 22). Es decir, la constatación de un trato desfavorable a una persona dentro de una categoría protegida da lugar al requerimiento de protección, por la necesidad de traer igualdad real en la sociedad para dicho grupo de personas históricamente marginado. En este tipo de casos, en los que no es posible establecer un parámetro de comparación y existe un trato desfavorable para un grupo de personas protegidas, cabe prescindir del requisito del parámetro de comparación para establecer un caso de discriminación.

Nótese cómo este tipo de casos reposan en la necesidad de traer igualdad real o material a la sociedad. Las personas pertenecientes a los grupos marginados se ven imposibilitadas de hacerse responsables de su propia vida por la existencia de condiciones o barreras *ab initio* en la sociedad.

Esta manifestación positiva de la igualdad y el abandono del *test* relacional para los casos en los que no es posible establecer un parámetro de comparación se revela de mejor forma en los *ajustes razonables* cuando se trata de personas con discapacidad. Sus condiciones físicas o mentales requieren un tratamiento particular y diferente que les permita gozar de las mismas libertades y posibilidades que el resto de las personas. El Tribunal Constitucional ha reconocido esta interpretación en su jurisprudencia (Expediente N° 0606-2004-AA/TC, ¶ 11; Expediente N° 0048-2004-PI/TC, ¶¶ 63), al igual que la jurisprudencia internacional de derechos humanos (*Gemma Beasley v. Australia*, 2016, ¶¶ 8.2 *et seq*; *Liliane Gröninger v. Alemania*, 2014, ¶ 6.2), y la ha aplicado en el caso de la prohibición de ingresar en supermercados con animales. Tal medida restringía la libertad únicamente de las personas ciegas, pues la prohibición dificultaba el libre desplazamiento de las personas que requerían un perro lazarillo. El Tribunal señaló lo siguiente:

6. [...] La igualdad jurídica presupone, pues, dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que se afecta a esta no solo cuando frente a situaciones sustanciales iguales se da un trato desigual [discriminación directa, indirecta o neutral, etcétera], sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario [discriminatorio por indiferenciación].

7. [...] Tal régimen legal de protección especial no se circunscribe solo a medidas de asistencia sanitaria sino que, en general, comprende el deber estatal de establecer ajustes razonables orientados a promover las condiciones ne-

cesarias que permitan eliminar las exclusiones de las que históricamente han sido víctimas. [...]

9. El Tribunal debe hacer notar que todas las actividades en las que participa el ser humano –educativas, laborales, recreacionales, de transporte, etcétera– han sido planeadas para realizarse en ambientes físicos que se ajustan a los requerimientos y necesidades de las personas que no están afectadas de discapacidad. Su planificación, por lo tanto, ha respondido a una imagen del ser humano sin deficiencias físicas, sensoriales o mentales. Históricamente, pues, ese entorno ha sido hostil con las personas que sufren de alguna discapacidad. La falta de ambientes físicos adecuados a las necesidades de las personas con discapacidad ha desencadenado, primero, su marginación y, luego, su exclusión de todos estos procesos sociales, presentándose tales déficits de organización de la estructura social como el principal impedimento para que este sector de la población acceda al goce y ejercicio pleno de sus derechos y libertades. (Expediente N° 02437-2013-PA/TC)

En efecto, el auge del liberalismo igualitarista ha conllevado el reconocimiento de que la discriminación no solo se puede producir por una acción, sino también por una omisión. La formulación negativa clásica busca únicamente evitar o erradicar las situaciones concretas en que se ha producido un trato discriminatorio. Actualmente ha cobrado importancia una formulación positiva que reconoce la situación históricamente negativa en la que viven diversos grupos de la sociedad, y por la cual el Estado y los ciudadanos deben crear un cambio material. Es usual que esta formulación se vincule con la desigualdad entre desiguales. Esta interpretación positiva de la igualdad ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional (Expediente N°0606-2004-AA/TC, ¶¶ 10 *et seq*; Expediente N° 02437-2013-PA/TC, 2014 ¶¶ 5 *et seq*; Expediente N° 0048-2004-PI/TC, ¶¶ 60 *et seq*;

Expediente N° 02835-2010-PA/TC, ¶¶ 39 *et seq*; Expediente N° 0261-2003-AA/TC, ¶¶ 3.1 *et seq*).

Por ejemplo, el mecanismo de cuotas es el paradigma de las formulaciones positivas de la igualdad. Por él se asignan espacios reservados para grupos históricamente marginados, como determinados grupos étnicos o mujeres, en universidades, directorios de empresas o incluso en parlamentos. Sin embargo, las prestaciones positivas pueden adquirir diversas formas.

Otro ejemplo es lo dispuesto por la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, que establece mandatos específicos de los Estados para implementar medidas que contribuyan a eliminar la marginación de la mujer en diversas esferas como la educación, la familia, el trabajo y en las zonas rurales. En el ámbito educativo, la Convención señala:

Artículo 10.-

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- a) Las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las instituciones de enseñanza de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas; esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica y profesional, incluida la educación técnica superior, así como en todos los tipos de capacitación profesional;
- b) Acceso a los mismos programas de estudios y los mismos exámenes, personal docente del mismo nivel profesional y locales y equipos escolares de la misma calidad;
- c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en

todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos en enseñanza;

d) Las mismas oportunidades para la obtención de becas y otras subvenciones para cursar estudios;

e) Las mismas oportunidades de acceso a los programas de educación complementaria, incluidos los programas de alfabetización funcional y de adultos, con miras en particular a reducir lo antes posible la diferencia de conocimientos existentes entre el hombre y la mujer;

f) La reducción de la tasa de abandono femenino de los estudios y la organización de programas para aquellas jóvenes y mujeres que hayan dejado los estudios prematuramente;

g) Las mismas oportunidades para participar activamente en el deporte y la educación física;

h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965, cuyo artículo 7 establece lo siguiente:

Los Estados partes se comprometen a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos, así como para propagar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y de la presente Convención.

El principio de igualdad en su formulación positiva o material no solo alcanza al Estado sino también a los privados. Así lo interpretó el Tribunal Constitucional en el caso de las personas con discapacidad, por el cual los privados están obligados a efectuar ajustes razonables para contribuir con facilitar la libertad de las personas con discapacidad (Expediente N° 02437-2013-PA/TC).

1.2.6. Conclusión

Entonces, a partir de lo señalado en este acápite, es posible concluir lo siguiente:

1. La igualdad de dignidad, trato y respeto de los seres humanos es uno de los principios fundamentales de las más importantes corrientes de filosofía moral y política contemporáneas. Este principio se concreta en la necesidad de generar condiciones de igualdad material en la sociedad para que todas las personas puedan hacerse responsables de su propia vida.
2. El principio de igualdad formal tradicional es una prohibición de arbitrariedad en la formación y aplicación de las leyes. Su planteamiento dio lugar al tradicional *test* de discriminación relacional por el cual se debe establecer (i) un parámetro de comparación, (ii) un trato menos favorable respecto al parámetro de comparación y (iii) la ausencia de justificación objetiva y razonable sobre la base del *test* de ponderación.
3. La prohibición de discriminación por motivos prohibidos se origina en la necesidad de proteger a ciertas categorías de personas históricamente marginadas. La Constitución plantea un *numerus apertus* de categorías de personas. La demanda de discriminación por motivos prohibidos da lugar a una inversión de la carga de la prueba y concede mayor peso al principio de igualdad en el *test* de ponderación.

4. La discriminación indirecta es una variación del *test* relacional de discriminación en los casos en que una medida, criterio o política neutral o igualitaria da lugar a un impacto perjudicial en un grupo o colectivo de personas.
5. En los casos en los que está involucrado un grupo o categoría protegido de personas y no es posible establecer un parámetro de comparación, se debe prescindir de este requisito para probar un caso de discriminación. Esta es una manifestación de la igualdad en sentido material, que incluso da lugar al mandato de realizar ajustes o tomar acciones positivas con el objeto de lograr que las personas puedan lograr hacerse responsables de sus propias vidas y evitar las barreras impuestas por la sociedad.

Según se explicará más adelante, las premisas señaladas serán de aplicación para la verificación de la hipótesis de este trabajo.

1.3. El derecho a la educación en la Constitución Política del Perú de 1993

El derecho a la educación es consignado en diversas disposiciones de la Constitución Política del Perú de 1993; en particular, entre los artículos 13 y 19, que recogen diferentes derechos prestacionales, derechos de libertad y mandatos de organización en cabeza del Estado.

Para comprender el derecho a la educación, en el primer acápite (1.3.1) se le ubica dentro de lo que tradicionalmente se ha denominado «derechos sociales». Para ello, se desarrolla este concepto y la problemática jurídica asociada a él, que será aplicable a determinadas normas comprendidas dentro del derecho a la educación. En el segundo acápite (1.3.2) se hace un acercamiento a la educación desde el plano de la teoría moral y política, en la medida en que esta es necesaria e inevitable en la elaboración de un discurso sobre un derecho fundamen-

tal, según se ha demostrado. En el tercer acápite (1.3.3) se desarrolla de lleno el contenido constitucional del derecho a la educación, lo cual comprende la adscripción de las diversas normas iusfundamentales comprendidas en dicho derecho. En esa línea, se sigue el desarrollo del Tribunal Constitucional, que ha diferenciado fines, estándares y principios del derecho a la educación. En el cuarto acápite (1.3.4) se analiza cuál es la relación entre el derecho a la igualdad y el derecho a la educación, tanto desde el punto de vista de su fundamentación como desde el contenido de ambos derechos. En el quinto acápite (1.3.5) se desarrolla la relación entre la libertad de los padres de decidir con respecto a la educación de sus hijos y cómo analizar casos de conflicto entre la política educativa del Estado y las facultades decisorias de los padres. Y en el sexto acápite (1.3.6), finalmente, se estudia la relación entre la discrecionalidad del Estado para regular e implementar la política educativa y el derecho a la educación, así como sus posibles conflictos.

1.3.1. Los derechos sociales en la Constitución Política del Perú de 1993

Para entender en qué consisten los derechos sociales, es necesario remitirse nuevamente a la evolución del constitucionalismo. Si bien hasta este punto se ha hecho referencia, en el caso europeo, a la transformación del Estado de derecho liberal al Estado constitucional, es necesario exponer en este punto una fase intermedia de tal proceso, en la que se gestaron diversos derechos de carácter social que fueron recogidos en algunas constituciones precursoras de lo que ahora se denomina el Estado social. Estas son: la Constitución Política de los Estados Mexicanos, promulgada en 1917 por el Congreso Constituyente que sesionó en la ciudad de Santiago de Querétaro; y la Constitución del Imperio Alemán, promulgada en 1919 por la Asamblea Nacional Constituyente reunida en la ciudad de Weimar (Carbonell, 2008, pp. 43-71; Arango Rivadeneira, 2015, pp. 1680-1681).

En efecto, el constitucionalismo del siglo XIX se caracterizó por regular exclusivamente la organización del poder y los procedimientos para la emisión de legislación válida. Fuera de ello, eran las leyes las que se encargaban de normar la autonomía privada de los ciudadanos en lo referente a la propiedad, los contratos y la responsabilidad por ilícitos. Sin embargo, fruto de diversos movimientos obreros y sociales desde finales del siglo XIX, en el período de entreguerras se logró recoger diversos derechos sociales en las nuevas Constituciones.⁸

En efecto, a nivel internacional, desde 1890 se empezaron a llevar a cabo conferencias internacionales para la adopción de instrumentos que mejorasen la situación laboral en el mundo, con un hiato producto de la Primera Guerra Mundial. Con la fundación de la OIT en 1919 se retomaron los esfuerzos. Sin embargo, sería solo con la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, luego de la Segunda Guerra Mundial, que se establecería el primer instrumento internacional que recogía los ideales del movimiento de derechos humanos, incluyendo la seguridad social, el derecho al trabajo, los derechos sindicales, el derecho al descanso y a las vacaciones pagadas, alimentación, vestido, vivienda, salud y el derecho a participar de la vida cultural de la comunidad. Los derechos sociales se convertirían en obligaciones internacionales de los Estados desde 1976, cuando entró en vigor el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (Beiter, 2006, pp. 50-51).

En esa línea, la precursora Constitución de Querétaro de 1917, artículo 123, recogió diversos derechos laborales como la jornada de ocho horas, el derecho a un salario mínimo, la igualdad en el trabajo, los derechos de maternidad, el derecho

8 Por supuesto, como señala el profesor Arango, desde el siglo XVIII existieron instituciones de beneficencia, tanto públicas como privadas. Uno de los principios de la Revolución francesa fue precisamente la fraternidad (2015, pp. 1680-1681).

a la huelga y a la sindicalización, entre otros. La Constitución de Weimar de 1919 recogió el derecho a la educación pública y a la seguridad de salud en el artículo 143 y 161, respectivamente. El profesor Sagüés señala los fundamentos ideológicos presentes en este tipo de constituciones propias de un Estado social: conceptos de libertad positiva y de igualdad sustancial, democracia participativa, dignificación ética y política del trabajo y de los trabajadores, función social de la propiedad, dignidad de vida como meta gubernativa, solidaridad como deber jurídico, justicia social e intervencionismo estatal (Sagüés, 2007, pp. 10-11).

Puede notarse, por un lado, que algunos de dichos derechos constituyen límites a la autonomía privada en favor de personas con menor poder de negociación, como es el caso de los derechos laborales. Otro grupo de derechos constituyen prestaciones materiales para atender necesidades básicas como la salud, la educación o la vivienda. En esa línea, el profesor García Toma ha señalado: «Se denominan derechos sociales a aquellas facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos que se encuentran en situación de desventaja por razones económico-sociales, o sea, con una posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida no acordes con la dignidad humana» (García Toma, 2008, p. 331).

La Constitución peruana de 1993 ha incluido en su catálogo de derechos fundamentales sociales, en el capítulo II del título I, el derecho a la salud, el derecho al agua potable, el derecho a la seguridad social, el derecho a la pensión, el derecho a la educación básica y universitaria y los derechos laborales.

Su fundamentación se ha buscado en diversos principios, como el principio de autonomía desde un punto de vista positivo, el principio de igualdad como igualdad de oportunidades, e, incluso, el principio de solidaridad desde una visión más comunitarista (Arango Rivadeneira, 2015, pp. 1680-1681; Carbonell, 2008, pp. 43-71). El Tribunal Constitucional ha señalado que su fundamento se encuentra en una concepción positiva de la libertad:

11. El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real (García Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Editorial Alianza. 1980, pág. 26), lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones. (Expediente N° 0008-2003-AI/TC)

En línea con la posición que sostenemos en este trabajo, es posible fundamentar los derechos sociales con base en el principio de igualdad de dignidad, trato y respeto, lo cual es coherente con la posición del Tribunal Constitucional. Los derechos sociales en general buscan crear condiciones materiales o fácticas que permitan a las personas hacerse responsables de sus propias vidas, en lugar de estar sujetas a la ruleta rusa del nacimiento. Esta igual libertad no es sino una condición necesaria para que las personas gocen de igual dignidad.

Desde un punto de vista estructural, se ha planteado utilizar el concepto de derechos prestacionales o derechos positivos, en contraposición a los derechos abstencionistas o derechos negativos (Carbonell, 2008, pp. 43-71; Arango Rivadeneira, 2015, pp. 1680-1681). Es decir, los primeros exigirían una actuación del Estado, mientras que los segundos requieren que el Estado no actúe.

Ahora bien: esta clasificación no es exacta, por diversas razones. No permite incluir todos los derechos que históricamente se consideran derechos sociales, tales como los laborales, ya que, antes que exigir acciones del Estado, principalmente imponen límites a la autonomía privada. Asimismo, en los derechos prestacionales pueden incluirse derechos que no provienen del mismo origen histórico, como la tutela jurisdiccional efectiva (Alexy, 1993, pp. 427 *et seq*). Por otro lado, como ha sido demostrado por Holmes y Sunstein, en realidad todos los derechos requieren de acciones estatales para ser efectivos o, en otras palabras, para existir en la realidad. Para lograr plenas libertades o protección a la propiedad privada se requiere de un Poder Judicial financiado por los contribuyentes que brinde remedios a sus afectaciones (Holmes & Sunstein, 1999; Abramovich & Courtis, 2002, pp. 21-37).

El carácter prestacional de los derechos sociales está tradicionalmente vinculado con lo que se ha denominado su carácter programático o progresivo (Carbonell, 2008, pp. 43-71; Arango Rivadeneira, 2015, pp. 1680-1681). Estos derechos requieren que las instituciones del Estado ejecuten determinados comportamientos, se organicen y actúen a gran escala, disponiendo de recursos públicos para cumplir los mandatos derivados de ellos. Los profesores Abramovich y Courtis señalan como medidas que debe adoptar el Estado la adecuación del marco legal, el relevamiento de información, la vigilancia y planeamiento, la provisión de recursos y la garantía de niveles esenciales (2002, pp. 79-89). El carácter progresivo de los derechos, por su parte, está vinculado con el mejoramiento de los niveles de protección y con la prohibición de regresividad, salvo justificación (2002, pp. 92-117).

El Tribunal Constitucional ha señalado que «su vigencia y exigibilidad requiere de una participación protagónica del Estado en su desarrollo» (Expediente N° 0011-2002-AI, ¶ 9). Ello puede partir de la emisión de normativa, de la elaboración de políticas públicas y de la ejecución de actos materiales. De he-

cho, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece expresamente este entendimiento en el artículo 2.1:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Por su parte, la doctrina peruana también ha caracterizado de la misma forma los derechos sociales. Al respecto, el profesor García Toma señala que «[e]n suma, los derechos programáticos o de principio postulan una obligación política a cargo del Estado; la cual en su momento debe derivar en una regulación normativa concretizadora [*sic*]; y con ello deviene en el futuro, en un derecho subjetivo posible de tutela jurisdiccional» (2008, p. 333).

Precisamente, la necesidad de que sean las políticas públicas del Gobierno las que lleven a su realización los derechos sociales prestacionales ha implicado que exista una discusión importante respecto a la posibilidad de exigir jurisdiccionalmente la satisfacción de un derecho de tal naturaleza. Este se trata del problema de la «justiciabilidad» de los derechos sociales (Carbonell, 2008, pp. 43-71; Arango Rivadeneira, 2015, pp. 1680-1681; Abramovich & Curtis, 2002, pp. 37-47).

En el Perú, el Tribunal Constitucional ha dejado establecido que, atendiendo a las circunstancias del caso, sí es posible exigir por vías jurisdiccionales que el Estado cumpla directamente los mandatos de los derechos sociales. El caso fundamental es el caso *Azanca Meza*, en el que la demandante solicitó tratamiento de antirretrovirales contra el SIDA considerando su si-

tuación delicada y de pobreza. El Tribunal dio cuenta de cómo la exigibilidad de los derechos sociales, como la salud pública, se encuentra supeditada al presupuesto estatal, pues no resulta fácticamente posible otorgarle un puesto de trabajo, una vivienda o los mejores servicios de salud a todos y cada uno de los ciudadanos (Expediente N° 2945-2003-AA; Expediente N° 2016-2004-AA/TC, ¶ 32). Por ello, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, «la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado» (Expediente N° 2945-2003-AA; Expediente N° 2016-2004-AA/TC, ¶¶ 31-32).

El Tribunal Constitucional consideró especialmente la inacción prolongada y el grado alto de afectación que sufriría la demandante de no acceder al tratamiento de salud. Al respecto, se indicó que la disponibilidad presupuestal «de ninguna manera puede justificar la inacción prolongada, como se ha subrayado en los fundamentos anteriores, ya que ello deventraría en una omisión constitucional» (Expediente N° 2945-2003-AA.; Expediente N° 2016-2004-AA/TC, ¶ 49). La decisión del caso determinó «recomendar acciones concretas por parte del Estado para la satisfacción de estos derechos, sea a través de acciones legislativas o de ejecución de políticas» (Expediente N° 2945-2003-AA; Expediente N° 2016-2004-AA/TC, ¶ 49). Este mismo criterio fue seguido previamente en el caso *José Luis Correa Condori* (Expediente N° 2016-2004-AA/TC, ¶¶ 48-49).

Si bien el Tribunal Constitucional no sigue un esquema claro, su razonamiento apunta a un *test* de ponderación como la forma argumental para resolver el problema de la judicialización de los derechos sociales. Al respecto, señala que «la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal» (Expediente N° 2945-2003-AA, ¶ 33). El Tribunal da cuenta del conflicto o colisión entre dos principios fundamentales, la

autonomía presupuestal y el derecho social, y acepta que no existe una respuesta o un orden de prelación absoluto, sino que se debe verificar en cada caso el grado de afectación al derecho.

El profesor Alexy propone una metodología similar a la ponderación como un esquema de argumentación que permitiría justificar en qué casos un tribunal podría ordenar al Gobierno satisfacer un derecho social. Se debe precisar que el análisis del profesor Alexy se basa en la Constitución alemana, que no contiene una lista tan detallada de derechos sociales, sino que estos se interpretan a partir de la cláusula abierta del Estado social. Sin perjuicio de ello, el análisis resulta aquí aplicable para interpretar en cada caso el contenido justiciable de un derecho y se ajusta y esquematiza al criterio del Tribunal Constitucional (Arango Rivadeneira, 2015, p. 1703).

En un caso de justiciabilidad de un derecho social, por un lado, se refleja el principio iusfundamental en cuestión. El derecho en cuestión entrará en conflicto con «los principios formales de la competencia de decisión del legislador democráticamente legitimado y el principio de la división de poderes, como así también principios materiales que, sobre todo, se refieren a la libertad jurídica de otros pero, también, a otros derechos fundamentales sociales y a bienes colectivos» (Alexy, 1993, pp. 494-495). El derecho será atendible si triunfa en un juicio de ponderación, porque su atención es exigida urgentemente y los principios en colisión «son afectados en una medida relativamente reducida a través de la garantía iusfundamental de la posición de prestación jurídica» (Alexy, 1993, pp. 494-495).

Entonces, en aplicación del esquema de razonamiento del profesor Alexy y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, en un caso en el que se exija al Estado la satisfacción de un derecho social, se deberá aplicar un examen de ponderación entre los principios que se encuentren en juego: por un lado, la norma del derecho social que se exige y, por otro lado, los principios de autonomía del Gobierno o el Parla-

mento (relacionados con su margen de apreciación) y el principio de competencia presupuestaria; así como los derechos de otros que se puedan ver afectados. Entre dichos principios deberán aplicarse los análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad para determinar la regla que debe ejecutarse en cada caso.

Estas consideraciones nos llevan, asimismo, al entendimiento de que los derechos sociales no son principios distintos de otros derechos liberales. Se trata de mandatos de optimización que exigen la realización de diversos fines en la mejor medida de lo posible. Esto no debería significar el abandono de una clasificación tradicional, que facilita un entendimiento común de un grupo de derechos que pueden denominarse derechos sociales. Lo único que debe tenerse en cuenta es que son derechos fundamentales como cualquier otro (Abramovich & Courtis, 2002, pp. 47-64).

Precisamente, en la experiencia comparada, considerando además los cuestionamientos a la justiciabilidad directa de los derechos sociales, se han elaborado diversas estrategias para exigir indirectamente su tutela judicial. Por ejemplo, han sido propuestas estrategias a partir del derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación desde una concepción material. Un caso emblema es el de *Brown v. Board of Education*, en el que se logró la tutela del derecho a la educación mediante un argumento de igualdad. Otra vía es el derecho al debido proceso mediante la exigencia de acceso a los procedimientos para exigir seguridad social. Asimismo, se puede plantear derechos civiles como la vida para exigir derechos sociales como el derecho a la vivienda o el derecho a la salud (Abramovich & Courtis, 2002, pp. 117-254).

Lo señalado en este acápite será tomado en cuenta para el análisis de la hipótesis de este trabajo y de los alcances exigibles del derecho a la educación recogido en la Constitución.

1.3.2. El derecho a la educación desde la teoría moral y política de la democracia liberal

La provisión de educación por parte del Estado ha sido motivo de amplia controversia en la teoría política y moral. ¿Está justificado que el Estado provea de educación a los niños?, ¿cómo debe ser esa educación?, ¿cuál debe ser el rol del Estado y cuál el de los padres en relación con la educación de los hijos? Veamos cómo ha tratado estos problemas el liberalismo.

Un primer punto de vista liberal propone que la educación de los niños debe ser dejada en manos de los padres. La posición parte de un hecho de la naturaleza, que es que los niños son traídos al mundo y criados por sus padres desde el inicio de los tiempos. En esa medida, el Estado no tendría por qué intervenir en el espacio natural de autoridad de la familia. Esta posición es coherente con los principios liberales de pluralidad y neutralidad del Estado (Gutmann, 1987, pp. 28-33; Moschella, 2016, pp. 49 *et seq.*).

Un segundo punto de vista liberal perfeccionista propone que, por el contrario, es el Estado el que tiene que asegurar la libertad de los individuos y lograr que, en efecto, estos se conviertan en adultos autónomos. En esa medida, el Estado debe asegurar, mediante la educación, que los niños puedan estar expuestos a diversos puntos de vista valorativos, para que cada persona tenga la posibilidad de formarse sus propios valores y decidir la mejor forma de llevar su vida. Esto, además, contribuye a crear una democracia libre desde el punto de vista político (Gutmann, 1987, pp. 33-41; Moschella, 2016, pp. 74 *et seq.*).

Un tercer punto de vista, ecléctico, parte del liberalismo político de Rawls (Rawls, 2005; Callan, 1997, pp. 12 *et seq.*; Moschella, 2016, pp. 74 *et seq.*). Esta posición reafirma el principio de neutralidad del Estado y el principio de pluralismo, por el cual el Estado debe permitir que cada persona decida sobre sus propios valores y la forma de guiar su vida. Sin embargo, reconoce que un Estado pluralista y libre solo puede lograrse en la

medida en que los ciudadanos sean personas razonables, que admitan y toleren los diferentes puntos de vista. En tal sentido, se justifica que el Estado provea educación que permita exponer a las personas a estos valores cívicos primordiales para la existencia de un Estado liberal (Gutmann, 1987, pp. 41 *et seq*; Macedo, 1995, pp. 468-496; Callan, 1997, pp. 12 *et seq*). Nuestro trabajo adopta esta posición.

Como se señaló previamente, el principio de igual dignidad, que se traduce en el respeto a la autonomía de las personas, exige que cada uno pueda hacerse responsable de su propia vida. Es decir, que todas las personas tengan el derecho de formarse valores, decidir cómo actuar, actuar y percibir los beneficios o perjuicios de sus acciones y decisiones.

Sin embargo, existen diversas condiciones sociales o naturales que impiden que muchas personas sean responsables de su propia vida. La ruleta de la vida otorga beneficios y perjuicios a las personas sin ninguna justificación de carácter moral. Es un principio de justicia, entonces, paliar los efectos de dichos hechos fortuitos para que las personas puedan efectivamente ser responsables por su propia vida y permitir así el igual respeto a la dignidad de todos. Precisamente los derechos sociales buscan eliminar aquellas condiciones que son barreras fortuitas a la libertad de las personas. El Estado social ha reconocido la necesidad de brindar educación, salud y vivienda a las personas como principios de justicia de la sociedad que actualmente son reconocidos en Constituciones como la peruana.

A partir de la necesidad de paliar la ruleta de la vida, se trata de un principio de justicia que el Estado solviente la educación de los niños, para que todos cuenten con los conocimientos necesarios para ser adultos autónomos.

Para desenvolverse y sostenerse en la esfera política, económica y cultural de las sociedades actuales, las personas requieren adquirir diversos conocimientos básicos desde temprana edad. Como señala la profesora Levinson: «In many cases, having a particular job or career will constitute an intrinsic reali-

zation of part of their conception of the good; for many others, having a job will be an extrinsically necessary means of earning the resources required for realizing their chosen way of life» (2004, p. 137). Es decir, un requisito indispensable para la autonomía es que la persona tenga la capacidad de sobrevivir por sí misma, para lo cual le resulta fundamental la preparación en aquellas materias que permitan al niño convertirse en un adulto productivo.

Por supuesto, ser adultos autónomos no solo significa contar con conocimientos que permitan incorporarse a la fuerza laboral o generar ingresos económicos. Ser un adulto autónomo, que puede hacerse responsable de su propia vida, involucra estar en la capacidad de examinar los valores a los cuales decidir adherirse para llevar una vida buena (Levinson, 2004, pp. 22-35). Para desarrollarse como personas autónomas y agentes en las sociedades plurales contemporáneas, los niños deben formarse y adquirir conocimientos para que puedan comprender y reexaminar sus propios valores. Únicamente así, las personas se encuentran en la posibilidad real de llevar efectivamente las riendas de su propia vida.

Esto, por supuesto, no puede significar que los pupilos se conviertan en *tabulas rasas* y que dejen de lado los valores provenientes del hogar y de su comunidad. En una sociedad plural y libre, se deben respetar las valoraciones particulares de todas las personas, en tanto estas a su vez se enmarquen en principios de tolerancia y razonabilidad con los valores y los derechos de los demás. Lo que la educación debe permitir es que dicha valoración sea efectivamente libre y no producto de un adoctrinamiento servil (Callan, 1997, pp. 152 *et seq*).

Un Estado liberal y plural, asimismo, requiere que sus ciudadanos respeten el marco de tolerancia de la pluralidad de valoraciones de formas de llevar una vida buena. Para ello, resulta necesario que en las escuelas exista educación cívica y en derechos humanos. Es un hecho que diversas personas o instituciones se encuentran en la capacidad de violar los de-

rechos humanos de otras personas y, de hecho, ocurre. Un factor que contribuye a las violaciones de derechos humanos es la desinformación. Los infractores no conocen qué son los derechos humanos y qué razones existen para considerarlos de la máxima importancia. Las personas no pueden valorar lo que no conocen. La educación, en ese sentido, juega un rol muy importante para transmitir este tipo de conocimiento desde temprana edad y lograr la adhesión racional de los adultos al cumplimiento de la Constitución y los principios base de una sociedad plural (Gutmann, 1987, pp. 59-67).

Finalmente, en la medida en que los niños dependen de sus padres para su desarrollo, se discute mucho el rol y las potestades que ellos tienen en la educación de sus hijos. Es decir, ¿pueden los padres decidir todo lo que pueden y no pueden aprender sus hijos?

La respuesta a dicha pregunta parte de definir cuál es la subjetividad moral de los niños. Los niños no son propiedad de los padres, en tanto son seres humanos y, por ende, fines en sí mismos, en proceso de desarrollo (Levinson, 2004, pp.65-82). Los niños no son propiedad de sus padres y, por tanto, no podría afirmarse un real derecho de los padres respecto al destino de sus hijos. Sí puede afirmarse, no obstante, una discrecionalidad para ejercer sus deberes paternos de cuidado y crianza. Los padres tienen discrecionalidad para ejercer su paternidad (Moschella, 2016, pp. 49-73).

Si la educación idealmente debe permitir que los niños puedan transformarse en adultos autónomos que se encuentren en la capacidad de reexaminar sus valores y lo que consideran como la vida buena, así como para actuar y hacerse responsables únicamente por sus decisiones, entonces los padres no pueden impedir que los niños adquieran ese tipo de contenidos (Levinson, 2004, pp. 65-82). De lo contrario, si los padres pudieran impedir que los niños cuenten con conocimientos para estar en capacidad de reexaminar sus valores y hacerse responsables de su propia vida, no se estaría respetando la

igual dignidad de los niños como seres humanos iguales que sus padres, sino subordinando la vida y el futuro de seres humanos a las decisiones de otros seres humanos (Callan, 1997, pp. 132-162; Moschella, 2016, pp. 119-146).

No cabe profundizar más en estos puntos, pues en los siguientes acápite se regresará sobre ellos con mayor concreción y profundidad, con el fin de analizar cómo se reflejan estos principios en la Constitución peruana.

1.3.3. Contenido constitucional del derecho a la educación

Desde el punto de vista de la teoría educacional, es posible definir la educación como «una acción organizada hacia unos fines en la que se ejerce una influencia intencional sobre los humanos que pretende ayudarles a realizar unas metas individuales y sociales» (Colom Cañellas, 1997, pp. 21, 25).

A nivel internacional no se ha determinado en tratados qué se debe entender por educación. Sin embargo, la UNESCO ha definido el término de forma amplia como «el proceso global de la sociedad, a través [del cual] las personas y los grupos sociales aprenden a desarrollar conscientemente en el interior de la comunidad nacional e internacional y en beneficio de ellas, la totalidad de sus capacidades, actitudes, aptitudes y conocimientos» (UNESCO, 1974; Beiter, 2006, pp. 18 *et seq*). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la educación bajo el derecho europeo de derechos humanos comprende «the whole process whereby, in any society, adults endeavour to transmit their beliefs, culture and other values to the young» (*Campbell and Cosans v. The United Kingdom*, 1982).

En esa línea, el Tribunal Constitucional peruano ha definido la educación desde la Constitución como un derecho. Esto es, «la facultad de adquirir, recibir o transmitir información, conocimientos y valores a efectos de guiar u orientar el desarrollo

integral de la persona, así como habilitarlas para sus acciones y relaciones existenciales, vinculada directamente al desarrollo económico, social y cultural del país» (Expediente N° 0020-2012-P1/TC, ¶ 50).

La Ley General de Educación, Ley N° 28044, establece una definición más amplia, en la medida en que agrega como fines específicos la protección de la familia y la comunidad latinoamericana:

Artículo 2.- Concepto de la educación

La educación es un proceso de aprendizaje y enseñanza que se desarrolla a lo largo de toda la vida y que contribuye a la formación integral de las personas, al pleno desarrollo de sus potencialidades, a la creación de cultura, y al desarrollo de la familia y de la comunidad nacional, latinoamericana y mundial. Se desarrolla en instituciones educativas y en diferentes ámbitos de la sociedad.

Luego, en su artículo 9, recoge los fines de la educación más cercanos a la definición desde el principio de igual dignidad de las personas:

Artículo 9.- Fines de la educación peruana

Son fines de la educación peruana:

- a) Formar personas capaces de lograr su realización ética, intelectual, artística, cultural, afectiva, física, espiritual y religiosa, promoviendo la formación y consolidación de su identidad y autoestima y su integración adecuada y crítica a la sociedad para el ejercicio de su ciudadanía en armonía con su entorno, así como el desarrollo de sus capacidades y habilidades para vincular su vida con el mundo del trabajo y para afrontar los incesantes cambios en la sociedad y el conocimiento.
- b) Contribuir a formar una sociedad democrática, solidaria, justa, inclusiva, próspera, tolerante y forjadora de una cultura de paz que afirme la identidad nacional sustentada

en la diversidad cultural, étnica y lingüística, supere la pobreza e impulse el desarrollo sostenible del país y fomenta la integración latinoamericana teniendo en cuenta los retos de un mundo globalizado.

La Constitución peruana regula expresamente el derecho a la educación en diversas disposiciones referidas a distintos aspectos y etapas del proceso educativo y recogidas entre los artículos 13 y 19.

El artículo 13 regula aspectos del derecho a la educación vinculados a la libertad. Primero, determina que la educación tiene por objetivo el desarrollo de la persona humana; luego, que existe un derecho a la libertad de enseñanza y, finalmente, establece el deber de los padres de educar a sus hijos, la libertad de elegir la escuela y de acompañar el proceso educativo.

El artículo 14 norma aspectos referidos al contenido de la educación y a qué objetivos debe seguir el proceso educativo. Primero establece los clásicos contenidos educativos relacionados con la ciencia, las humanidades, el arte y el cuerpo. Luego, la Constitución reconoce que también es un objetivo de la educación la formación ética y cívica, el respeto a la Constitución y los derechos humanos. Además, el artículo 14 señala que la educación religiosa se imparte, pero respetando la libertad de conciencia.

Los artículos 15 al 19 regulan aspectos como el régimen de los profesores y el de las instituciones educativas privadas y públicas, los mandatos del Estado vinculados a la regulación educativa, la educación universitaria y el régimen tributario de las instituciones educativas. En lo que a este trabajo respecta, nos concentramos en algunas disposiciones particulares de estos artículos.

Primero, el artículo 15 indica que el proceso educativo debe respetar la identidad del alumno. Segundo, el artículo 16 establece las competencias estatales en relación con la regulación y provisión de la educación. En particular, determina que:

El Estado coordina la política educativa. Formula los lineamientos generales de los planes de estudio así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos. Supervisa su cumplimiento y la calidad de la educación. [...] Es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas.

Tercero, el artículo 17 señala que el Estado «fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional».

A partir de las diversas disposiciones constitucionales reseñadas, es posible afirmar, entonces, con el profesor Cotino, que el derecho a la educación recogido en la Constitución es un conjunto complejo de derechos prestacionales, derechos de libertad y derechos de organización (2012, p. 861). En efecto, siguiendo esta clasificación, podemos organizar las normas referidas a la educación que hemos reseñado de la siguiente forma:

- 1. Derechos prestacionales:** por los cuales los pupilos tienen el derecho, aparejado de un mandato estatal, de recibir servicios educativos que cumplan con determinados contenidos y estándares.
- 2. Derechos de libertad:** por los cuales los padres tienen la potestad de intervenir en el proceso educativo de los hijos, los pupilos tienen el derecho de ir a la escuela y de que en la escuela se respete su identidad y su cultura, y los ciudadanos tienen el derecho a brindar servicios educativos privados.
- 3. Mandatos de organización:** por los cuales el Estado tiene la obligación de regular y coordinar un aparato administrativo que sea capaz de brindar servicios educativos que cumplan

con las exigencias de los derechos antes señalados, así como asegurar que estos se adecúen a la Constitución y la ley.

Teniendo en cuenta la complejidad de normas involucradas en el derecho fundamental que se trata en este acápite, es preciso regresar sobre el concepto de educación y establecer ciertas distinciones que derivan de la experiencia europea, y que son aplicables a la terminología utilizada por la Constitución peruana; a saber, la distinción entre educación y enseñanza, formación y aprendizaje.

La *enseñanza o instrucción* es un aspecto que forma parte del proceso más complejo que es la educación. Se trata de la trasmisión de conocimientos para el desarrollo intelectual del pupilo. La *educación*, por otra parte, es el proceso por el que los adultos procuran transmitir sus creencias, cultura y otros valores a los menores (García Toma, 2008, pp. 375-376; Cotino Hueso, 2012, p. 852; *Campbell and Cosans v. The United Kingdom*, ¶ 33). En los debates de la Constitución de 1993, el constituyente Bedoya de Vivanco dio cuenta de esta diferencia, indicando que: «Al hacer este enunciado, el texto constitucional está distinguiendo entre los conceptos de educación y de instrucción. La instrucción está dirigida básicamente a la adquisición del conocimiento; la educación, en cambio, está centrada en la transmisión de valores. Mientras que la instrucción fomenta y fortifica el intelecto, la educación, en su verdadero concepto, fortifica y estimula el espíritu» (Congreso Constituyente Democrático, 1993, p. 522).

Esta distinción fue utilizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de los Campbell y los Cosans contra el Reino Unido (Meix Cereceda, 2014, pp. 70 y 73). En este caso se discutió si la disciplina y el castigo físico en la escuela formaban parte del ámbito del derecho a la educación y del respeto a las convicciones religiosas y filosóficas de los padres en la educación de los hijos. El Tribunal encontró una violación del respeto a las convicciones de los padres y afirmó un con-

cepto amplio de educación que incluía la disciplina y no solo el aspecto específico de la «enseñanza o instrucción».⁹

La *formación* se refiere a la trasmisión de convicciones y valores morales. Ahora bien: como señala el profesor Cotino en el contexto español y europeo, la formación se puede realizar en la escuela o fuera de ella. Aquella que se brinde en el marco del proceso educativo regulado por el Estado formará parte del derecho fundamental a la educación (Cotino Hueso, 2012, p. 851). En ese sentido, la Constitución habla de «formación ética y cívica» como parte obligatoria de todo proceso educativo, al igual que la enseñanza de la Constitución y los derechos humanos. En la misma línea se pronuncia el artículo 6 de la Ley General de Educación, Ley N° 28044. De acuerdo con ello, es posible afirmar que en el Perú es válida la definición de formación indicada y que ella forma parte del derecho fundamental a

9 Resulta interesante también lo que señaló el Tribunal respecto a las competencias del Estado en el marco educativo, puesto que el Gobierno indicó que las cuestiones de disciplina estaban fuera de su ámbito de control. Sin embargo, el Tribunal consideró que al estar encargado el Estado en Escocia de formular las políticas educativas generales, también estaban bajo su control las cuestiones de disciplina: («34. The Government further argued that in Scotland the “functions” assumed by central or local government in the educational field did not extend to matters of discipline [...] It may be true that the day-to-day maintenance of discipline in the schools in question is left to the individual teacher; when he administers corporal punishment he is exercising not a power delegated to him by the State but a power vested in him by the common law by virtue of his status as a teacher, and the law in this respect can be changed only by Act of Parliament (see paragraphs 12, 15 and 17 above). Nevertheless, in regard to education in Scotland, the State has assumed responsibility for formulating general policy (see paragraph 14 above) and the schools attended by the applicants’ children were State schools. Discipline is an integral, even indispensable, part of any educational system, with the result that the functions assumed by the State in Scotland must be taken to extend to question of discipline in general, even if not to its everyday maintenance. Indeed, this is confirmed by the fact that central and local authorities participated in the preparation of the Code of Practice and that the Government themselves are committed to a policy aimed at abolishing corporal punishment (see paragraphs 16 and 18 above). [Cursivas agregadas]). (*Campbell and Cosans v. The United Kingdom*, 1982).

la educación como deber prestacional del Estado. Sin perjuicio de ello, es necesario precisar la definición.

Como ya señalamos, la interpretación del derecho a la educación, en el marco del liberalismo, busca desarrollar la autonomía de las personas. En el plano ético, esto significa transmitir información que permita a las personas formarse sus propios valores y decidir cómo vivir una vida buena. En ese sentido, el Estado no se encuentra justificado para el adoctrinamiento sobre una valoración de la vida específica, sino que ha de permitir la apertura de un panorama de posibilidades a los niños con el fin de que estos puedan formarse sus propios valores éticos con autonomía.¹⁰

El *aprendizaje* es el resultado de la educación, la adquisición de:

[...] capacidades, conocimientos, habilidades, aptitudes y competencias para el desarrollo personal y profesional (artículo 5.1 LOE). Con «aprendizaje» se fija la atención en el resultado efectivo en el sujeto y no en el proceso formal, por lo que se llega a proclamar que «el derecho a la educación es, esencialmente, derecho al aprendizaje» para subrayar que la misión del sistema escolar y de todo buen educador no es enseñar sino lograr que los alumnos aprendan. (Cotino Hueso, 2012, p. 851)

Cabría preguntarse si el aprendizaje forma parte del derecho fundamental a la educación; es decir, si la prestación del Estado es un mandato de «medios» o de «resultados». La respuesta de

10 Como señala la profesora Levinson, en un Estado liberal resulta difícil escapar a un tipo débil de perfeccionismo, dado que las instituciones liberales no pueden sostenerse si no se logra que todas las personas por lo menos puedan respetar las instituciones liberales. Esto es así porque muchas concepciones de vida pueden desear eliminar esas instituciones liberales. En ese sentido, se justifica que el Estado imponga la cooperación con dichas instituciones liberales (Levinson, 2004, § 1).

la Constitución es negativa. Según el artículo 14, «[l]a educación promueve [...] el aprendizaje [...]». A partir de una interpretación literal, podría decirse que el verbo «promover» tiene una acepción débil, distinta a «lograr», lo que implica una obligación de medios. Esto, además, se encuentra justificado en que no existen métodos con 100 % de efectividad en el campo educativo, como en cualquier disciplina que trate con seres humanos. Esto no significa que el Estado pueda brindar cualquier tipo de servicio educativo sin ningún estándar de calidad. La educación que debe garantizar el Estado sí tiene ciertos requisitos o estándares que debe cumplir, según se explica más adelante. El Estado debe buscar optimizar en la mayor medida posible el logro de desarrollar a las personas para que se conviertan en adultos autónomos. El derecho a la educación, en ese sentido, es un principio como mandato de optimización.

Dentro de las diversas normas que regulan el derecho a la educación desde la Constitución peruana, el Tribunal Constitucional las ha organizado en fines, estándares y principios. Si bien esta clasificación no resulta tan clara desde el punto de vista dogmático, permite estudiar diversas normas agrupadas en el derecho a la educación como un todo. Veamos.

a) Fines constitucionales del derecho a la educación

El Tribunal Constitucional ha señalado que «de conformidad con los artículos 13° y 14°, los fines constitucionales del proceso educativo son: a) promover el desarrollo integral de la persona, b) promover la preparación de la persona para la vida y el trabajo, y c) el desarrollo de la acción solidaria» (Expediente N° 04646-2007-PA/TC, ¶ 13). Estos tres fines, en realidad, son formulaciones del principio de igual libertad que justifica o fundamenta el derecho a la educación.

La posición del Tribunal Constitucional peruano coincide con la formulación del derecho a la educación desde el punto de vista de la justicia y el principio de igual dignidad de los seres humanos:

1. La educación permite el desarrollo de la *autonomía de la persona*. Se trata de la trasmisión organizada de conocimientos para que, por un lado, los niños aprendan a ser adultos que pueden decidir sobre los valores que guíen su propia vida. En ese sentido, el desarrollo integral de la persona es lo mismo que la preparación para la vida y el trabajo; se trata de la generación de condiciones de autonomía en todas las esferas humanas.

En esa línea, el Tribunal define el «fin primario de la educación como la conquista de la libertad interior» (Expediente N° 0020-2012-P1/TC, ¶ 50). Este fin ha sido reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El artículo 13 señala que «la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad».

Por otro lado, la educación permite que los niños se conviertan en adultos que puedan desenvolverse satisfactoriamente en la sociedad en la que viven, aspecto fundamental de la autonomía en sentido material. El Tribunal señala «el fin secundario [de] la formación de la persona para que pueda llevar una vida normal, útil y de sacrificio en la comunidad, fortaleciendo el sentido de libertad, así como el de sus responsabilidades» (Expediente N° 0020-2012-P1/TC, ¶ 50). Esta finalidad se condice con la recogida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuyo artículo 13 se indica que «la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre».

2. En la medida en que muchos padres no cuentan con recursos suficientes, sus niños podrían quedarse sin educación que les permita desarrollarse como adultos autónomos en la sociedad. Estos niños se verían perjudicados por sus condiciones fortuitas de nacimiento y no por sus propias decisiones. Esto afecta el principio de libertad y en particular

el *principio de igualdad de dignidad, trato y respeto*. Sobre este punto, el Tribunal señala:

La educación pública, específicamente, es un inmejorable instrumento para la Justicia Social, concretando el principio de Igualdad de Oportunidades. Corresponde al Estado privilegiar sus recursos para brindar a los hijos de los niveles menos favorecidos en la sociedad educación de calidad, permitiéndoles la posibilidad de labrarse un futuro distinto al de sus padres, la consolidación de sus proyectos de vida en un contexto de creatividad, competencia y responsabilidad social. (Expediente N° 0020-2012-P1/TC, ¶ 51)

Entonces, es un principio de justicia y un principio constitucional que el Estado financie la educación de aquellos niños que puedan verse desfavorecidos por la falta de recursos de sus padres para eliminar las condiciones fortuitas de nacimiento. Se trata de la búsqueda de la igualdad de oportunidades. Entre otras disposiciones relacionadas con este punto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala: «La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita».

En ese sentido, en el marco de la UNESCO, en abril de 1990 se suscribió la declaración de *Educación para Todos*, en la cual se establecieron como principios que todos los pupilos tienen el derecho de gozar de una educación de calidad, que permita atender sus necesidades sin discriminación (World Conference on Education for All, 1990).

3. La educación es, asimismo, un medio eficaz para lograr el respeto de la dignidad y los derechos humanos de la persona destinataria; en realidad, es un medio para lograr el

respeto de la dignidad y los derechos humanos de todos. El principio de igual dignidad exige que el Estado asegure el máximo respeto y valor a todas las personas por igual. Esto significa que se respete que las personas sean responsables de sus propias vidas, lo cual implica que no sean afectadas ni perjudicadas por terceros.

4. Este mandato es además una manifestación del *principio de solidaridad*. Como señala el Tribunal Constitucional, «el ideal de la educación correspondiente a una sociedad democrática y regida bajo parámetros constitucionales debe reforzar lazos de empatía y la noción de igualdad, fomentándose con ello la solidaridad» (Expediente N° 04646-2007-PA/TC, ¶ 10). Una persona educada estará en mejor capacidad de comprender racionalmente la necesidad de vivir en una sociedad libre y justa, lo cual conllevará el respeto de los derechos humanos del resto. La formación ética y en derechos humanos tiene este fin.

Las violaciones de derechos humanos durante el conflicto armado interno con el terrorismo en el Perú tuvieron impacto en las disposiciones pertinentes del artículo 14. Sobre el particular, la constituyente Helfer Palacios señaló lo siguiente: «Hoy día desgraciadamente tengo que decirlo hemos tenido una de las experiencias más terribles de nuestra vida: hemos visto cómo se excavaba una fosa y se encontraban restos. Es necesario que en todas las instituciones, tanto civiles como militares, se dé esta educación cívica, ética y de derechos humanos» (Congreso Constituyente Democrático, 1993, p. 524). En esa línea, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que la educación «debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales», y que «la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos».

b) Estándares del derecho a la educación

Los estándares de la educación provienen de la formulación de Katarina Tomasevski, quien fue relatora especial de las Naciones Unidas para el Derecho a la Educación y ha sido adoptada como la interpretación del contenido del derecho a la educación por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Beiter, 2006, p. 476; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999). Los estándares son cuatro principios que debe cumplir el proceso educativo: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad (Meix Cereceda, 2014, p. 47; Beiter, 2006, p. 476):

1. El *principio de disponibilidad* exige que el Estado asegure la existencia de instituciones y programas educativos suficientes para atender las necesidades de la población. En el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales existen diversas obligaciones de los Estados agrupados en este principio: deben existir escuelas, debe garantizarse el derecho de establecer y dirigir escuelas privadas, deben existir profesores disponibles y calificados, los profesores deben tener derechos laborales y sindicales, y se debe asegurar la libertad académica e institucional (Beiter, 2006, p. 477). Asimismo, el Comité de las Naciones Unidas ha interpretado que, dependiendo de los recursos del país, «las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.» (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999, p. 3).
2. El *principio de accesibilidad* exige que dichas instituciones y programas educativos estén al alcance de sus destinatarios. Esto requiere la prohibición de discriminación por cualquier motivo, la accesibilidad física (e.g., es una problemática en

- las zonas rurales nacionales en las que los niños tienen que recorrer largas distancias para llegar a sus escuelas) y la accesibilidad económica, vinculada con la gratuidad (Meix Cereceda, 2014, pp. 41-42; Beiter, 2006, p. 477; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999, p. 3).
3. El *principio de aceptabilidad* exige que el currículo educativo (*i.e.*, la definición de qué se enseña y cómo se enseña) sea de la mejor calidad, adecuado y pertinente culturalmente para lograr los fines que justifican la provisión de la educación (Meix Cereceda, 2014, pp. 41-42; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999, p. 3). En el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se establece que se deben asegurar estándares de calidad, seguridad y salud; los padres deben poder guiar la educación moral y religiosa de sus hijos conforme a sus convicciones; la instrucción en la lengua materna; el respeto de los derechos humanos en los métodos, contenido y textos de instrucción, así como de los maestros y la aplicación de la disciplina (Beiter, 2006, p. 477).
 4. El *principio de adaptabilidad* demanda que el currículo esté diseñado para atender las necesidades particulares de sus receptores. Esto significa que el currículo específico debe construirse de forma que entienda las características de los niños a quienes se dirige y se engarce en su propio mundo de vida para lograr un mejor aprendizaje (Meix Cereceda, 2014; Cotino Hueso, 2012, p. 898). Este principio reconoce la cultura y la identidad como parte del respeto que se debe a la igual dignidad de todas las personas. Por ejemplo, los programas educativos y la infraestructura deben adecuarse a las necesidades de los niños discapacitados; los horarios y los programas deben adaptarse a los niños que deben trabajar para sobrevivir (Beiter, 2006, pp. 509-510).

c) Principios del derecho a la educación de acuerdo con el Tribunal Constitucional peruano

Adicionalmente a los principios acogidos del Sistema Internacional de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional peruano ha apuntado otros relativos a la educación en su jurisprudencia (Expediente N° 04646-2007-PA/TC):

1. El *principio de coherencia* requiere que el proceso educativo debe llevarse a cabo respetando la Constitución.
2. El *principio de libertad y pluralidad de la oferta educativa* demanda que el Estado y los privados puedan ofrecer servicios educativos en un marco de pluralidad de valores. Esto es coherente con el fundamento liberal de la educación que protege la libertad ética de las personas y la posibilidad de decidir cuál es la mejor forma de llevar su vida.
3. El *principio de responsabilidad* asigna a los padres el deber de asegurar que sus hijos completen todo el proceso educativo.
4. El *principio de participación* exige, conforme al artículo 13 de la Constitución, que se respete la participación de los padres en el proceso educativo de sus hijos. «Ello equivale a fomentar la cooperación, opinión y cierto grado de injerencia en la relación escuela-educando, entre otras cuestiones» (Expediente N° 04646-2007-PA/TC).
5. El *principio de obligatoriedad* significa que determinados contenidos educativos son obligatorios en toda la oferta educativa. Por ejemplo, el artículo 14 señala la formación ética y en derechos humanos como obligatorios.
6. El *principio de contribución* establece el «deber genérico de colaborar solidariamente en el proceso de formación moral, cívica y cultural de la población».

1.3.4 Relación entre el derecho a la educación y el derecho a la igualdad y no-discriminación

El derecho a la educación se interrelaciona de diversas formas con otros derechos fundamentales conforme manda el principio de coherencia. Como se ha venido fundamentando, el derecho a la educación encuentra su justificación en la igualdad de los seres humanos y en el principio de autonomía.

Con respecto al principio de igualdad en dignidad, trato y respeto, el Tribunal Constitucional reconoce cómo la educación es un medio para lograr superar las condiciones de discriminación en la sociedad mediante la igualdad de oportunidades. En ese sentido, «la educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual» (Expediente N° 0091-2005-PA/TC, ¶ 6), y «Corresponde al Estado privilegiar sus recursos para brindar a los hijos de los niveles menos favorecidos en la sociedad educación de calidad, permitiéndoles la posibilidad de labrarse un futuro distinto al de sus padres, la consolidación de sus proyectos de vida en un contexto de creatividad, competencia y responsabilidad social» (Expediente N° 0020-2012-P1/TC).

Con respecto al principio de autonomía, se ha destacado una concepción positiva de ella, haciendo hincapié en la necesidad de crear oportunidades efectivas, «posibilidades ciertas de desarrollo de las cualidades personales y de participación directa en la vida social», mediante «la formación de la persona en libertad y con amplitud de pensamiento». El objetivo, en ese sentido, es lograr «una existencia humana plena» (Expediente N° 0091-2005-PA/TC, ¶ 6; Expediente N° 1423 -2013-PA/TC, ¶ 29). La educación permite que los niños se transformen en adultos autónomos responsables de su propia vida. Asimismo, la educación permite transmitir conocimientos en derechos fundamentales para permitir que los niños se desarrollen como adultos que hayan podido comprender la importancia y con-

vencerse racionalmente de la necesidad de respetar los derechos humanos.

Ahora bien: la escuela es un espacio donde se interrelacionan diversos seres humanos. En ese sentido, dicha interrelación tampoco puede escapar al gobierno de los derechos fundamentales y los principios de justicia. Como señala el Tribunal:

[...] su contenido constitucionalmente protegido está determinado por el acceso a una educación adecuada (artículo 16), la libertad de enseñanza (artículo 13), la libre elección del centro docente (artículo 13), el respeto a la libertad de conciencia de los estudiantes (artículo 14), el respeto a la identidad de los educandos, así como a un buen trato psicológico y físico (artículo 15), la libertad de cátedra (artículo 18), y la libertad de creación de centros docentes y universidades (artículos 17 y 18). (Expediente N° 0091-2005-PA/TC, ¶ 6; Expediente N° 1423 -2013 -PA/TC, ¶ 29)

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente algunos de los derechos que deben ser preservados en el proceso educativo (Expediente N° 4232-2004-AA/TC, ¶ 19; Expediente N° 0091-2005-PA/TC, ¶ 6):

1. El derecho a la integridad física y moral, que requiere escuelas libres de acoso escolar y de castigos humillantes.
2. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en el acceso y durante el proceso educativo.
3. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, que únicamente puede ser restringido bajo un criterio de proporcionalidad sustentado en algún principio fundamental. El Tribunal ha señalado como ejemplo la necesidad de evitar restricciones no justificadas a la apariencia personal, ciertamente más vinculada específicamente con el derecho a la identidad. Este mismo principio exige el respeto, por ejem-

plo, a la identidad de género y a la orientación sexual de los niños en la escuela.

Este acápite se concentra en el derecho a la igualdad de dignidad, trato y respeto, y la prohibición de discriminación en el marco del derecho a la educación. En el ámbito internacional, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que este principio es inmediatamente justiciable (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999, ¶ 36). Ha reconocido, igualmente, que puede involucrar medidas positivas para lograr una igualdad material, especialmente en grupos vulnerables. Al respecto, ha señalado que:

La adopción de medidas especiales provisionales destinadas a lograr la igualdad de hecho entre hombres y mujeres y de los grupos desfavorecidos no es una violación del derecho de no discriminación en lo que respecta a la educación, siempre y cuando esas medidas no den lugar al mantenimiento de normas no equitativas o distintas para los diferentes grupos, y a condición de que no se mantengan una vez alcanzados los objetivos a cuyo logro estaban destinadas. (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999, ¶ 37)

El derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación resulta relevante en el acceso y durante el proceso educativo. Veamos.

En el marco del *acceso a la escuela* resulta relevante el principio de accesibilidad. Bajo el principio de igualdad se encuentra prohibido cualquier trato menos favorable que un parámetro de comparación, o cualquier trato desfavorable, dependiendo del caso, en la oferta educativa que no se encuentre justificada por un principio objetivo y razonable. En ese sentido, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce el principio de accesibilidad que refleja esta norma, fundada en el igual

trato y respeto a todas las personas por igual, como fines en sí mismos del máximo valor.

Un caso fundacional y paradigmático de la discriminación en el acceso a la educación fue la sentencia que abolió la segregación entre blancos y afroamericanos en Estados Unidos (*Brown v. Board of Education*). La Corte Suprema de los Estados Unidos destacó cómo cualquier justificación de la segregación en las escuelas entre blancos y afrodescendientes carecía de sustento, tales como la habilidad de estudiar, discutir e intercambiar opiniones (*Brown et al. V. Board of Education of Topeka et al.*, 1954, pp. 493-495). Luego, la Corte sustentó cómo la segregación afectaba la autoestima, el aprendizaje y el desarrollo de los niños afrodescendientes. Esto significa que la Corte reconoció la afectación al principio de igualdad en dignidad y respeto de las personas en el proceso educativo y producto de la ley:

Estas consideraciones se aplican aún con mayor fuerza a los niños en las escuelas primarias y secundarias. Separarlos de otros de similar edad y calificaciones solamente por su raza, genera un sentimiento de inferioridad en cuanto a su status en la comunidad que puede afectar sus corazones y sus mentes en una forma que difícilmente alguna vez pueda ser anulada. El efecto de esta separación en sus oportunidades educacionales fue establecido en el caso de Kansas por un tribunal que, no obstante, se sintió compelido a decidir en contra de los demandantes negros: La segregación de los niños blancos y de color en las escuelas públicas trae un efecto perjudicial sobre los niños de color. El impacto es mayor cuando tiene la sanción de la ley; porque la política de separar las razas es usualmente interpretada como denotando la inferioridad de los grupos negros. Un sentimiento de inferioridad afecta la motivación de un niño para aprender. La segregación sancionada por ley, por lo tanto, tiene una tendencia a

retardar el desarrollo mental y educacional de los niños negros y de privarlos de algunos de los beneficios que ellos recibirían en un sistema escolar racialmente integrado.¹¹ (*Brown et al. v. Board of Education of Topeka et al.*, 1954, pp. 493-495)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido casos de discriminación indirecta también en el acceso a la educación (*D.H. et al v. The Czech Republic*, 2007, ¶ 175). Un caso de discriminación étnica se dio en las escuelas de República Checa. Para ingresar en la escuela se debía pasar un examen psicológico. Con base en él, se enviaba a los niños al programa regular o, de ser el caso, a programas de niños con necesidades especiales. Esta medida general terminó afectando a los niños de origen Roma o gitanos, quienes en la mayoría de los casos

11 Texto original: «Cualquiera haya sido la extensión del conocimiento psicológico de Plessy v. Ferguson esta conclusión es ampliamente apoyada por la doctrina moderna. Cualquier lenguaje en Plessy v. Ferguson contrario a este veredicto es rechazado».

«Such considerations apply with added force to children in grade and high schools. To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone. The effect of this separation on their educational opportunities was well stated by a finding in the Kansas case by a court which nevertheless felt compelled to rule against the Negro plaintiffs:

“Segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children. The impact is greater when it has the sanction of the law; for the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferiority of the negro group. A sense of inferiority affects the motivation of a child to learn. Segregation with the sanction of law, therefore and mental development of negro children and to deprive them of some of the benefits they would receive in a racial[ly] integrated school system”.

Whatever may have been the extent of psychological knowledge at the time of Plessy v. Ferguson, this finding is amply supported by modern authority. Any language in Plessy v. Ferguson contrary to this finding is rejected”») [Traducción disponible en línea, 16 de junio de 2018: <https://www.escr-net.org/es/node/365028>.]

eran enviados a las escuelas especiales por aparente falta de capacidad intelectual.

La justificación presentada por la defensa del Estado fue que los niños enviados a las escuelas especiales lo eran «debido a sus necesidades educacionales específicas, esencialmente como resultado de su baja capacidad intelectual medida con la ayuda de exámenes psicológicos». El Tribunal determinó que no existía justificación para ello, puesto que la prueba no estaba probadamente libre de sesgos ni se adaptaba a la cultura de los niños Roma (*D.H. et al v. The Czech Republic*, 2007, ¶ 201).¹²

En un caso contra Bélgica, más relacionado con el principio de aceptabilidad, se determinó que existía discriminación lingüística en una norma que organizaba la oferta de escuelas holandesas y francesas dependiendo de la región. Los niños franceses que vivían en regiones holandesas debían inscribirse en escuelas holandesas. Se restringió la oferta de clases en francés y se les impidió registrarse en regiones francesas cercanas. El Tribunal determinó que no existía justificación para dicho trato diferenciado. Estableció que la medida no era aplicada uniformemente. En ese sentido, la justificación no era real: «the residence condition is not imposed in the interest of schools, for administrative or financial reasons: it proceeds solely, in the case of the Applicants, from considerations relating to language» (*Case Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v. Belgium (Merits)*, 1968, ¶ 32).

En el ámbito internacional, se ha señalado también que un caso de discriminación en el acceso a la educación no solo se produce por acciones del Estado, sino también por omisiones. Por ejemplo, en diversos países muchas niñas sufren

12 Traducción libre de: («on account of their specific educational needs, essentially as a result of their low intellectual capacity measured with the aid of psychological tests in educational psychology centres».)

discriminación en el acceso a la educación porque sus padres consideran que no vale la pena invertir en ellas, por lo que deben dedicarse a tareas domésticas o de subsistencia, como arrear el ganado, trabajar en el cultivo o tejer. Más allá de la responsabilidad de los padres, el Estado tiene también el deber de elaborar programas especiales que faciliten el acceso a las niñas con esas responsabilidades o, incluso, generar incentivos económicos para que los padres dejen que las niñas vayan a la escuela (Beiter, 2006, pp. 488-489).

La *discriminación* puede producirse también *durante el proceso educativo*. Si bien fuera del marco escolar el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido casos de discriminación en la aplicación de medidas disciplinarias a cadetes que quedaron embarazadas, se determinó que en tanto el embarazo es una circunstancia necesariamente relacionada con las mujeres, una medida que lo castigue constituye discriminación (Expediente N° 05527-2008-PHC/TC; Expediente N° 01151-2010-PA/TC, ¶ 9).

En el derecho internacional también se han reconocido casos de discriminación en el currículo educativo y en los textos escolares. En el genocidio de Ruanda se ha imputado la discriminación en la instrucción escolar y la difusión de prejuicios étnicos como una de las causas que llevó al conflicto y al exterminio de cerca del 75 % de la población tutsi por parte del gobierno hutu (Beiter, 2006, p. 493). El relator especial de la Comisión de Derechos Humanos destacó lo siguiente:

La instrucción escolar asumió la misión de elaborar verdaderas teorías de diferencia étnica. Esa teorización se apoyaba en datos supuestamente científicos referidos, en esencia, a la morfología y a la historiografía. En el primer caso, los dos grupos principales se distinguen por su aspecto: el tutsi es «largo» mientras que el hutu es «corto»; el primero es hermoso, un auténtico «europeo de piel negra», mientras que el segundo es «feo», un verdadero

«negro». La anterioridad de la ocupación territorial por los hutus hace de ellos los autóctonos, mientras que los tutsis, descendientes de europeos, son los invasores. Esos datos, que se dicen científicos, han servido para crear una psicosis de miedo y desconfianza que se ha transformado progresivamente en una verdadera cultura del miedo al otro y que ha llevado a otra teoría, la de la autodefensa preventiva, que recomienda o preconiza «matar al otro para no resultar muerto». Esta última teoría contribuyó en gran medida al genocidio de 1994 que tantas víctimas causó, entre ellas muchas de los grupos vulnerables. (Comisión de Derechos Humanos, 1997)

En el ámbito europeo se presentó un caso de discriminación por orientación sexual en los textos escolares de Croacia. En estos se difundían prejuicios relativos al comportamiento sexual de los homosexuales y se asociaba la homosexualidad con la transmisión de enfermedades. El Comité de Ministros del Consejo de Europa resolvió el asunto y determinó que se había producido un caso de discriminación por afectar la dignidad de las personas homosexuales. El Comité consideró que «Estas afirmaciones estigmatizan a los homosexuales y están basados [*sic*] en estereotipos negativos y degradantes respecto al comportamiento sexual de todos los homosexuales [...] El Comité sostiene que dichas afirmaciones atacan la dignidad humana y no tienen lugar en la educación para la salud sexual y reproductiva»¹³ (Comité de Ministros del Consejo de Europa. *Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) v. Croatia*, 2009).

Asimismo, se tuvo en consideración el derecho a la salud, debido a que se trataba de discriminación en el marco de la

13 Traducción libre de: («These statements stigmatize homosexuals and are based upon negative and degrading stereotypes about the sexual behavior

educación sexual: «las autoridades croatas han incumplido con su obligación positiva de asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud mediante la educación para la salud sexual y reproductiva sin discriminación que no perpetúe o refuerce la exclusión social o la denegación de dignidad humana»¹⁴ (Comité de Ministros del Consejo de Europa. *Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) v. Croatia*, 2009).

La discriminación durante el proceso educativo no solo puede producirse por acciones, sino también, como cuando se trata de la discriminación en el acceso, por omisión. Por ejemplo, en esa línea, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 ha establecido obligaciones expresas para los Estados en el sentido de buscar eliminar, mediante los programas educativos, los prejuicios que puedan existir contra la mujer:

Artículo 10.-

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

[...]

c) *La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza*, mediante el estímulo de la

of all homosexuals. [...] The Committee holds that such statements serve to attack human dignity and have no place in sexual and reproductive health education».)

14 Traducción libre de: («the Croatian authorities have failed in their positive obligation to ensure the effective exercise of the right to protection of health by means of non-discriminatory sexual and reproductive health education which does not perpetuate or reinforce social exclusion and the denial of human dignity [...]».)

educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante *la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos en enseñanza*. [...] (Cursivas nuestras)

En el mismo sentido se ha pronunciado la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, cuyo artículo 7 establece lo siguiente:

Los Estados partes se comprometen a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos, así como para propagar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y de la presente Convención.

Esta lógica recoge las más modernas concepciones del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación como el mandato de acciones positivas por parte del Estado de cambiar la situación de un grupo poco favorecido. Si la educación es un medio para difundir y lograr la protección efectiva de los derechos humanos y conseguir la igualdad de dignidad, trato y respeto, y que las personas puedan ser efectivamente responsables de su propia vida, paliando los efectos de la ruleta del nacimiento, entonces es claro que resulta un mandato de la educación y parte del contenido del derecho a ella que los programas educativos eduquen a la gente para erradicar la discriminación.

En síntesis, cualquier tipo de trato en el marco del proceso educativo tiene la posibilidad de ser discriminatorio si se

encuentra un trato menos favorable respecto a un parámetro de comparación, o simplemente desfavorable dependiendo del caso, y sin justificación objetiva y razonable. Ello resulta evidente si se involucra un motivo prohibido. Como se verificará en el siguiente capítulo, el currículo educativo puede ser discriminatorio si su contenido hace diferencias entre las personas homosexuales y las heterosexuales.

1.3.5. La libertad de los padres de elegir la educación de sus hijos

Los niños son personas cuya capacidad de formarse valores y actuar con base en ellos se encuentran en desarrollo. En gran medida los valores, las decisiones y las acciones de los niños se encuentran subordinados a la autonomía de sus padres, quienes son los que en mejor posición se encuentran para cuidar de ellos. La protección de la autonomía plena del futuro adulto merece la subordinación del niño. Sin embargo, en tanto los niños son seres humanos y fines en sí mismos, antes que una verdadera libertad de los padres para decidir sobre sus hijos se trata más bien de la discrecionalidad en el ejercicio de sus deberes paternos.

El artículo 13 de la Constitución señala: «Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo». El artículo 14 indica: «La educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias».

Como se puede ver, los artículos 13 y 14 de la Constitución aseguran que los padres puedan tomar decisiones y guiar el proceso educativo de sus hijos. Son ellos quienes eligen a qué escuela asisten y participan en el proceso educativo de sus hijos. Estas disposiciones son coherentes con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el cual el Estado debe:

[...] respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

En una sociedad liberal se respeta la pluralidad de valores de las personas. Ateos, cristianos, musulmanes, multiculturalistas, socialdemócratas y libertarios conviven y debaten en democracia. En ese sentido, los padres pueden decidir la afiliación religiosa o política de la escuela a la que asistirán sus hijos; pueden asimismo, en el marco de la pluralidad, decidir los valores que deben seguir sus hijos.

Ahora bien: esta subordinación no puede ser total. Los niños no dejan de ser humanos y, por ello, cuentan con una dignidad especial que merece el mayor de los respetos en igualdad de condiciones que todos los demás. Los derechos de los niños deben entenderse de forma que responda a sus necesidades y características particulares. Por otro lado, la protección de la autonomía del futuro adulto justifica también límites a las acciones de los padres. El Estado está encomendado a la defensa de dichos límites.

En ese sentido, existen decisiones y acciones que un padre no puede tomar respecto de sus hijos. Algunas, obvias, son que no tienen derecho a decidir sobre la vida de sus hijos, someterlos a tratos humillantes, afectar su integridad (como en casos de ablaciones genitales), entre otros. Los padres tampoco pueden someter a sus hijos a maltratos psicológicos o físicos, ni ejercer cualquier tipo de acción que pueda ser considerada como un daño.

Como ya se indicó, el derecho a la educación busca asegurar que los niños se conviertan en adultos autónomos con la

capacidad de hacerse responsables de sus propias vidas. En ese sentido, la libertad de los padres de tomar decisiones respecto a la educación de sus hijos tiene un límite precisamente en dicha justificación y finalidad de la educación. Los padres no pueden tomar decisiones sobre el proceso educativo que eviten que sus hijos se conviertan en adultos autónomos.

¿Cómo decidir entonces qué tipo de decisiones o contenidos de la educación se encuentran sujetos al veto de los padres? Sin duda, la forma argumentativa es una de ponderación. El juez debe sopesar, por un lado, el peso de la decisión sometida a discusión en la autonomía de valores de los padres y la pluralidad democrática del Estado; y, por otro lado, el peso en el desarrollo de la autonomía de los niños y la protección de los derechos fundamentales.

Veamos un caso resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de los *Campbell y Consans v. Reino Unido*. Dos familias escocesas se opusieron a los castigos físicos aplicados por las escuelas a las que asistían sus hijos. El Tribunal encontró que, en el caso, las convicciones filosóficas de los padres debían primar sobre las decisiones de administración disciplinaria del Estado. Para evaluar el peso de las primeras señaló que se debía verificar si las convicciones son merecedoras de respeto en la sociedad democrática y que no sean incompatibles con la dignidad humana. A partir de tales consideraciones, determinó que:

The applicants' views relate to a weighty and substantial aspect of human life and behavior, namely the integrity of the person, the propriety or otherwise of the infliction of corporal punishment and the exclusion of the distress which the risk of such punishment entails. They are views which satisfy each of the various criteria listed above; it is this that distinguishes them from opinions that might be held on other methods of discipline or on discipline in general. (*Campbell and Cosans v. The United Kingdom*, 1982)

Un caso más controversial es el de la educación sexual en Dinamarca, que se decidió en la sentencia *Kjeldsen v. Dinamarca*. El Tribunal Europeo evaluó si ciertos padres religiosos podían oponerse a la educación sexual ofrecida en las escuelas públicas danesas.

En la sentencia se decidió que primaba el interés público de asegurar que los niños se conviertan en adultos autónomos que puedan guiar las riendas de su vida y la necesidad de prevenir embarazos no deseados. El Tribunal señaló que toda instrucción tiene cierto contenido moral; sin embargo, en tanto se mantenga algún grado de objetividad y apertura a crítica, la educación respetaba el pluralismo valorativo de la democracia. Nada afectaba que los padres pudieran guiar en casa la forma de comprender la educación recibida en la escuela por los niños. En ningún caso existía adoctrinamiento para que tuvieran relaciones precoces o llevaran una vida que para los padres fuera inmoral (*Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, 1976).¹⁵

Conforme puede observarse, los padres tienen la potestad de guiar el proceso educativo de sus hijos en tanto estos últimos son personas en desarrollo de su autonomía; sin embargo, las decisiones de los padres tienen un límite en el desarrollo de sus hijos en adultos que puedan guiar las riendas de su vida y en el derecho de todos a que se protejan los derechos fun-

15 “54. [...] The Executive Orders and Circulars of 8 June 1971 and 15 June 1972, the “Guide” of April 1971 and the other material before the Court (paragraphs 20-32 above) plainly show that the Danish State, by providing children in good time with explanations it considers useful, is attempting to warn them against phenomena it views as disturbing, for example, the excessive frequency of births out of wedlock, induced abortions and venereal diseases. The public authorities wish to enable pupils, when the time comes, “to take care of themselves and show consideration for others in that respect”, “not ... [to] land themselves or others in difficulties solely on account of lack of knowledge” (section 1 of the Executive Order of 15 June 1972).

These considerations are indeed of a moral order, but they are very general in character and do not entail overstepping the bounds of what a democratic

damentales mediante la educación. La forma de resolver este conflicto es la forma argumentativa de la ponderación.

1.3.6. El margen de apreciación del Parlamento y el Gobierno en la regulación de la educación

Hemos dicho ya que el derecho a la educación es un derecho social que exige la financiación de programas de impartición de conocimiento que permitan a los niños desarrollarse hasta alcanzar la condición de adultos autónomos. De esta manera se logra paliar el efecto de la ruleta rusa de la vida por la que algunos niños se ven privados de diversas oportunidades sin justificación moral alguna.

Desde un punto de vista estructural, el derecho a la educación es un derecho prestacional. El Estado brinda un servicio a la población y para ello requiere desplegar diversos recursos y planificar la ejecución de la política pública. En la medida en que el presupuesto estatal es limitado, los poderes pertinentes deben tomar una serie de decisiones para distribuir los ingresos y cumplir con el objetivo de la política pública de la mejor manera posible.

En el marco de un Estado democrático y con división de poderes, algunos de estos tendrán facultades discrecionales o no-regladas, lo cual implica que gozan de autonomía para tomar determinadas decisiones y responsabilidad política frente a los electores. Este tipo de facultades discrecionales se sustenta

State may regard as the public interest. Examination of the legislation in dispute establishes in fact that it in no way amounts to an attempt at indoctrination aimed at advocating a specific kind of sexual behavior. It does not make a point of exalting sex or inciting pupils to indulge precociously in practices that are dangerous for their stability, health or future or that many parents consider reprehensible. Further, it does not affect the right of parents to enlighten and advise their children, to exercise with regard to their children natural parental functions as educators, or to guide their children on a path in line with the parents' own religious or philosophical convictions.

en el principio democrático por el que las personas tienen el derecho de decidir cómo gobernarse en un marco institucional.

El principio democrático ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional peruano, que lo ha destacado como «presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales». Revela el máximo respeto por la dignidad de la persona humana, por el que se reconoce la posibilidad de que tome decisiones relevantes para la dirección de la sociedad en la que vive (Expediente N° 0030-2005-PI/TC).

En el caso de los derechos sociales, se requiere una serie de actuaciones estatales para lograr su concreción. Para que el Estado llegue a proveer efectivamente servicios educativos, el Parlamento debe emitir leyes con base en las cuales el Gobierno pueda actuar. Luego, los diversos niveles de gobierno deben emitir normas infralegales para organizar el funcionamiento de las diversas entidades vinculadas a la educación y dirigir al personal efectivo que proveerá la educación. Todo ello depende además de la distribución del presupuesto disponible. Esta visión, muy simplificada, no se encuentra en la Constitución, sino que los electores han encomendado su concreción a las autoridades elegidas.

El Tribunal Constitucional ha reconocido el principio democrático o de autonomía legislativa en la concreción de los derechos sociales. Sin embargo, sostiene que esta autonomía no es absoluta, sino que debe ponderarse con las exigencias de la propia Constitución y los derechos que debe concretar:

12. [...] Aquí se encuentra de por medio el principio de «libre configuración de la ley por el legislador», conforme al cual debe entenderse que es el legislador el llamado a definir la política social del Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, éste goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Sin embargo, dicha capacidad

configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales. (Expediente N° 1417-2005-PA/TC)

Es precisamente esa la tarea del juez constitucional: ponderar, en el caso concreto, si debe pesar más el principio democrático y preservar la discrecionalidad estatal, o si, en cambio, debe pesar más el derecho social que se encuentra en discusión.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene una problemática similar. Si bien la Convención Europea de Derechos Humanos reconoce diversos derechos justiciables, reconoce también lo que se denomina el margen de apreciación de los Estados para decidir de forma autónoma en materias en las que se encuentra en mejor posición para decidir. En el ámbito educativo se ha reconocido este margen de apreciación en algunos casos, y la necesidad de sopesar el derecho en juego.

Por ejemplo, en el caso de los niños Roma contra República Checa, la Corte notó que «la elección entre dos escuelas únicas para todo el mundo, las estructuras especializadas de las escuelas o las estructuras integradas con secciones especializadas representa[n] un difícil ejercicio de equilibrio entre los diversos intereses en juego», y que las decisiones de planeamiento del currículo requerían resolver cuestiones de oportunidad o conveniencia que no eran facultades de la Corte (*D.H. et al v. The Czech Republic*, 2007, ¶ 205). Sin embargo, para verificar si efectivamente se actuó dentro del margen de apreciación, se deben tomar en cuenta las garantías a los derechos del individuo (*D.H. et al v. The Czech Republic*, 2007, ¶ 206; *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, 1976; *Connors v. The United Kingdom*, 2004; ¶ 82; *Valsamis v. Greece*, 1996, ¶ 28).

Otro caso es el de *Folgerø v. Noruega*. La Corte discutió si los padres podían oponerse al dictado de educación sobre religiones en el currículo educativo. El Tribunal nuevamente dio cuenta del mismo criterio: la determinación de un currículo es una materia de conveniencia y balance de intereses que corresponde al Estado (2007, ¶ 84.h). Sin embargo, el Tribunal determinó que el Estado sí debía asegurar que:

[...] al cumplir las funciones asumidas en materia de educación y de enseñanza, vela por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa de estudios sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista. Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada no respetuosa con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Este es el límite a no sobrepasar. (2007, ¶ 84.h)

El Tribunal determinó que el curso se encontraba dentro del margen de apreciación del Estado en la medida en que se dictaba de forma objetiva y plural y con fines informativos para los niños. El análisis de la decisión en ese aspecto fue el siguiente:

Además, el artículo 2-4.4 implicaba que los alumnos podían ser llevados a participar en «actividades religiosas», lo que abarcaba concretamente los rezos, los salmos, el aprendizaje de memoria de textos religiosos y la participación en obras de carácter religioso (apartados 23 y 24 *supra*). Si bien no se precisaba que tales actividades se referían exclusivamente al cristianismo sino que podían referirse también a otras religiones, como la visita a una mezquita para el Islam, el acento que en el programa se ponía en el cristianismo no podía sino reflejarse en la elección de las actividades educativas propuestas a los alumnos en el marco de la asignatura de KRL. Como se

reconocía en la norma de exención parcial que figura en el artículo 2-4 de la Ley de 1998 de Educación y en la circular F-03-98, era razonable por parte de los padres notificar una exención para las citadas actividades religiosas. En opinión del Tribunal, se puede suponer que el hecho de participar en al menos algunas de las actividades en cuestión, concretamente para los niños (ver, *mutatis mutandis*, *Dablab contra Suiza* [dec.], núm. 42393/1998, TEDH 2001-V), podía influir en su mentalidad de tal manera que se plantea una cuestión desde el punto de vista del artículo 2 del Protocolo núm. 1. (2007, ¶ 94)

Los casos del margen de apreciación reflejan el tipo de problemática que se debe afrontar en un caso sobre el derecho a la educación, al igual que los derechos sociales en general. El juez constitucional debe ponderar el margen de apreciación y el principio democrático que otorga autonomía legislativa, frente al principio que se encuentre en juego.

1.3.7. Conclusión

Entonces, a partir de lo señalado, es necesario tener en cuenta ciertas premisas relacionadas con el derecho a la educación que permitirán verificar el argumento central de esta tesis:

1. La educación permite el desarrollo de la autonomía de la persona. Se trata de la trasmisión organizada de conocimientos para que los niños aprendan a ser adultos que pueden decidir sobre los valores que guíen su propia vida, desenvolverse satisfactoriamente en la sociedad en la que viven y desempeñar su ciudadanía en una sociedad plural y que respeta los derechos humanos.
2. En la medida en que muchos padres no cuentan con recursos suficientes, sus niños podrían quedarse sin educación que les permita desarrollarse como adultos autónomos en la

- sociedad. Estos niños se verían perjudicados por sus condiciones fortuitas de nacimiento y no por sus propias decisiones. Esto afecta el principio de libertad.
3. Entonces, se trata de un principio de justicia y un principio constitucional que el Estado financie la educación de aquellos niños que puedan verse desfavorecidos por la falta de recursos de sus padres para eliminar las condiciones fortuitas de nacimiento.
 4. Para lograr su cometido, la provisión de la educación por el Estado debe ajustarse a ciertos estándares: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad. Estos son normas de principio que deben ser ponderadas en caso de conflicto con otros principios.
 5. La educación debe regirse por otra serie de principios: coherencia con la Constitución, libertad y pluralidad de la oferta educativa, responsabilidad de los padres en asegurar la educación de sus hijos, participación de los padres, obligatoriedad de ciertas materias, contribución de la sociedad a la educación.
 6. En el proceso educativo debe garantizarse el derecho a la igualdad de los pupilos en diversas etapas. En cuanto al acceso, existe una prohibición de discriminación al acceso general a la educación y el acceso específico a ciertos programas o instituciones. Durante el proceso educativo se prohíbe la discriminación en el trato de los participantes.
 7. En la medida en que los alumnos son seres cuya autonomía está en desarrollo, se encuentran subordinados a sus apoderados, incluso en el proceso educativo. Sin embargo, el límite de dicha subordinación es el desarrollo de la autonomía de tales niños y la protección de los derechos humanos para la sociedad; principios, ambos, que justifican la educación financiada por el Estado. En un caso concreto, el juez debe ponderar los principios en juego.
 8. En tanto derecho social, el principio democrático ha asignado al Parlamento y al Gobierno la configuración, implemen-

tación y concreción del derecho a la educación. El Estado cuenta con cierto margen de apreciación o autonomía legislativa. Sin embargo, ello encuentra un límite con el contenido del derecho a la educación en tanto principio o mandato de optimización. En un caso concreto, el juez constitucional debería ponderar dichos principios. Debe tenerse en cuenta que los derechos fundamentales son un reconocimiento de límites a la mayoría por la propia mayoría.

1.4. Conclusiones

En este capítulo se ha podido arribar a las siguientes conclusiones:

1. La Constitución peruana puede clasificarse como parte del paradigma del Estado constitucional o del constitucionalismo de los derechos. Se trata de una Constitución con normas sustantivas que regulan la actuación de los poderes del Estado y de todos los ciudadanos. El juez constitucional es el garante de la coercibilidad y cumplimiento de dichas normas constitucionales. La Constitución tiene además contenido moral, por expresar los valores de la sociedad y estar conformada por diversos principios de justicia. Se caracteriza también por contener normas principio, esto es, mandatos de optimización cuyo cumplimiento no es absoluto, sino que debe realizarse de la mejor forma posible.
2. Los derechos fundamentales son atributos especiales de las personas que reflejan el máximo respeto y valor que debe otorgárseles debido a su especial dignidad. Son además atributos o posiciones jurídicas configurados por el ordenamiento jurídico para salvaguardar de forma coercitiva su respeto y cumplimiento por todos los poderes del Estado y la sociedad. Desde un punto de vista procedimental, son aquellos derechos sobre los que no puede decidir la ma-

- yoría. Desde el punto de vista estructural, son posiciones jurídicas configuradas por normas principio o normas reglas que se pueden reconstruir dogmáticamente a partir de una o diversas disposiciones constitucionales.
3. A partir de la teoría de la argumentación jurídica, para establecer el contenido de un derecho fundamental se deben seguir diversos pasos: (i) identificar *prima facie* cuáles son las disposiciones constitucionales relevantes a la hipótesis; (ii) interpretar las disposiciones constitucionales relevantes, justificando el método interpretativo utilizado; (iii) en el caso de tratarse de normas principios, el resultado serán normas adscritas concretas que permitan resolver el caso; (iv) luego, corresponde subsumir el problema planteado en las normas adscritas producto de la interpretación; (v) en caso las conclusiones sean contradictorias, será necesario aplicar la forma argumentativa de la ponderación y determinar cuál es el principio que debe ser preferido por tener mayor peso. La conclusión de la ponderación será una nueva norma adscrita; (vi) finalmente, corresponderá subsumir el problema en la norma adscrita resultante de la ponderación. La conclusión será la solución del caso.
 4. Para determinar si en un caso concreto se ha vulnerado el derecho a la igualdad de dignidad, trato y respeto, por lo cual se ha producido un caso de discriminación, existen diferentes exámenes, dependiendo de la situación. Su planteamiento dio lugar al tradicional *test* de discriminación relacional, por el cual se debe establecer (i) un parámetro de comparación, (ii) un trato menos favorable respecto al parámetro de comparación y (iii) la ausencia de justificación objetiva y razonable sobre la base del *test* de ponderación. La discriminación indirecta es una variación del *test* relacional de discriminación en los casos en que una medida, criterio o política neutral o igualitaria da lugar a un impacto perjudicial en un grupo o colectivo de personas. En los casos en que está involucrado un grupo o categoría prote-

gido de personas y no es posible establecer un parámetro de comparación, se debe prescindir de este requisito para probar un caso de discriminación. Esta es una manifestación de la igualdad en sentido material, que incluso da lugar al mandato de realizar ajustes o tomar acciones positivas con el objeto de lograr que las personas puedan hacerse responsables de sus propias vidas y evitar las barreras impuestas por la sociedad.

5. La prestación de la educación por el Estado debe cumplir con ciertos estándares: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad. La educación debe regirse por otra serie de principios: coherencia con la Constitución, libertad y pluralidad de la oferta educativa, responsabilidad de los padres en asegurar la educación de sus hijos, participación de los padres, obligatoriedad de ciertas materias y contribución de la sociedad a la educación.
6. El derecho a la educación puede colisionar con la libertad de los padres de dirigir la educación de sus hijos y con el principio de autonomía legislativa o gubernamental del Estado para configurar la educación dentro de sus facultades discrecionales. El operador jurídico deberá efectuar un razonamiento de ponderación para determinar la solución a la colisión.

Capítulo 2

La producción y reproducción de la discriminación por orientación sexual en la escuela

El objetivo de este capítulo es verificar cómo se manifiesta la discriminación por orientación sexual en la educación. Según se demuestra en los acápites que siguen, la educación es un espacio en el que se produce y se reproduce la discriminación. Esta se expresa en un nivel micro, en contra de los niños, y en un nivel macro, en contra de todas las personas LGB en la sociedad. El currículo educativo es uno de los factores determinantes de esta producción y reproducción; pero, a la vez, él y la escuela representan una oportunidad para erradicar la discriminación para beneficio de todos.

En el acápite 2.1 se partirá entonces por exponer el marco teórico que explica qué es la orientación sexual y por qué es diversa. Con tal objetivo, primero se exponen cuáles son las principales aproximaciones teóricas para la explicación de la sexualidad humana y, en específico, de la orientación sexual. Este análisis comprende el estudio de la contraposición tradicional entre esencialismo y construccionismo con relación a la sexualidad. A continuación, se distingue entre los conceptos básicos de «sexo», «género», «identidad de género» y «orientación sexual». Finalmente, se tomará postura respecto a si la no-heterosexualidad puede ser considerada una variación normal del ser humano.

En el acápite 2.2, habiendo comprendido qué es la diversidad de la orientación sexual humana, resulta necesario entender cuáles son los impedimentos que afrontan las personas que no se ajustan a la expectativa social de heterosexualidad en su vida diaria. Es decir, se identificarán las principales manifestaciones en la sociedad actual de la discriminación por orientación sexual, sobre todo a la luz de su tratamiento legal. Esta

problemática se ha categorizado temáticamente en violencia estatal y civil, falta de reconocimiento de relaciones familiares y discriminación laboral.

Una vez comprendido el panorama general de la discriminación por orientación sexual, corresponde, en el acápite 2.3, circunscribir el análisis a la discriminación en la escuela y, específicamente, en el currículo escolar. Para ello, primero se identificará cómo se manifiesta y se reproduce la discriminación por orientación sexual desde el ámbito general de la escuela, prestando especial atención a las consecuencias de tal problemática en los niños y en la sociedad. A continuación se analiza el rol del currículo escolar en tales circunstancias.

Al final del capítulo, en el acápite 2.4, se identifican cuáles vienen siendo las principales experiencias y buenas prácticas gracias a las cuales la escuela se ha convertido en un espacio de eliminación de discriminación por orientación sexual. En este marco, se expone qué es un currículo inclusivo y qué funciones cumple en la eliminación de la discriminación por orientación sexual. Finalmente, se analiza el currículo escolar peruano para comprobar si su diseño representa un avance en la erradicación de la discriminación por orientación sexual o si, por el contrario, aún reproduce el sistema de homofobia generalizado en la sociedad peruana.

2.1. ¿Qué es la diversidad sexual?

En este acápite se demostrará por qué la sexualidad humana es diversa y variada, y que ello no es negativo ni patológico *per se*. Con ese fin, se exponen de forma introductoria las aproximaciones teóricas contemporáneas a la sexualidad, las cuales se condensan en las categorías de esencialismo y construcciónismo. Luego, se presentan los conceptos básicos usados contemporáneamente para estudiar y tratar legalmente ciertas dimensiones de la sexualidad: el sexo, el género, la identidad

de género y la orientación sexual. A continuación, el capítulo se detiene en el tratamiento del desarrollo de la orientación sexual en los niños. Finalmente, se exponen las razones por las que el espectro de diversidad sexual no deja de ser una variación normal de la sexualidad humana.

2.1.1. Aproximaciones teóricas contemporáneas para la explicación de la diversidad sexual

El estudio de la diversidad sexual ha sido abordado en la edad contemporánea desde distintas disciplinas como la medicina, la psicología y las ciencias sociales. Por su parte, las teorías elaboradas desde dichos campos de estudio pueden agruparse (previa advertencia sobre la simplificación que toda clasificación implica), de forma general, en dos grandes posiciones: el esencialismo y el construccionismo.

Luego de estudiar los principales presupuestos y conclusiones de ambas aproximaciones, la posición de este trabajo es que no son aproximaciones necesariamente contradictorias. Si se entienden los presupuestos de los que parten, así como los alcances y límites de sus conclusiones, es posible que ambas posiciones aporten conocimiento relevante para entender las diversas aristas de la sexualidad humana y, particularmente, de la orientación sexual.

a) Esencialismo

Dentro de la categoría del esencialismo se ubican aquellas perspectivas que consideran la sexualidad, y en particular la orientación sexual, como un fenómeno o propiedad del ser humano inmutable en el tiempo y la cultura. En otras palabras, dichas teorías sostienen, en términos generales, que las categorías «homosexual», «bisexual» y «heterosexual» son universales y estables en la historia, por lo que tienen un significado atemporal (Bamforth, 1997, p. 76). Así, tomando como ejemplo la orientación homosexual, sería posible «advertirse una similar

identidad homosexual, con muy leves diferencias, que debe entenderse como natural y perdurable desde la época clásica griega hasta nuestro presente» (Mérida Jiménez, 2002, p. 13). Asimismo, el esencialismo se suele asociar a las teorías que consideran que la orientación sexual es una característica innata y estable del ser humano (Bamforth, 1997, p. 75).

Los primeros estudios contemporáneos sobre la orientación sexual, que se produjeron entre la segunda mitad del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, pueden etiquetarse como esencialistas. Mérida señala que «a partir de 1860, diversas obras fueron promulgando la perversidad de la homosexualidad desde una doctrina fisiológica que ha perdurado hasta hace bien pocos años de manera casi inmutable y que de forma nada inocente utilizaron las argumentaciones a favor de un deseo natural que empezaron a verse ya a fines del siglo XIX» (Mérida Jiménez, 2002, pp. 8-9).

El alemán Karl Heinrich Ulrichs es el principal precursor en el estudio de la diversidad sexual, referido luego por sucedáneos estudiosos de la época (Bristow, 1997, pp. 20-25). Entre 1864 y 1879, Ulrichs publicó diversos escritos abogando por la liberalización de los comportamientos homosexuales en Alemania. En dichos escritos se clasificó a los hombres en uranistas (homosexuales) y dionistas (heterosexuales), con base en el *Banquete* de Platón. El uranismo, de acuerdo con Ulrichs, sería una condición innata y natural originada en el desarrollo del feto que ocurriría en todas las sociedades en la historia (Bristow, 1997, pp. 20-25).

Dicha perspectiva fue también adoptada por el médico judío-alemán Magnus Hirschfeld, quien en 1896 publicó su primera obra sobre el asunto: *Sappho und Sokrates oder wie erklärt sich die Liebe der Männer und Frauen zu Personen des eigenen Geschlechts?* (LeVay, 1996). Ambos autores fueron activistas por los derechos de los homosexuales y la abolición de la criminalización de las conductas homosexuales del Código Penal alemán. Sus teorías respecto a la orientación sexual como

una característica innata y de naturaleza biológica sirvieron de fundamento a su defensa de la despenalización (LeVay, 1996).

Otro trabajo paradigmático de esta época, pero que defendía una ética contraria a la de los estudios de Ulrichs y Hirschfeld, fue el del profesor austriaco de psiquiatría Richard von Kraft-Ebbing —*Psychopathia sexualis* de 1886—, el cual calificó de perverso cualquier acto sexual no destinado a la procreación y popularizó el concepto de inversión (International Commission of Jurists, 2009, pp. 9-10). Esta obra considera como saludables únicamente las relaciones heterosexuales dentro del matrimonio, al estar vinculadas al progreso de la civilización cristiana occidental (Bristow, 1997, pp. 25-33). La cuarta edición de dicha obra, de 1889, es una de las primeras en utilizar los términos «homosexualidad» y «heterosexualidad» (Katz, 1990, pp. 231-242).

La obra del doctor Sigmund Freud es difícil de clasificar, porque si bien sostiene la existencia de un concepto universal y atemporal de «inversión», sí llega a afirmar que existen diferencias de significado y juicio moral, dependiendo de la cultura. Posiblemente sea más certero considerar su obra como ecléctica.

En la obra del doctor Freud se hace referencia a cierto espectro dentro de la «inversión», diferenciando entre «invertidos absolutos», «anfígenos» y «ocasionales». Asimismo, se toma nota de que hay «inversión» que se manifiesta en diferentes momentos de la vida. Entonces, si bien la «inversión» es una condición compleja y con distintas variaciones, para el doctor Freud esta estaría presente en toda la historia humana. Su obra indica que dicho fenómeno estuvo presente en pueblos antiguos, así como en pueblos «salvajes y primitivos» (Freud, 1992, p. 126).

Sin perjuicio de ello, el doctor Freud da cuenta del significado cultural y moral que cada sociedad otorga a la «inversión». Por ejemplo, señala que el concepto de degeneración aparece únicamente en la alta civilización y que el clima y la raza influyen sobre el enjuiciamiento de la inversión (Freud,

1992, p. 124-127). Estas afirmaciones alejan la posición del doctor Freud de un esencialismo a rajatabla.

Las ciencias sociales se preocuparon muy poco de la diversidad sexual en la primera mitad del siglo XX. Los pocos estudios al respecto también pueden ser clasificados como esencialistas, en la medida en que consideraron la homosexualidad como una categoría universal e impermeable a cualquier época o cultura (Fox, 2002, pp. 10-16). Dentro de dichos estudios pueden encontrarse *Sex and repression in savage society*, de 1927, por Bronislaw Malinowski, o *Coming of age in Samoa*, de 1928, por Margaret Mead (Fox, 2002, pp. 10-16).

Como se explicará en el acápite posterior, desde las ciencias sociales se gestaron, en la segunda mitad del siglo XX, diversas teorías construccionistas que se contrapusieron al imperante esencialismo. Sin embargo, según indica Mérida, incluso desde esta disciplina se han continuado produciendo estudios con una perspectiva esencialista (Mérida Jiménez, 2002, pp. 12-13).

Hacia el final del siglo XX, y entrado el siglo XXI, las ciencias naturales, gracias al avance de la genética y la anatomía, han asumido nuevamente un rol preponderante en el estudio de la diversidad sexual con perspectivas que también pueden clasificarse como esencialistas, no obstante, con resultados no-concluyentes. Muchas de estas teorías, de forma análoga a las del doctor Ulrichs en el siglo XIX, han servido de base para abogar por los derechos de las personas con orientación sexual disidente y negar que la heterosexualidad sea la única orientación sexual natural.

Por un lado, se ha investigado si la homosexualidad es un factor hereditario, considerando la mayor tendencia a que los gemelos homocigóticos compartan la orientación sexual y a que una persona homosexual tenga más hermanos homosexuales que una heterosexual (Rahman & Wilson, 2013, pp. 1341-1349; Dawood, Bailey & Martin, 2009, pp. 269-272). Bailey, Pillard y otros han hallado una tendencia en gemelos idénticos, separados al nacer, a compartir la orientación sexual (Bailey &

Pillard, 1992, pp. 1089-1096; Whitam, Diamond & Martin, 1993, pp. 187-206; Rahman & Wilson, 2013, pp. 1341-1349; Dawood, Bailey & Martin, 2009, pp. 269-272). Al respecto, entre diversos estudios cabe destacar el de Hamer, Hu y otros, quienes hallaron un vínculo entre el gen Xq28 del cromosoma X, que sería transmitido de madre a hijo y explicaría algunos casos de homosexualidad en hombres (Hamer, Hu, Magnuson & Pattatucci, 1993; Rahman & Wilson, 2013, pp. 1341-1349; Dawood, Bailey & Martin, 2009, pp. 269-272). No obstante, este último estudio ha sido cuestionado debido a que algunos experimentos no pudieron replicar los hallazgos (Dawood, Bailey & Martin, 2009, pp. 269-272).

Por otro lado, diversos estudios se han concentrado en investigar correlaciones de características corporales, neuroanatómicas y psicológicas presentes en las mujeres heterosexuales con las de los hombres homosexuales y viceversa. Estos estudios, no obstante, se enfocan en el análisis de la homosexualidad masculina y tienen dificultades para explicar la femenina (Rahman & Wilson, 2013, pp. 1350-1353). Por ejemplo, en 1991 Simon LeVay encontró características anatómicas en el cerebro de hombres homosexuales similares a las presentes en mujeres heterosexuales y distintas a las de hombres heterosexuales. Sin embargo, el estudio ha sido criticado por haber empleado una muestra poco representativa (LeVay, 1991; Rahman & Wilson, 2013, pp. 1353-1354).

Otros estudios han mostrado una tendencia compartida entre hombres homosexuales y mujeres a tener menores habilidades para la rotación mental de objetos y mayores habilidades verbales frente a hombres heterosexuales (Rahman & Wilson, 2013, pp. 1350-1357). No obstante, de acuerdo con estos estudios, muchas tendencias vinculadas a la sexualidad no varían entre homosexuales y heterosexuales, sean hombres (atracción por personas jóvenes, encuentros sexuales casuales o atracción por el material sexual explícito) o mujeres (menor énfasis en el atractivo físico o búsqueda de relaciones duraderas) (Rahman & Wilson, 2013, pp. 1350-1357).

Las correlaciones señaladas cuentan con tres tipos de hipótesis explicativas, siendo las dos primeras las que gozan de mayor aceptación: (i) la exposición del feto a las hormonas andrógenos que, de acuerdo con dichos estudios, *masculinizan* las características anatómicas y neuroanatómicas del feto (Dawood, Bailey & Martin, 2009, pp. 275-276); (ii) la menor exposición del feto al antígeno H-Y del vientre materno por haber concebido a otros hijos hombres previamente, lo cual vincularía el orden de nacimiento con la probabilidad de ser homosexual (Dawood, Bailey & Martin, 2009, pp. 276-277); así como (iii) las situaciones de estrés de la madre durante el embarazo, hipótesis que cuenta con menor respaldo (Rahman & Wilson, 2013, pp. 1364-1368).

En suma, las teorías esencialistas conciben la orientación sexual, particularmente la homosexualidad, como una categoría propia e inherente a la persona y que no se encuentra afectada por la cultura o la historia. En otras palabras, las características y las experiencias relacionadas con la homosexualidad en el Perú contemporáneo, por ejemplo, serían las mismas características de la Grecia antigua, o de cualquier cultura en cualquier momento histórico. Ello es negado por las teorías construccionistas, según se explica a continuación.

b) Construccionismo

Las teorías construccionistas tienen en común el entender la sexualidad humana, antes que como una característica universal e inmutable frente a la historia, como una experiencia humana, en gran medida construida a partir de factores mutables como el lenguaje, la cultura y las relaciones político-económicas (Bamforth, 1997, p. 76). La profesora Gayle Rubin señala que «[t]he realm of human sex, gender, and procreation has been subjected to, and changed by, relentless social activity for millennia. Sex as we know it —gender identity, sexual desire and fantasy, concepts of childhood— is itself a social product» (1975, p. 166). Por ejemplo, a decir del profesor Mérida:

[...] la homosexualidad no nacería hasta que una serie de circunstancias (sociopolíticas y económicas, por ejemplo) propiciaron la génesis de esa nueva autoconciencia erótica, individual y colectiva, que en absoluto puede asimilarse a las prácticas sexuales entre personas del mismo sexo que las fuentes históricas y artísticas mostrarían en la Grecia clásica, en los reinos europeos y bizantinos del Medievo, en las ciudades renacentistas italianas o en la Inglaterra isabelina. (2002, p. 13)

La profesora Gayle Rubin explicó que, en contraposición a la visión esencialista que había dominado los estudios sobre la sexualidad humana, durante la década de 1970 surgió una nueva corriente que dio cuenta del carácter histórico y culturalmente construido de la sexualidad. De acuerdo con la profesora Rubin, no obstante, el construccionismo no negó que existieran elementos biológicos de la sexualidad, en los cuales se habían centrado muchos estudios hasta la primera mitad del siglo XX, sino que el construccionismo permitía un entendimiento más cabal del fenómeno sexual y posibilitaba «identify, describe, explain, and denounce erotic injustice and sexual oppression» (1984, p. 149):

El nuevo pensamiento sobre la conducta sexual le ha dado al sexo una historia y creado una alternativa constructivista al esencialismo sexual. El supuesto de que la sexualidad se constituye en la sociedad y en la historia y que no está unívocamente determinada por la biología subyace a todos los trabajos de esta escuela. Ello no significa que las capacidades biológicas no sean prerequisites de la sexualidad humana, significa simplemente que ésta no puede comprenderse en términos puramente biológicos. Los cuerpos y los cerebros son necesarios para las culturas humanas, pero ningún examen de estos puede explicar la naturaleza y variedad de los sistemas socia-

les. El hambre del estómago no proporciona indicios que expliquen las complejidades de la cocina. El cuerpo, el cerebro, los genitales y el lenguaje son todos necesarios para la sexualidad humana, pero no determinan ni sus contenidos, ni las formas concretas de experimentarlo, ni sus formas institucionales. Más aún, nunca encontramos al cuerpo separado de las mediaciones que le[s] imponen los significados culturales. Parafraseando a Levi-Strauss, mi posición en lo referente a la relación entre biología y sexualidad es un «Kantismo sin libido trascendental». (1984, p. 150)

La *Historia de la sexualidad* de Michel Foucault es considerada como un trabajo paradigmático y, valga la paradoja, esencial entre los estudios de la sexualidad humana de perspectiva construccionista (Rubin, 1984, p. 149). La profesora Gayle Rubin explica cómo el autor demostró que «desires are not pre-existing biological entities, but rather that they are constituted in the course of historically specific social practices. He emphasizes the generative aspects of the social organization of sex rather than its repressive elements by pointing out that new sexualities are constantly produced» (1984, p. 149).

El profesor Foucault se enfocó en las múltiples perspectivas que el deseo sexual puede tener en la cultura y el entramado de significantes que sobre él se tienden. En otras palabras, su estudio busca analizar las interrelaciones entre la política, la cultura, el placer y la construcción de la identidad de las personas.¹⁶

En *La voluntad de saber*, por ejemplo, este pensador critica la concepción de las normas jurídicas y morales victorianas como únicamente mecanismos de represión y limitadores ne-

16 Foucault explica su proyecto como el de una «historia de la sexualidad como experiencia» en el sentido de «correlación, dentro de una cultura, entre campos del saber, tipos de normatividad y formas de subjetividad» o, en

gativos de la sexualidad. El autor destaca cómo, por el contrario, las reglas de la cultura tienen un rol constructor de la identidad, de los deseos y de los sujetos. Así, destaca la creación de la subjetividad del «homosexual» en la Europa del siglo XIX:

Esta nueva caza de las sexualidades periféricas produce una incorporación de las perversiones y una nueva especificación de los individuos. La sodomía —la de los antiguos derechos civil y canónico— era un tipo de actos prohibidos; el autor no era más que su sujeto jurídico. El homosexual del siglo XIX ha llegado a ser un personaje: un pasado, una historia y una infancia, un carácter, una forma de vida; asimismo una morfología, con una anatomía indiscreta y quizás misteriosa fisiología. Nada de lo que él es *in toto* escapa a su sexualidad. Está presente en todo su ser [...]. (Foucault, 2012, pp. 27-28)

En *El uso de los placeres*, para poner otro ejemplo, con ocasión del estudio de la pederastia griega, indica cómo «aquí es preciso captar no por qué los griegos se sentían atraídos por los muchachos sino por qué tenían una “pederastia”: es decir por qué, alrededor de esta atracción, elaboraron una práctica de cortejo, una reflexión moral y, como veremos, un ascetismo filosófico» (Foucault, 2012, pp. 197-198).

El estudio de la sexualidad del profesor Foucault deja entrever el giro señalado por Gayle Rubin que ofrece la perspectiva construccionista: el deseo sexual no puede ser aprehendido

otras palabras, como una «genealogía», no en el sentido de «una historia de los conceptos sucesivos del deseo, de la concupiscencia o de la libido, sino [en el sentido de] analizar las prácticas por las que los individuos se vieron llevados a prestarse atención a ellos mismos, a descubrirse, a reconocerse y a declararse como sujetos de deseo, haciendo jugar entre unos y otros una determinada relación que les permita descubrir en el deseo la verdad de su ser, sea natural o caído» (Foucault, 2012, pp. 7-9, 27-28).

únicamente como una entidad biológica, sino que el campo de estudio debe ser mucho más amplio y debe entenderse como una entidad cultural.

Otra autora fundamental de esta corriente es la profesora Judith Butler. En *Gender trouble* realiza una crítica genealógica al «género» y a la dualidad sexo/género, lo cual deriva en una crítica a la identidad de lo «femenino» y la «mujer» como sujeto del feminismo. De acuerdo con esta autora, «la genealogía indaga sobre los intereses políticos que hay en señalar como origen y causa las categorías de identidad que, de hecho, son los efectos de instituciones, prácticas y razonamientos de origen diverso y difuso» (Butler, 2007, pp. viii-ix). Con base en tal análisis, Butler deconstruye los aspectos de la sexualidad que han sido tomados como preculturales para demostrar el carácter lingüístico del cuerpo y el placer.

Con respecto a los placeres, Butler indica que «algunas partes del cuerpo se transforman en puntos concebibles de placer justamente porque responden a un ideal normativo de un cuerpo con género específico», y que «la naturaleza fantasmática del deseo pone de manifiesto que el cuerpo no es su base ni su causa, sino su ocasión y su objeto» (Butler, 2007, p. 159). Ello está vinculado a su crítica al sexo, el cuerpo y lo biológico como precultural, siendo que, a partir de los escritos de Foucault, señala que «Cuando el “sexo” se esencializa [*sic*] de esa forma, se vuelve ontológicamente inmune a las relaciones de poder y a su propia historicidad. Como consecuencia, el análisis de la sexualidad se acaba en el del “sexo”, y esta causalidad intercambiada y falsificadora no permite investigar la producción histórica de la categoría de “sexo” en sí» (Butler, 2007, p. 199). Butler señala que «es preciso interpretar el drama de lo Simbólico, del deseo, de la instauración de la diferencia sexual como una economía significativa independiente que se impone al demarcar lo que puede y no puede pensarse dentro de los límites de la inteligibilidad cultural. Activar la distinción entre lo que es “antes” y lo que es “durante” la cultura es una

manera de excluir opciones culturales desde el principio» (Butler, 2007, p. 171).

Resulta también especialmente interesante la crítica que propone la bióloga Fausto-Sterling a los estudios biológicos de carácter esencialista, muchos de los cuales han sido referidos en la sección precedente. La autora busca exponer cómo los estudios científicos (*e.g.*, sobre la anatomía cerebral, las hormonas o la intersexualidad) están también impregnados de preconcepciones culturales respecto al género (Fausto-Sterling, 2000).

Por ejemplo, respecto a los estudios del cuerpo calloso en el cerebro, según los cuales en él se encontrarían y explicarían las diferencias innatas entre hombres y mujeres (*e.g.*, la rotación mental de objetos), así como entre heterosexuales y homosexuales, la autora destaca cómo ningún estudio ha podido demostrar concluyentemente sus hipótesis debido a la alta variabilidad individual de dicha sección del cerebro y a la influencia de factores ambientales en su desarrollo en el tiempo. Pese a ello, los estudios científicos se han enfocado en forzar o resaltar resultados que insinúan diferencias innatas e inmutables entre hombres y mujeres, antes que en la variabilidad y la posibilidad de cambio que también puede derivar de las investigaciones (Fausto-Sterling, 2000, pp. 115-145).

La autora propone la necesaria interdisciplinariedad en los estudios de la sexualidad y la aplicación de la teoría de los sistemas dinámicos para entender la sexualidad. Plantea además que el estudio del género y la sexualidad debe analizar todas sus aristas y las múltiples relaciones entre ellas, desde el nivel celular, biológico, pasando por la anatomía, las influencias del entorno, hasta los significados culturales y el lenguaje (Fausto-Sterling, 2000, pp. 233-255).

En síntesis, la propuesta construccionista, con diversas perspectivas, metodologías y conclusiones entre sus autores, busca demostrar las relaciones culturales de carácter lingüístico que enmarcan no solo el entendimiento de las personas, sino

la propia vivencia de la sexualidad, el placer, la identidad, la cultura y la política. En ese sentido, las tesis construccionistas prueban que no son suficientes los estudios de las ciencias naturales para comprender al ser humano.

c) La necesidad de una aproximación multidisciplinaria

Este trabajo adopta la posición de la doctora Fausto-Sterling en cuanto a la aproximación necesaria para entender cabalmente la sexualidad. Por una parte, el descubrimiento de estadísticas, causas y efectos que han realizado las ciencias naturales y la medicina ha sido fundamental para entender al propio ser humano y atender sus necesidades a lo largo de toda la historia.

Por otra parte, la crítica construccionista es fundamental para, por un lado, comprender los límites y los significados, políticos y culturales, de las premisas y conclusiones de las investigaciones de las ciencias naturales. Igualmente, resulta vital para aprehender todos los aspectos de la sexualidad humana que no pueden ser estudiados por la ciencia natural y su influencia en la esfera biológica. Estos aspectos pueden ser la influencia del lenguaje, las relaciones sociales, las relaciones políticas y la cultura, cuyo estudio con base en metodologías científicas no arroja a la fecha conclusiones ni predicciones certeras (Fausto-Sterling, 2000, pp. 254-255).

Los estudios del género y la sexualidad no pueden perder de vista la complejidad del ser humano y la multiplicidad de aristas desde la que se requiere su entendimiento. No puede minimizarse el rol ni la validez de las conclusiones científicas, pues sería equivalente a negar los resultados de la medicina humana o la física en mejorar la vida de las personas. Sin embargo, en una materia compleja como es la sexualidad humana, tampoco pueden extenderse las conclusiones de las ciencias duras más allá de sus límites. Por ello, resulta necesario comprender los presupuestos de los que parte cada estudio y los límites de las conclusiones que aporta.

2.1.2. Aspectos centrales para el tratamiento y estudio de la sexualidad

En la actualidad, tanto las investigaciones científicas y académicas, así como diversos instrumentos y decisiones jurídicas, tienden a utilizar una terminología común para referirse a distintos aspectos de la sexualidad y la identidad humana. Los principales términos pueden reducirse a cuatro: «sexo», «género», «orientación sexual» e «identidad de género». Como toda terminología, esta no escapa de vacíos y sobreposiciones que deben ser puestos a la luz para analizar si cabe un cambio. Sin embargo, dichos términos se han convertido en un importante punto de partida para construir conocimiento y debate.

a) Sexo

El sexo refiere al conjunto de características del cuerpo humano vinculadas a la reproducción y en función de las cuales es posible categorizar a las personas. Para ello, existen una serie de indicadores como «los cromosomas sexuales, las gónadas, los órganos reproductores internos y los genitales». Ello permite clasificar a las personas como de sexo masculino, sexo femenino o intersexuales (American Psychological Association, 2012, p. 11; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2012, ¶ 13).

Las personas de sexo masculino cuentan con un pene y dos testículos recubiertos por el escroto, y producen espermatozoides. Las personas de sexo femenino cuentan con ovarios, trompas de Falopio, un útero y una vagina, y producen óvulos. Asimismo, existen personas que anatómicamente no tienen sexo masculino ni sexo femenino, pues poseen órganos sexuales o características físicas externas que se categorizan como propios de los dos sexos mencionados. Estas personas han sido denominadas tradicionalmente como hermafroditas y, actualmente, con el término «intersexual» (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2012, p. 3).

El concepto de «sexo» se distingue usualmente del concepto de «género» en tanto el primero se refiere exclusivamente a características biológicas (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p. 31) o físicas, en términos latos; mientras que el género se trata más bien de un concepto psicosocial (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2012, ¶¶ 14 y 15), conforme se explica en el acápite siguiente.

No obstante, no deben perderse de vista las críticas de Fausto-Sterling (2000, pp. 45-77, 1993) y de Judith Butler (1990, pp. 94-95) respecto a la naturalización del tratamiento del sexo y las categorías sexuales. El reconocimiento de una esfera biológica desde la cual es posible clasificar a las personas podría llevar al olvido de que las categorías son simplemente palabras, construcciones lingüísticas con el propósito de simplificar la realidad para entenderla, ideales. Es precisamente ese olvido o naturalización el que lleva en algunos casos a buscar que las personas se amolden a las categorías antes que las categorías a las personas. La realidad es mucho más diversa que el ideal, y las personas están lejos de acomodarse al ideal de características que corresponderían a cada sexo.

En ello radica la problemática de las personas intersexuales. El esquema de pensamiento tradicional ha clasificado a los seres humanos en función del sexo únicamente en hombres y mujeres. Esto último ha conducido a forzar que las personas intersexuales se amolden a una de dichas categorías, en el último siglo, mediante la intervención quirúrgica a temprana edad. Tal decisión es usualmente tomada por los padres y, muchas veces, no se condice con la identidad de género de la persona, de modo que causa problemas en el desarrollo de su personalidad (Fausto-Sterling, 2000, pp. 45-77; Fausto-Sterling, 1993; Hernández Guanche, 2009). Por ello, actualmente se afirman los derechos al reconocimiento legal de los sexos no-binarios y el derecho a la no-discriminación (Agius, 2015; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p. 31).

b) Género

El género se refiere a las «actitudes, pensamientos y comportamientos que una cultura asocia con el sexo biológico de una persona» (American Psychological Association, 2012, p. 11). Es decir, la cultura relaciona ciertas formas de ser, de verse, de comportarse, de pensar y de sentir al hecho de pertenecer a un sexo o al otro. En ese sentido, se equipara la dualidad sexo/género con la dualidad biología/cultura.

En los Estados Unidos, el término género fue tradicionalmente utilizado en la lingüística. Para connotar el uso actual de «género» se hacía referencia a los «roles sexuales» o «sexo psicológico». Fue en 1955 que el doctor John Money utilizó los términos «género», «rol de género» y «orientación de género» para señalar los aspectos psicológicos y sociales relacionados con la sexualidad que no estaban determinados por la esfera biológica, sino que eran moldeados por factores ambientales. En 1968, el doctor John Stoller publicó *Sex and gender*, el primer libro en utilizar la palabra «género» como balance de femineidad o masculinidad en cada persona, de carácter eminentemente psicológico y cultural (Meyerowitz, 2008, pp. 1353-1355).

En la década de 1970, los estudios feministas empezaron a utilizar el término «género» para connotar que las diferencias culturales y psicológicas asociadas con cada sexo estaban engarzadas en la cultura, no eran naturales ni innatas, y podían ser cambiadas. Posteriormente, en la década de 1980, con la influencia del posestructuralismo francés, se empezó a resignificar el género, a deconstruirlo y entenderlo dentro de las relaciones de poder en cada contexto histórico (Meyerowitz, 2008, pp. 1353-1355). La profesora Joan Scott definió así en 1986 al «género» con una doble acepción:

Mi definición de género tiene dos partes y varias subpartes. Están interrelacionadas, pero deben ser analíticamente distintas. El núcleo de la definición reposa sobre una conexión integral entre dos proposiciones: el género es

un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos y el género es una forma primaria de relaciones significantes de poder. (1986, p. 1066)

Precisamente hacia la década de 1990, la profesora Judith Butler deconstruye el binomio sexo/género para demostrar que, por el contrario, el sexo y el cuerpo son también aspectos cultural, lingüística y políticamente construidos, siendo ambos construidos y deconstruidos en el día a día por el comportamiento de las personas. Ello lleva a Butler a concluir que el género es performativo. Asimismo, la profesora Butler criticó la concepción de que el sujeto del feminismo es la mujer y revalorizó la necesidad de reconocimiento de las identidades transgénero e intersexuales (1990).

En suma, el género es una pieza fundamental para entender la inmensidad de aristas que posee la sexualidad y la identidad humana, que se alojan en la cultura y que resultan tan o más importantes de comprender y reconocer que las características biológicas.

c) Identidad de género

Otro aspecto crucial de la sexualidad humana está constituido por la identidad de género, que es la «profundamente sentida experiencia interna e individual del género, que puede o no corresponderse con el sexo asignado en el nacimiento» (International Commission of Jurists, 2007; cfr. American Psychological Association, 2012, p. 11). Se trata, en otras palabras, del concepto de pertenencia que tiene cada persona a una categoría de género, sea normativa, disidente, con elementos variados o a ninguna categoría de género.

Se debe destacar, asimismo, que la identidad de género es, por lo menos analíticamente, un aspecto de la personalidad distinto y separado de la orientación sexual, según se expone más adelante. La identidad de género responde a la pregunta

de «quién soy», mientras que la orientación sexual hace referencia a «a quién deseo».

No obstante, esta separación analítica podría problematizarse. El deseo y el placer son también elementos a partir de los cuales se construye la identidad y, en términos de Butler, se actúa (*perform*) el género. Como señala Foucault, muchos de los placeres actuales han sido contruidos a partir de las políticas sexuales, dando lugar también a identidades sexuales, como la del «homosexual», en función del objeto del placer, identidades que, no obstante, adquieren también sus propias características y manifestaciones (Pérez-Wicht Arispe, 2017, pp. 3-8). Como toda conceptualización, no debe perderse de vista su incompletitud e instrumentalidad.

En este punto es preciso destacar un aspecto vinculado a la identidad de género: la expresión *de género*, la cual se trata de la exteriorización, manifestación o comunicación de la experiencia de género de la persona. Ello comprende su vestimenta, sus maneras, su forma de hablar o sus intereses, que pueden o no corresponderse con su identidad de género (American Psychological Association, 2012, p. 11).

El común de las personas que nacen con sexo femenino se identifica con el género femenino y sigue los patrones que la cultura le asigna a dicho género. Lo mismo ocurre con la mayoría de personas que nacen con sexo masculino y viven con una identidad de género masculina. A esta mayoría se le denomina «cisgénero» (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p. 42).

Ahora bien: existen personas que tienen una profunda experiencia interna de pertenecer a un género distinto al que la sociedad relaciona con el sexo asignado en el nacimiento (American Psychological Association, 2012, p. 11; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2012; International Commission of Jurists, 2007, pie de página 1). Por ejemplo, personas de sexo femenino que sienten que su identidad de género es la masculina y personas de sexo masculino que se sienten de

género femenino. Dichas personas son denominadas «transgénero» (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p. 42), lo cual no quiere decir que dichas personas necesariamente se autodenominen así. Una persona transgénero de sexo masculino e identidad de género femenino muchas veces se autodenominará mujer.

No debe pensarse además que la identidad de género se restringe a la identidad masculina o femenina. Existen personas que no se identifican con ninguno de los dos géneros y viven una identidad o expresión de género que no se amolda a los límites binarios de la sociedad.

Si bien *Psychopatia sexualis*, del doctor Richard von Kraft-Ebbing, ya reportó en 1886 individuos que se identificaban con el sexo opuesto, considerándolo como una psicopatía, fue el sexólogo Magnus Hirschfeld quien diferenció la homosexualidad de la transexualidad en 1923 (Drescher, 2012, pp. 568-569). A pesar de que durante dichos años se empezaron a dar algunas operaciones de reasignación de sexo, la academia recuperó el interés en el asunto en los Estados Unidos en la segunda mitad del siglo XX, mediante los estudios de los doctores Benjamin, Money, Stoller y otros (Drescher, 2012, p. 569).

Desde 1965, la Clasificación Internacional de Enfermedades N° 8 (CID 8), publicada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), incluye el travestismo como una desviación sexual. En 1975, la CID 9 sumó la transexualidad a esta clasificación. En 1990, la CID 10, actualmente vigente, incorporó el grupo de desórdenes de identidad sexual (Drescher, 2012, pp. 570-571). En 2018 se anticipa la publicación de la CID 11; no obstante, se ha señalado que todavía se mantendría la «incongruencia de género» como una condición relativa a la salud sexual, pero sería retirada como un trastorno mental y del comportamiento (El Diario, 2017).

Otra clasificación usada por la comunidad médica internacional es el *Diagnostic and statistical manual* (DSM), publicado por la American Psychiatric Association. El DSM II, de 1968, incorporó el travestismo como una desviación sexual. El DSM

III, de 1980, indicó que el transexualismo y el desorden de identidad de género de la niñez eran desórdenes psicosexuales. El DSM IV, de 1994, retiró el transexualismo e incorporó el desorden de identidad de género en adolescentes y adultos. El DSM V, publicado en 2013, retiró el desorden de identidad de género e incorporó la disforia de género como «a marked incongruence between one's experienced/expressed gender and assigned gender [...]», que además estaría asociada con «clinically significant distress or impairment in social, occupational, or other important areas of functioning» (Zucker, 2015, p. 35).

Ambas clasificaciones enfrentan una paradoja. Por un lado, considerar que las identidades transgénero son patologías refuerza la discriminación en la sociedad y los impedimentos al libre desarrollo de la personalidad de las personas transgénero. Así, los activistas transgéneros, al igual que las autoridades de la Unión Europea, por ejemplo, han reclamado por el retiro de las identidades transgénero de los diagnósticos clínicos como enfermedades o desórdenes (Drescher, 2012, pp. 570-571).

No obstante, por otro lado, el diagnóstico del desorden de identidad de género por un profesional es exigido por los seguros en Europa y los Estados Unidos para acceder al tratamiento hormonal y quirúrgico de reasignación de sexo gratuito o subvencionado (Zucker, 2015, pp. 33-34; Drescher, 2010; Zucker et al., 2013). Esta última parecería ser una razón para mantener el diagnóstico como «condición» en la CID 11 (El Diario, 2017). En el DSM V se buscó evitar el estigma de la identidad transgénero *per se* para, en su lugar, reflejar y enfatizar únicamente los casos en que ocurre una angustia clínica y una desventaja en el funcionamiento de la persona en la sociedad producto de la no-correspondencia de la identidad con el cuerpo (Zucker et al., 2013).

A la fecha no existe evidencia sobre cuál es la causa de la identidad transgénero. Estudios relativos a los genes, la influencia hormonal pre y posnacimiento, así como la búsqueda de correlaciones familiares, no han ofrecido estadísticas sig-

nificativas (Zucker, 2008). Asimismo, las estadísticas de niños referidos a clínicas por comportamiento femenino arrojan que el 20 % mantuvo un diagnóstico de desorden de identidad de género en la adolescencia y adultez, mientras que en el caso de las niñas fue de 12 %. Se ha encontrado que el 42,5 % de niños y 32 % de niñas fueron clasificados posteriormente como homosexuales o bisexuales (Drummond et al., 2008).

Actualmente, el tratamiento de niños diagnosticados con disforia de género puede tomar tres aproximaciones: normalizadora, nula intervención y aceptante. Como señala el doctor Zucker, será aún en algunos años que se empezará a conocer de forma más significativa el resultado de dichas aproximaciones (2008, p. 1362). Por lo pronto, un estudio de 2016 reveló que los niños transgénero prepúberes que habían pasado por una transición social al género con el cual se identificaron presentaron niveles de depresión iguales al promedio e índices de ansiedad ligeramente superiores, mas no clínicamente relevantes, que los de sus pares. Ello contrasta con los niveles de salud mental identificados para el común de niños *trans* (Olson, 2016). En otras palabras, los estudios más recientes arrojan preliminarmente que la aproximación aceptante es mejor para los niños transgénero.

Sin perjuicio de las clasificaciones médicas y científicas, la identidad de género y la no-discriminación por tal motivo han venido siendo reconocidas como derechos humanos en las últimas décadas. Así, algunos países reconocen legalmente la identidad de género en los documentos de identidad y el acceso a la reasignación de sexo como parte de la seguridad social. A ello ha coadyuvado asimismo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia (Commissioner for Human Rights, 2009; *B. v. France*, 1992; *Christine Goodwin c. Reino Unido*, 2002; *van Kück v. Germany*, 2003; *Grant c. Reino Unido*, 2006; *L. c. Lituania*, 2007).

En el Perú, el Tribunal Constitucional ha pasado por diversos vaivenes en el reconocimiento de la identidad de género. En el

caso *Karen Mañuca Quiroz Cabanillas* se declaró fundada la pretensión de cambio de nombre de una persona transgénero a la que se le había retenido el documento de identidad, reconociendo que el derecho a la identidad no tiene por qué referirse únicamente a aspectos objetivos o materiales, sino que comprende también elementos subjetivos (Expediente N° 2273-2005-PHC/TC).

En el caso *P.E.M.M.*, una conformación distinta del Tribunal Constitucional denegó el cambio de sexo en el DNI considerando que no había consenso científico respecto a la condición transexual, por lo que el derecho a la identidad únicamente tomaba en cuenta el sexo biológico (Expediente N° 0139 2013-PA/TC). No obstante, el voto singular de los magistrados Eto y Mesía reconoció que «es evidente que la autonomía moral del sujeto solo puede ser respetada si el ordenamiento jurídico admite el reconocimiento de su identidad tal y como ésta es experimentada y vivida por el sujeto, y no conforme ésta es impuesta por la sociedad» (§ 30).

Finalmente, en el caso *Ana/Rodolfo Enrique Romero Salda- rriaga*, el voto mayoritario declaró fundada una demanda de cambio de sexo en el DNI, a partir de los fundamentos del voto singular de los magistrados Eto y Mesía, reconociendo el derecho a la identidad de género, el aspecto subjetivo de la identidad y la no-discriminación basada en la identidad de género. Asimismo, la magistrada Ledesma reconoció la interpretación evolutiva de la Constitución. Es preciso destacar, no obstante, que hubo un voto minoritario de los magistrados Urviola, Blume y Sardón, que mantuvieron la argumentación del voto mayoritario del caso *P.E.M.M.* (Expediente N° 06040-2015-PA/TC).

Queda claro, entonces, que la identidad de género es un aspecto central de la personalidad, en especial para las personas transgénero; que no está vinculado al sexo, como aspecto biológico del ser humano. Si bien la ciencia y la academia aún no han arribado a un punto definitivo en cuanto al mejor tratamiento de la condición transgénero, existen necesidades humanas que deben ser atendidas por la ley y los gobiernos.

Como señala la profesora Judith Butler, se trata de una posición ética que es, además, una posición legal:

Yo sé que existen personas que creen que veo al género como una «opción» antes que como sentido esencial y firmemente fijo del ser. Mi perspectiva en realidad no es esa. No importa si uno siente que su realidad de género y sexuada está firmemente fija o no, cada persona tiene el derecho de determinar los términos legales y lingüísticos de sus vidas corpóreas. Entonces, si uno quiere ser libre de vivir un sentido del sexo fijo o un sentido más fluido del género, es menos importante que el derecho de ser libre de vivirlo, sin discriminación, acoso, daño, patologización o criminalización —y con un apoyo institucional y comunitario total—. Eso es más importante desde mi punto de vista. (Williams, 2014)

d) Orientación sexual

El último aspecto esencial de la sexualidad que se trata en este acápite es el de la orientación sexual, centro de este trabajo, que consiste en la capacidad de la persona de sentirse profundamente atraída sexual o románticamente hacia personas de determinado sexo o de determinado género. A las personas que se sienten atraídas por personas de su mismo sexo se les denomina homosexuales; a las personas atraídas por personas del sexo opuesto, heterosexuales; y a las personas atraídas por personas de ambos sexos, bisexuales (International Commission of Jurists, 2007, pie de página 1; American Psychological Association, 2012, p. 11).

Ahora bien: categorizar las posibles orientaciones sexuales en tres resulta sumamente discutible. En un estudio muy temprano, el profesor Kinsey prefirió referirse a la orientación sexual como un *continuum* en el que existen diferentes grados de atracción por uno u otro sexo (Kinsey et al., 1993, pp. 1-11). Asimismo, se debe destacar que la orientación sexual para mu-

chas personas no es fija e invariable, sino continuamente fluida (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2012). Una persona puede sentirse atraída en diferentes etapas de su vida por personas del mismo sexo, mientras que en otros momentos puede sentir atracción por personas de ambos sexos y luego por personas del sexo opuesto. Dicha fluidez es un proceso natural y normal de la sexualidad humana. La estadística revela que la fluidez en la orientación sexual ocurre hoy mayoritariamente en mujeres antes que en hombres (Diamond, 2003).

Las personas que prefieren mantenerse en la indefinición de la orientación sexual, asumir la fluidez y restarle importancia al sexo o género frente al amor por otra persona optan por denominarse «pansexuales», para aludir a la atracción por cualquier persona, independientemente de su sexo o identidad de género. En el mismo sentido también se utiliza el término *queer* para referirse a la indefinición en cuanto a la orientación sexual. Además, se ha destacado también la existencia de personas «asexuales», en la medida en que no sienten atracción sexual por otras personas (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2012).

Como ya se ha referido en acápites previos, el estudio de la orientación sexual en el Occidente contemporáneo se puede rastrear hasta fines del siglo XIX, con los estudios de los doctores Karl Heinrich Ulrichs, Kraft-Ebbings, Hirschfeld y Freud, de éticas dispares, pero con aproximaciones esencialistas. El énfasis en los aspectos construidos de la orientación sexual comienza a partir de los años 1970 con el feminismo y los estudios del género, para luego ser complementados con el posestructuralismo francés y los estudios *queer*. A fines del siglo XX y comienzos del XXI cobran importancia nuevamente los estudios médicos y biológicos de corte esencialista.

En cualquier caso, a la fecha tampoco se ha identificado de forma fehaciente la causa de la orientación sexual. Sin embargo, como se ha señalado, los estudios biológicos han reconocido tres tipos de hipótesis explicativas, siendo las dos primeras

las que gozan de mayor aceptación: (i) la exposición del feto a las hormonas andrógenos que, de acuerdo con dichos estudios, *masculinizan* las características anatómicas y neuroanatómicas del feto (Rahman & Wilson, 2013, pp. 1357-1363; Dawood, Bailey & Martin, 2009, pp. 275-276); (ii) la menor exposición del feto al antígeno H-Y del vientre materno por haber concebido a otros hijos hombres previamente, lo cual vincularía el orden de nacimiento con la probabilidad de ser homosexual (Rahman & Wilson, 2013, pp. 1363-1364; Dawood, Bailey & Martin, 2009, pp. 276-277); así como (iii) las situaciones de estrés durante el embarazo, hipótesis que cuenta con menor respaldo (Rahman & Wilson, 2013, pp. 1364-1368).

Pese a ello, como ha destacado la bióloga Fausto-Sterling, ninguno de dichos factores es inmutable ni impermeable a otros factores socioambientales. Por ello, el estudio de la orientación sexual requiere de equipos multidisciplinarios (Fausto-Sterling, 2000).

En cuanto a las clasificaciones clínicas, el DSM III de la American Psychiatric Association fue el primer manual en retirar la homosexualidad del diagnóstico de enfermedades en 1973, sentando un importante hito en los derechos LGB. De forma algo más tardía, el CIE-10, publicado por la OMS, retiró la homosexualidad de su clasificación en 1990, siendo un consenso en las principales instituciones médicas del mundo que la homosexualidad no es una patología (Drescher, 2015).

Nuevamente, al igual que en el caso de la identidad de género, ni la aproximación teórica ni la clasificación médica debe servir de referente para sentar una posición ética o legal sobre la dignidad o derechos de las personas con orientación sexual disidente. Como se explica en nuestro trabajo, la discriminación de las minorías sexuales resulta una problemática muy actual, especialmente en Latinoamérica, que, pese a los grandes avances, todavía no ha recibido el tratamiento legal adecuado y suficiente para el pleno respeto de la dignidad humana.

2.1.3. El desarrollo del niño y la orientación sexual

El problema del desarrollo de la sexualidad humana en general es harto complejo. Involucra la interrelación de diversos factores como el biológico, el psicológico, las relaciones familiares, las relaciones sociales y, en general, la cultura. Asimismo, varía en cada persona. Ello se vuelve más complejo aún en el caso de las personas no-heterosexuales.

Si bien en principio las fases de desarrollo de la sexualidad tienden a coincidir entre personas heterosexuales y no-heterosexuales, la heteronormatividad de la sociedad causa determinadas particularidades con respecto a las personas no-heterosexuales. Los estudiosos del desarrollo y la orientación sexual identifican hitos en la vida de las personas con relación a su orientación sexual: la identificación de la atracción por personas del mismo sexo, etapa de confusión por la sexualidad, autoidentificación, revelación de la sexualidad al entorno e iniciación de relaciones sexuales con personas del mismo sexo (D'Augelli, 1994; Calzo, 2011; Floyd & Stein, 2002).

Durante la infancia, hasta alrededor de los 12-14 años, los niños no tienden a sentir atracción sexual. Sin embargo, muchos que se convertirán en adultos homosexuales tienen expresiones de género distintas: niños que son considerados afeminados y niñas que son consideradas masculinas. Por supuesto, no todos los niños con expresiones de género no-normativas se identificarán luego como homosexuales ni transgénero, sino como personas cisgénero y heterosexuales (Zucker, 2008).

A partir de la pubertad, entre los 12-14 años, los niños empiezan a sentir atracción sexual y, al respecto, la estadística demuestra que los niños heterosexuales y no-heterosexuales tienden a coincidir. Sin embargo, en la medida en que la sociedad asume que todas las personas son heterosexuales, los niños no-heterosexuales tienden a atravesar un período de confusión, lucha interna y un final descubrimiento y asunción de su identidad como personas no-heterosexuales. Finalmente, existe

un proceso de revelación a las personas del entorno amical, familiar e incluso laboral respecto a la orientación sexual; es el proceso denominado «salir del armario» (D'Augelli, 1994; Calzo, 2011; Floyd & Stein, 2002; Perez-Wicht Arispe, 2017).

Como ya se indicó, el proceso no es uniforme y varía en cada persona dependiendo de múltiples factores. El estigma del entorno respecto a la orientación sexual puede llevar a que muchas personas no descubran, asuman o revelen nunca, o hasta una edad avanzada, su sexualidad. Asimismo, considerando la fluidez de la bisexualidad, los estudios tienden a tener dificultades para medirla (Rivers, 1997).

Lo relevante para nuestro estudio es que desde el comienzo de la edad escolar existirán niños diferentes. En la primera infancia es usual la expresión de género diversa. En la pubertad, en los años de secundaria, los niños empezarán a sentir atracción sexual por personas de su mismo sexo o género, y ello conlleva distintos procesos de confusión, descubrimiento y asunción de la identidad sexual. Conforme veremos más adelante, este proceso de descubrimiento suele ser conflictivo y pone a los niños LGTB+ en una situación de vulnerabilidad frente a distintos problemas de salud psicológica y física, lo cual se agrava por la homofobia crónica de la sociedad también presente en la escuela.

2.1.4. La sexualidad humana es diversa, y ello es normal

Los conceptos antes expuestos ayudan a comprender todas las posibilidades de variación y multiplicidad de aristas de la sexualidad humana. Así como las personas tienen piel, cabello y ojos de colores distintos, alturas y texturas diversas, temperamentos y talentos diferentes, también viven identidades de género y orientaciones sexuales distintas.

La sexualidad no-normativa no representa *per se* un problema o un daño para las personas que la viven. Los estudios actuales han demostrado que no existe diferencia en razón de la orientación sexual entre personas homosexuales y personas

heterosexuales en cuanto al bienestar psicológico y autoestima; tampoco existe diferencia entre ambos grupos con respecto a las habilidades cognitivas, ni evidencia de correlación necesaria con enfermedades mentales (American Psychological Association, 2012, p. 13).

Ahora bien: los estudios estadísticos sí han mostrado que un mayor grupo de personas homosexuales tienen propensión a la ansiedad, la depresión, el abuso de drogas y el suicidio. Los adolescentes se encuentran en mayor riesgo. Los estudios actuales atribuyen dichos trastornos psicológicos a los efectos del estrés relacionado con la estigmatización por orientación sexual (en inglés, *minority stress*). Tales diferencias serían consistentes con los estudios sobre el estrés causado por la exposición a comportamientos discriminatorios (Roberts, 2010; Cochran, 2001; Hatzenbuehler, 2009).

Un estudio revela la prevalencia de estrés postraumático en personas homosexuales y bisexuales en los Estados Unidos, asociado a la mayor prevalencia de eventos de estrés y violencia durante la vida:

Nuestros hallazgos principales son que (1) las lesbianas, hombres gay, bisexuales y heterosexuales con parejas sexuales del mismo sexo —pero no heterosexuales con únicamente atracción por personas del mismo sexo— tienen un riesgo elevado a casi todo tipo de evento excepto traumas de guerra; (2) las disparidades de orientación sexual en exposición a eventos fueron mayores en casos de maltrato infantil y violencia interpersonal; (3) las lesbianas, hombres gay, bisexuales y heterosexuales con parejas sexuales del mismo sexo experimentaron su peor evento a una edad menor; (4) los 2 tipos de trauma para las que las minorías sexuales fueron más diferenciadas en cuanto al riesgo (violencia interpersonal, abuso infantil o negligencia) fueron también los más fuertemente asociados con PTSD de entre todos los tipos de trauma; y, (5)

las disparidades de orientación sexual respecto al PTSD fueron explicados por exposición diferencial a eventos traumáticos, incluyendo el tipo, edad del peor evento y número de tipos de eventos anteriores al peor evento. (Roberts, 2010, p. 2440)

En efecto, las personas homosexuales sufren, como factores externos, eventos y ambientes de estrés, al igual que, como factores internos, expectativas y vigilancia frente a dichos eventos, internalización de actitudes sociales negativas, así como estrés producto del ocultamiento y el proceso de conciliación de la orientación sexual (Meyer, 2003, p. 679).

Por su parte, la aceptación grupal, social y familiar ha demostrado reducir el estrés de minoría, no solo en personas de orientación sexual no-normativa (Meyer, 2003, p. 160), sino también en personas transgénero (Bauer, 2015). Es decir, la diversidad en la orientación sexual y la identidad de género no es un problema que sea la causa del sufrimiento de las personas distintas, sino que el problema se genera por el estigma que imponen los terceros, las familias, la sociedad y el Estado, que no toleran la diversidad.

Algunos estudios también han demostrado que las terapias reparativas para el cambio de la orientación sexual son mayoritariamente ineficaces y generan un alto costo psicológico para las personas que las atraviesan. La American Psychological Association señala que dicho tipo de terapias «no puede ser recomendado como un tratamiento efectivo» y que «los beneficios reportados por los participantes en esfuerzos de cambio en la orientación sexual pueden ser obtenidos por aproximaciones que no intenten cambiar la orientación sexual» (2012, p. 13). Sin embargo, los estudios científicos aún no son concluyentes al respecto (Zucker, 2003; *cfr.* Spitzer, 2003).

La orientación sexual y la identidad de género son experiencias personales normales e íntimas. En algunos casos pueden ser fluidas y cambiantes, mientras que en otros pueden ser

estáticas, lo que depende de cada desarrollo propio de la personalidad. Cualquier intervención externa puede generar mayor sufrimiento y coadyuva al estigma contra las personas que viven libremente en la diversidad.

Para concluir este acápite, consideramos pertinente incluir una cita de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

[...] Por una parte, en el ámbito de sus decisiones íntimas y personales y como parte esencial de su proyecto de vida, las personas pueden estar en un proceso de desarrollo constante y fluctuante, construyéndose a sí mismas en relación con una determinada orientación sexual, identidad de género y expresión de género. No obstante, estas categorías y esta posible fluctuación y movilidad de una o todas estas categorías inherentes a la persona no supone que puedan ser modificadas por terceras personas o por el Estado, so pena de configurarse una vulneración de su dignidad. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2012, ¶ 8)

2.2. La discriminación por orientación sexual en la sociedad occidental contemporánea a la luz de su tratamiento legal internacional

Pese a que la sexualidad humana es diversa, ella ha sido históricamente rechazada y estigmatizada en las sociedades occidentales. Las personas cuya orientación sexual, manifestaciones o identidad de género no se ajustan al patrón o a la norma social, se han visto impedidas de desarrollar diversos aspectos de su vida libremente por el solo hecho de no seguir la normativa sobre sexualidad que impone la sociedad. En Occidente, esta tendencia puede rastrearse desde el cristianismo y las culturas Abrahámicas (International Commission of Jurists, 2009, pp. 12-13).

Los movimientos sociales que buscaron la erradicación de la discriminación por orientación sexual se afianzaron a partir de 1969 y el incidente de Stonewall en Nueva York (Bamforth, 1997, p. 64). Es en la década de 1970, con el auge de los estudios construccionistas feministas y con el retiro de la homosexualidad como trastorno psiquiátrico del DSM III, cuando se empieza a avizorar un cambio en la mentalidad social de Occidente. Dicha decisión fue repetida por la American Psychological Association en 1987 y por la Organización Mundial de la Salud, que retiró el diagnóstico de la homosexualidad de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud, Décima Revisión (CIE-10) en 1992, documento que se empezó a usar en 1994 (International Commission of Jurists, 2009, pp. 12-13). Sin embargo, existe aún un largo camino por recorrer.

Diversos tratados se interpretan hoy como marco de protección y argumentación en contra de la discriminación, a pesar de que la mayoría no incluye expresamente la «orientación sexual» como categoría protegida. La Convención contra toda forma de Discriminación contra la Mujer de 1979 prohíbe expresamente la discriminación por orientación sexual. Asimismo, debe recordarse que el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha reconocido que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prohíben la discriminación por orientación sexual dentro de la categoría «sexo». A nivel regional, la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia de 2013 ha sido suscrita por el Perú, pero aún no entra en vigor. Por su parte, el Convenio 111 de la OIT sobre discriminación (empleo y ocupación) de 1958, uno de los ocho convenios fundamentales de la OIT, no contiene la categoría de orientación sexual como motivo explícito de discriminación (Organización Internacional del Trabajo, 2015, p. 9).

Asimismo, en 2007 la Comisión Internacional de Juristas publicó los *Principios de Yogyakarta*, que recogen las normas

internacionales de derechos humanos que estarían vigentes a la luz de los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Estos incluyen una lista de 29 principios que contienen el derecho a la igualdad y no-discriminación, a la seguridad, a la privacidad, al trabajo, a la educación, entre otros (International Commission of Jurists, 2007).

Este acápite identifica y ofrece una categorización sobre la problemática que afrontan las personas con orientación sexual disidente. En primer lugar, se expone el caso particular de la violencia, física y psicológica, estatal y privada, en contra de las personas de sexualidad disidente. En segundo lugar, se trata la problemática de la falta de reconocimiento legal de realidades que requieren de protección jurídica. Finalmente, en tercer lugar, se expone el caso de la negativa discriminatoria de trato o contratación con personas por el solo hecho de vivir la sexualidad de forma disidente.

2.2.1. Violencia con motivo de la orientación sexual

El informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos —*Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*— resume de forma muy clara, y ciertamente terrorífica, la situación actual:

Los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas siguen recibiendo denuncias de actos violentos homofóbicos y transfóbicos cometidos en todas las regiones. Este tipo de violencia puede ser física (asesinatos, palizas, secuestros, agresiones sexuales) o psicológica (amenazas, coacción o privación arbitraria de la libertad, incluido el internamiento psiquiátrico forzado). Estas agresiones constituyen una forma de violencia de género, impulsada por el deseo de castigar a las personas cuyo aspecto o comportamiento parece desafiar los estereotipos de género. [...]

La violencia motivada por la homofobia y la transfobia suele ser especialmente brutal y en algunos casos se caracteriza por niveles de crueldad superiores a los de otros delitos motivados por prejuicios. Los actos violentos incluyen acuchillamientos, la violación anal y la mutilación genital, así como la lapidación y el desmembramiento. (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2015, pp. 8-12)

El problema de las personas con orientación sexual disidente que se expone primero es quizá el más visible: la violencia física y psicológica a las que se ven sometidas, sea por el Estado o por los demás civiles. En particular, este acápite explora primero la violencia estatal, que se manifiesta en la criminalización de las personas homosexuales o bisexuales y en las agresiones físicas y psicológicas perpetradas por los propios agentes del Estado. Luego se expone el caso de la violencia civil, que se manifiesta en las agresiones físicas y psicológicas de personas privadas que, además, se produce especialmente en el ambiente escolar.

a) El Estado como agente de violencia contra personas LGB+

Quizá desde el surgimiento del Estado europeo, tal como se le conoce hoy, se han castigado las sexualidades disidentes mediante leyes criminales. Las legislaciones han aplicado penas diversas, tales como castigos físicos, esterilización, reclusión e incluso la muerte.

El origen de la discriminación por motivo de orientación sexual, desde el punto de vista moral, social y legal se puede trazar hasta la tradición del judaísmo y el cristianismo. Al respecto, la Comisión Internacional de Juristas señala que, si bien existía una variedad de consideraciones con respecto a las relaciones sexuales con personas del mismo sexo en las culturas Abrahámicas, particularmente el judaísmo condenaba los actos

sexuales que no estén destinados a la procreación. Este pensamiento fue incorporado en el cristianismo que fue difundido en el sur de Europa y adoptado en el siglo IV d. C. por el Imperio romano. Así, los crímenes contra la naturaleza o *crimen contra naturam* y *crimen nefandum* fueron perseguidos por la Iglesia católica romana en su lucha contra el paganismo hacia el final de la Edad Antigua. Hacia el siglo XIII, la sodomía era penalizada con la muerte en gran parte de las jurisdicciones europeas (International Commission of Jurists, 2009, pp. 6-8). Asimismo, con la colonización este tipo de legislaciones ha resultado anclada en otras regiones como Centroamérica, Asia, África y únicamente Guyana en Sudamérica.

Quizá sea la *Gesetz über die Behandlung Gemeinschaftsfremder*, promulgada por el gobierno nazi en 1939, la norma más representativa de este problema; a través de ella se permitió la esterilización de las personas ajenas o extrañas a la sociedad, entre las cuales se incluyó a los homosexuales. Esta norma autorizó la esterilización de dichas personas y, junto con la reforma del Código Penal alemán de 1934, permitió el internamiento y la muerte de decenas de miles de homosexuales en campos de concentración, donde se les marcaba con un triángulo rosado (International Commission of Jurists, 2009, pp. 9-10).

Por ello, la criminalización es el primer y más grande problema que ha afrontado la lucha por los derechos de las personas LGB, pues el Estado representa uno de los poderes más grandes en la sociedad y goza del monopolio de la violencia. Afortunadamente, en el Perú, Sudamérica y muchos países occidentales este no es hoy un problema vigente; sin embargo, los vaivenes que se producen en la historia no permiten afirmar que no surgirá en un futuro. En muchos otros países del mundo la homosexualidad sigue siendo un delito.

Resulta interesante que Sudamérica sea la pionera en la legalización de la homosexualidad por las legislaciones criminales. Venezuela, por ejemplo, legalizó la homosexualidad en los

años 1800; Bolivia y Brasil, en 1831, y el Perú, en 1836-1837 (Carrol & Paoli Itaborahy, 2015, p. 29).

En mayo de 2015, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos reportó que «[all menos 76 países mantienen leyes que se emplean para criminalizar y hostigar a las personas por su orientación sexual y su identidad o expresión de género [75 países en mayo de 2015]» (Carrol & Paoli Itaborahy, 2015, p. 29; Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2015, p. 14). Es decir, aproximadamente el 39 % de países del mundo penaliza la homosexualidad. Sus legislaciones penales tienden a utilizar tipificaciones generales como «delitos contra la naturaleza» o «moralidad», «libertinaje», «actos indecentes» y «escándalo grave» para reprimir relaciones sexuales consentidas entre adultos del mismo sexo, relaciones sexuales anales y, ocasionalmente, travestismo o expresiones de género disidentes (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2015, p. 14). Las penas pueden alcanzar la flagelación o la cadena perpetua; en Arabia Saudita, Mauritania, Irán, Sudán, Yemén, regiones de Nigeria, Somalia y Brunei puede incluso aplicarse la pena de muerte a quienes tengan relaciones sexuales consentidas con una persona del mismo sexo (Carrol & Paoli Itaborahy, 2015, pp. 30-31; Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2015, p. 14).

La criminalización y represión del Estado se refleja también en la legitimación de los ciudadanos para atentar contra la integridad mediante actos de odio. Como señaló la relatora especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, «la tipificación penal agrava la estigmatización social y hace a las personas más vulnerables a la violencia y a los abusos en materia de derechos humanos, incluidas las amenazas de muerte y las violaciones del derecho a la vida, que suelen cometerse en un clima de impunidad». En ese sentido, se ha señalado que «estas leyes pueden servir de pretexto a los grupos parapoliciales y a otros autores de delitos de odio para intimidar a las personas y cometer actos de

violencia» (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2015, pp. 14-16).

Si bien en América Latina el problema se aloja principalmente en Centroamérica, en 2015 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reportó diversos casos de violencia perpetrada por agentes del Estado también en Sudamérica, destacando «supuestas ejecuciones por parte de agentes del Estado de un niño de 15 años en Patu, Brasil, una mujer trans de 40 años en Ciudad de México, y el caso [...] de dos hombres gays de 17 y 22 años de edad en Ciudad de México»; al igual que «actos de tortura, tratos degradantes o inhumanos, uso excesivo de la fuerza, detención arbitraria y otras formas de abuso». Por ejemplo, la Comisión destacó el caso de las políticas de erradicación de homosexuales en las calles de diversos distritos de Lima, como en Surco, cuya municipalidad elaboró un informe interno de agosto de 2014 que señalaba que desde 2008 agentes locales habían intervenido en 1257 casos de «erradicación de la prostitución y el homosexualismo» (2015, pp. 100-108).

En Occidente, particularmente en Europa y los Estados Unidos de América, si bien el cambio de legislación reflejó el cambio de paradigma en la sociedad (Carrol & Paoli Itaborahy, 2015, pp. 28-29), los tribunales han jugado también un papel muy importante en la erradicación de la criminalización de las sexualidades disidentes en la legislación penal, sentando hitos históricos en la lucha por los derechos LGBTIQP. En Europa resultó decisivo el cambio de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mientras que en los Estados Unidos han sido las sentencias de la Corte Suprema. Igualmente, el Sistema Universal de Derechos Humanos ha sentado jurisprudencia al respecto. Sin perjuicio del cambio positivo que refleja la legislación, las decisiones sobre derechos humanos a nivel constitucional y a nivel regional o universal significan que incluso la legislación no podría revertir los derechos ya reconocidos de las personas.

El caso *Dudgeon v. Reino Unido* (1981) fue el primer caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el que se deci-

dió la incompatibilidad de la legislación penal que prohibía las relaciones sexuales consentidas entre adultos del mismo sexo con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La sentencia incide en el cambio de paradigma en la cultura europea, señalando lo siguiente:

En comparación con la época en que se aprobó la legislación, existe hoy en día una mejor comprensión y, por consiguiente, una más amplia tolerancia de la conducta homosexual hasta el punto de que en la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa no se considera ya necesario ni conveniente abordar las prácticas homosexuales del tipo de las ahora en cuestión como constitutivas por sí mismas de una conducta a la que deban aplicarse penas; el Tribunal no puede olvidar los diferentes cambios que han ocurrido en el ámbito del derecho interno de los Estados miembros (véase, *mutatis mutandis*, el fallo Marckx antes mencionado, p. 19, párrafo 41, y el fallo Tyrer del 25 de abril de 1978, Serie A, núm. 26, pp. 15-16, párrafo 31). (1981, ¶ 60)

El Tribunal determinó que la criminalización de los actos homosexuales en Irlanda del Norte constituía una interferencia indebida en la vida privada —que incluye la vida sexual (1981, ¶ 41)— del demandante. Asimismo, no se encontró justificación a la restricción, pues no resultaba necesaria en una sociedad democrática para preservar la moral ni los derechos de terceros (1981, ¶ 60). El Tribunal destacó que dicha legislación era una violación directa y continua de la privacidad, pues al ser obedecida por la persona homosexual esta debía reprimir su vida sexual, y si la desobedecía, la persona quedaría sometida a la persecución criminal (1981, ¶ 41). Tal criterio fue recogido en posteriores decisiones como *Norris v. Irlanda* (1988), *Modinos v. Chipre* (1993), así como, con algunas diferencias, en el caso *A.D.T. v. el Reino Unido* (2000).

En los Estados Unidos, desde la Colonia, muchos estados castigaban las relaciones homosexuales en sus leyes criminales, situación que tiene su origen en las leyes de la metrópolis inglesa, que imponían la pena de muerte por los *crimes against nature* (Eskridge, 1997, pp. 1012-1016). En el año 1986, la criminalización contra las conductas homosexuales, bajo la ley de los estados, fue validada como acorde con la Constitución por la Corte Suprema en el caso *Bowers v. Hardwick*. En este la Corte sostuvo que no existía un derecho constitucional de los homosexuales a la sodomía, pues ello no derivaba de la interpretación jurisprudencial del derecho a la libertad en la decimocuarta enmienda (1986, pp. 190-191). El tribunal indicó que la penalización de la sodomía tenía raíces antiguas en los Estados Unidos y estaba vigente al constituirse los 13 estados originales (1986, pp. 192-195). Asimismo, la moral pública sí era un objetivo legítimo para mantener dichas leyes penales, pues de lo contrario se tendría que invalidar una serie de prohibiciones basadas en consideraciones morales similares (1986, p. 196).

Esta decisión fue posteriormente revertida en la sentencia que resolvió el caso *Lawrence v. Texas* del año 2003. La nueva posición de la Corte Suprema estableció que las personas tenían la libertad de mantener relaciones homosexuales en la intimidad del hogar y la vida privada bajo la cláusula de debido proceso de la decimocuarta enmienda (2003, p. 567). La Corte destacó que la sentencia *Bowers v. Hardwick* incurrió en error al determinar el derecho fundamental bajo análisis. Y señaló que fue un error indicar que la penalización de las relaciones homosexuales tenía raíces históricas, pues la legislación sobre *crimes against nature* del siglo XIX se enfocaba en penalizar las relaciones sexuales anales, incluso las heterosexuales, y proteger a los menores de edad (pp. 567-575). Asimismo, fue destacado el cambio en la mentalidad en la sociedad estadounidense, e incluso en la jurisprudencia de las últimas décadas (pp. 572-575), al igual que en la civilización, más allá del país,

cuyo cambio de mentalidad se reflejaba en el caso *Dudgeon v. Reino Unido* (p. 575) resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Finalmente, la Corte indicó, respecto a las consideraciones de los redactores de la decimocuarta enmienda: «Ellos sabían que los tiempos pueden cegarnos respecto a ciertas verdades y que las generaciones futuras pueden ver que las leyes, una vez consideradas necesarias y justas, en realidad solo sirvieron para oprimir. Mientras la Constitución perdure, personas en cada generación pueden invocar sus principios en su propia búsqueda de mayor libertad» (p. 579).

Resulta relevante destacar que, a diferencia de la opinión concurrente de Justice O'Connor, la opinión mayoritaria prefirió resolver el caso con base en el derecho a la libertad antes que exclusivamente a partir de la *Equal Protection Clause*. Esta última no formó parte de la decisión *Bowers v. Hardwick*. La opinión mayoritaria señaló al respecto: «some might question whether a prohibition would be valid if drawn differently, say, to prohibit the conduct both between same-sex and different-sex participants». Principalmente, la Corte estimó necesario revertir el criterio de *Bowers v. Hardwick* debido a que «[t]he central holding of *Bowers* has been brought in question by this case, and it should be addressed. Its continuance as precedent demeans the lives of homosexual persons» (p. 575).

En el Sistema Universal de Protección a los Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha señalado que las legislaciones que penalizan la diversidad sexual violan los derechos humanos a partir del caso *Toonen v. Australia*, resuelto en 1994 (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011, ¶ 14). El Comité señaló que la legislación de Tasmania violaba la privacidad sin cumplir con la prueba de razonabilidad, según la cual «cualquier injerencia en la vida privada debe ser proporcional al propósito perseguido y necesaria en las circunstancias particulares del caso» (¶ 8.3). Respecto al argumento de las autoridades de Tasmania sobre la protección de la salud y la prevención del VIH/SIDA, el Comité

se apoyó en lo indicado por el gobierno australiano respecto a que, en realidad, la criminalización impedía implementar medidas de prevención y educación «empujando a la clandestinidad a muchas de las personas que corren el riesgo de infectarse» (¶ 8.5). El mismo Comité negó además que «las cuestiones de moral constituyan exclusivamente un asunto de preocupación para el país en cuestión, ya que ello permitiría que se eliminase de la lista de asuntos que ha de examinar el Comité un número potencialmente grande de leyes que representan una injerencia en la vida privada» (¶ 8.6). Finalmente, el Comité señaló que la orientación sexual era un motivo prohibido de discriminación bajo el artículo 2.1 del Pacto Internacional, al estar incluido en la referencia al «sexo» (¶ 8.7).

Las decisiones señaladas marcan un cambio de paradigma, iniciado por diversas legislaciones hacia una mayor libertad de las personas con orientación sexual diversa.

En este acápite se ha demostrado que se ha producido un cambio en Occidente a partir de la segunda mitad del siglo XX en cuanto a la criminalización de la homosexualidad por parte del Estado. Ello se ha reflejado en la legislación y en la jurisprudencia europea y estadounidense, y ha llegado a ser reconocido en el Sistema Universal de Derechos Humanos que la criminalización de la homosexualidad atenta contra la libertad, la privacidad y la igualdad. El problema aún persiste en varias decenas de legislaciones en el mundo, por lo que no se puede hablar todavía de un mal completamente erradicado, sino solo de un avance al cual se debe seguir contribuyendo.

b) Los particulares como agentes de violencia contra personas LGB+

Si bien, conforme ha sido señalado, la criminalización legal de las sexualidades disidentes aporta al círculo vicioso de la violencia y la estigmatización, la revocación de dicha legislación no es suficiente para revertir el estigma. Los demás ciudadanos también han sido y continúan siendo agentes de violencia fi-

sica y psicológica contra personas de orientación sexual disidente. Igualmente, las personas LGB pueden verse sometidas a violencia por sus propias parejas, pero, a diferencia de las parejas heterosexuales, resultan privadas de protección por motivos discriminatorios (Viggiani, 2018). En muchos países no existen acciones estatales destinadas a brindar tutela especial para evitar agresiones.

En 2011, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señaló que «[e]n todas las regiones se han registrado episodios de violencia homofóbica y transfóbica. Esa violencia puede ser física (a saber, asesinatos, palizas, secuestros, violaciones y agresiones sexuales) o psicológica (a saber, amenazas, coacciones y privaciones arbitrarias de la libertad)». Esas agresiones estarían «impulsada[s] por el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género» (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011, ¶ 20).

En efecto, en 2015 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto a América, «determinó que durante un período de quince meses (entre enero de 2013 y marzo de 2014) al menos 594 personas LGBT o percibidas como tales fueron asesinadas en ataques aparentemente relacionados con la percepción de su orientación sexual o su identidad y expresión de género», y que, por lo general, se trataría de «ataques que combinan violencia física, psicológica y sexual que además pueden conducir al asesinato de la víctima». En el caso peruano, las «organizaciones locales denunciaron que al menos 38 personas LGBT fueron asesinadas entre 2001 y 2013, y 13 fueron asesinadas entre abril de 2014 y marzo de 2015». Llamam la atención, por ejemplo, los casos de ataques multitudinarios o *mob attacks* reportados en el Caribe por la Comisión Interamericana» (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, pp. 92-94, 120, 123).

Pese a que los casos y las cifras arriba señaladas indican que la población de sexualidad disidente es especialmente vul-

nerable a la violencia, la legislación de muchos Estados no ofrece mecanismos de protección efectiva frente a tal situación. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que «[l]a ausencia de reconocimiento legal de la orientación sexual, la identidad de género y la diversidad corporal como motivos por los cuales se comete la violencia, convierten a esta violencia en invisible ante los ojos de la ley e impiden ver el alto riesgo de violencia que enfrentan las personas LGBTI» (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, pp. 239-242).

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha indicado que:

[los] mecanismos de las Naciones Unidas han instado a los Estados a cumplir esta obligación mediante la adopción de medidas legislativas y de otro tipo para prohibir, investigar y perseguir todos los actos de violencia e incitación a la violencia motivados por prejuicios y dirigidos contra las personas LGBT e intersexuales, así como para proporcionar una reparación a las víctimas y protección contra las represalias. (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2015, ¶ 11)

En esa línea, la Comisión Interamericana ha reconocido diversos mecanismos jurídicos implementados en la región, como:

[...] establecer agravantes en las sentencias de delitos cometidos con base en la orientación sexual y/o la identidad de género; incorporar nuevos tipos penales en sus sistemas legales como la tipificación de los crímenes de odio o crímenes por prejuicio; adoptar nuevas leyes contra la discriminación que explícitamente incluyan la orientación sexual y la identidad de género; y ampliar la protección de la legislación existente contra la discriminación con mi-

ras a incluir la orientación sexual y la identidad de género (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, pp. 239-242)

En la región, estos se pueden encontrar en Argentina, Bolivia, Chile, Canadá, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Surinam, Uruguay, algunos estados de Brasil y, actualmente, el Perú.

En efecto, uno de los principales avances recientes en la legislación peruana fue la inclusión de la discriminación por orientación sexual como agravante de los delitos y como motivo prohibido del delito de discriminación (Decreto Legislativo N° 1323, 2017). Sin embargo, esta reforma fue derogada pocas semanas después (La República, 2017).

Sin perjuicio de ello, la legislación criminal no resulta una panacea para la previsión de los crímenes, ni, en países en los que la situación carcelaria es tan deplorable, resulta tampoco una vía para resocializar a los delincuentes. La reversión de la homofobia y la discriminación requiere un cambio social mucho más profundo y duradero.

2.2.2. Falta de reconocimiento legal de familias por motivo de la orientación sexual de los padres

En esta sección se aborda la negativa o la omisión del Estado a reconocer realidades de las personas LGB y, por tanto, los derechos derivados de dichas realidades. Ello significa hacer invisibles o anormales tales realidades por el exclusivo hecho de corresponder a sexualidades disidentes. En particular, en este acápite se expone la falta de reconocimiento legal de las uniones de parejas homosexuales y de la filiación de estas parejas.

a) Las uniones de parejas homosexuales

Algunas estimaciones en la década de 2000 apuntaron que, del total de matrimonios en Suecia, Noruega, Estados Unidos

y Holanda, entre el 5 % y el 12 % eran de parejas del mismo sexo (Cortina & Cabré, 2007). En España, a 10 años de la legalización del matrimonio homosexual, se registró un 2 % de estos matrimonios (Torres Reyes, 2015).

Las personas homosexuales y bisexuales, al igual que las heterosexuales, se enamoran y pueden decidir compartir su vida con una pareja, optan por compartir su patrimonio y generar riqueza común, y afrontan problemas en su relación, que puede llevar a un rompimiento.

Cada una de dichas situaciones vinculadas a la aspiración humana de vivir en pareja a largo plazo es manejada por la legislación mediante la institución del matrimonio, que brinda reglas para ordenar las uniones y facilitar la vida en común, así como para proteger los intereses de ambas personas en caso de rompimiento o dificultades de convivencia. El problema radica en que el matrimonio históricamente ha existido solo como una institución para heterosexuales, privando a las personas con orientación sexual disidente de la posibilidad de ordenar y proteger legalmente su vida en común. La profesora Fernández señala, citando a Pichardo, que «[l]a heteronormatividad juega un papel central en las concepciones sobre familia y parentesco en el mundo occidental y es precisamente ese hecho lo que ha limitado las posibilidades [de] que las personas homosexuales encuadren sus relaciones en términos de familia y matrimonio» (2014, p. 20).

A la fecha no se ha reconocido bajo el sistema universal de derechos humanos un derecho al matrimonio homosexual. Por ejemplo, en el caso *Juliet Joslin et al. v. New Zealand*, el Comité de Derechos Humanos se basó en la definición de matrimonio del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para interpretar que no existía un derecho al matrimonio homosexual (2002). Y aun cuando no existe este derecho, sí existe un derecho a la no discriminación frente a la ley, por lo que las parejas homosexuales tienen el derecho a gozar de las mismas protecciones y beneficios que las parejas heterosexuales. En

el caso *Young v. Australia*, el Comité reconoció el derecho a la pensión a una pareja del mismo sexo, en razón a la no-discriminación por orientación sexual, en la medida en que parejas heterosexuales no casadas sí gozaban del mismo beneficio (2003). Así, organismos de la ONU han instado a los Estados a reconocer los mismos beneficios a las parejas homosexuales que a las heterosexuales. En 2015, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señaló lo siguiente al respecto:

Si bien el derecho internacional no obliga a los Estados a reconocer el matrimonio homosexual, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha exhortado a los Estados a posibilitar el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo. En abril de 2015, 34 Estados ofrecían a las parejas del mismo sexo la posibilidad de contraer matrimonio o de establecer una unión civil, con muchas de las prestaciones y los derechos del matrimonio. Si un Estado ofrece prestaciones como el derecho a una pensión o los derechos de herencia a las parejas heterosexuales que no se han casado, las mismas prestaciones deben estar a disposición de las parejas homosexuales que no se han casado. (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2015, p. 16)

En efecto, hasta ahora los principales avances en el reconocimiento de derechos para las parejas homosexuales se han dado a nivel legislativo, siendo Holanda el país pionero en reconocer el matrimonio homosexual en 2001 (Carrol & Paoli Itaborahy, 2015, p. 43). Sin perjuicio de ello, algunos tribunales constitucionales han reconocido constitucionalmente el derecho al matrimonio igualitario.

La Corte Suprema estadounidense ha decidido recientemente, en el caso *Obergefell v. Hodges* (2015, pp. 12-19), que el matrimonio igualitario es una libertad fundamental protegida

por la decimocuarta enmienda de la Constitución, pues el compartir la vida con otra persona mediante el matrimonio es una decisión fundamental de las personas reconocida por la Constitución. La Corte señaló que, en el caso particular, la cláusula de *Equal protection* y la de *Due process* se informaban mutuamente para reconocer el matrimonio igualitario (pp.18-19). En tal sentido, señaló que «[t]he nature of marriage is that, through its enduring bond, two persons together can find other freedoms, such as expression, intimacy, and spirituality. This is true for all persons, whatever their sexual orientation» (p. 13). Asimismo, indicó que «the Constitution contemplates that democracy is the appropriate process for change, so long as that process does not abridge fundamental rights», y que «[t]he dynamic of our constitutional system is that individuals need not await legislative action before asserting a fundamental right» (p. 24).

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tomado una perspectiva similar al Comité de Derechos Humanos, y ha negado la existencia de un derecho al matrimonio homosexual, estando este en el margen de apreciación de los Estados, pero ha reconocido que la denegación de derechos o el reconocimiento legal de las uniones homosexuales contraviene la Convención Europea de Derechos Humanos. Así, en el caso *Kozak v. Polonia*, el Tribunal reconoció que el Estado no podía discriminar en razón de la orientación sexual respecto al derecho a la sucesión de la pareja, indicando que «having regard to the State's narrow margin of appreciation in adopting measures that result in a difference based on sexual orientation (see paragraph 92 above), a blanket exclusion of persons living in a homosexual relationship from succession to a tenancy cannot be accepted by the Court as necessary for the protection of the family viewed in its traditional sense» (2010, ¶ 99). Luego, en *Vallianatos et al. v. Grecia* señaló que no existían razones suficientes para privar a las parejas homosexuales del derecho a la unión civil que se había aprobado recientemente para parejas heterosexuales (2013). En el mismo sentido se pronunció

en el caso *Oliari et al. v. Italia* (2015), señalando que el gobierno italiano «failed to fulfil their positive obligation to ensure that the applicants have available a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions».

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tomado una posición progresista y ha interpretado que bajo la prohibición de discriminación existe una obligación internacional de que los Estados parte de la Convención permitan que las personas del mismo sexo tengan acceso a los mecanismos de unión de parejas para efectos de brindar igual protección a la familia. En la Opinión Consultiva OC-24/17, del 24 de noviembre de 2017, la Corte indicó lo siguiente:

Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna.

Esta decisión sigue el mismo patrón de razonamiento que las principales cortes constitucionales de Latinoamérica. En ese sentido, los tribunales supremos de México y Colombia dieron sendos avances en el reconocimiento de las uniones homosexuales.

En junio de 2015, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México publicó la tesis jurisprudencial 43/2015, mediante la cual señaló que cualquier limitación del matrimonio a las parejas heterosexuales era inconstitucional. En tal sentido, indicó lo siguiente: «La distinción es discriminatoria porque las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso. Como la finalidad del matrimonio no es la procreación, no tiene razón justificada que la unión matrimonial sea heterosexual, ni que se enuncie como “entre un solo hombre y una sola mujer”».

La Corte Constitucional de Colombia ha señalado que la inexistencia del matrimonio para personas del mismo sexo resulta discriminatoria. Asimismo, afirmó que la definición constitucional del matrimonio entre un hombre y una mujer no implicaba que existía una prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo (Sentencia SU214/16).

El Perú aún se encuentra atrasado en el reconocimiento de las uniones homosexuales. En 2015 la Comisión de Justicia del Congreso archivó definitivamente el proyecto de ley de la unión civil homosexual. Sin embargo, en noviembre de 2016 los congresistas Bruce y De Belaúnde presentaron un nuevo proyecto (El Comercio, 2015).

En el ámbito constitucional, la doctrina peruana se encuentra partida con respecto a si la Constitución peruana ampara el derecho al matrimonio homosexual. Por un lado, el profesor Siles ha planteado que la Constitución no ampara tal derecho y que el diseño constitucional consagra únicamente el matrimonio entre un hombre y una mujer (Siles Vallejos, 2010). Por otra parte, la profesora Fernández ha sostenido que la heterosexualidad no es un elemento intrínseco del matrimonio en la Constitución, sino, por el contrario, esta incorpora la orientación sexual como un motivo prohibido de discriminación y ampara un concepto amplio de familia (Fernández Revoredo, 2014).

Sin perjuicio de ello, el Poder Judicial peruano falló recientemente en primera instancia en un amparo contra la decisión de RENIEC de declarar inadmisibile la inscripción de un matrimonio homosexual llevado a cabo en el extranjero. En dicho fallo, el juez señaló que:

[...] la razón en la cual se ha fundamentado la denegación del reconocimiento del matrimonio celebrado con el demandante en el extranjero, es por la única razón de que fue celebrado entre personas homosexuales, no constituyendo dicho argumento ser razonable y objetivo, por lo que resulta altamente discriminatorio y contrario tanto a nuestra constitución, como a todos los dispositivos internacionales citados en la presente resolución. (Óscar Ugarteche Galarza, 2016, ¶ 23)

Y que «a falta de existencia de dicha institución, dichas personas puedan reclamar protección de sus derechos fundamentales por la vía judicial en virtud del contenido de nuestra Carta Política, puesto que no pueden estar a la espera de que se legisle a favor de ellos» (¶ 29). Sin embargo, en segunda instancia, la Corte revocó dicha decisión por un asunto procedimental, pues el pedido de nulidad de la decisión de RENIEC se habría interpuesto ya vencido el plazo prescriptorio (Óscar Ugarteche Galarza, 2018).

De acuerdo con lo indicado resulta claro, entonces, que las legislaciones y las interpretaciones constitucionales han venido evolucionando hacia un mayor reconocimiento de los derechos y protecciones requeridas por las uniones estables entre parejas del mismo sexo. Sin embargo, este reconocimiento aún se mantiene en proceso y en permanente evolución.

b) La filiación de padres homosexuales

Otro de los principales problemas que afronta la vida familiar de las parejas homosexuales es que muchos países no recono-

cen la filiación por la orientación sexual de los padres. Es decir, muchos Estados no tutelan la relación de muchos padres y madres con sus hijos, por el solo hecho de no ser heterosexuales. Ello se refleja en la imposibilidad de adoptar, en la negativa de custodia en razón de la orientación sexual o en el no-reconocimiento de la filiación.

Las personas homosexuales, como cualquier otra, pueden desear tener hijos, lo cual es posible ya sea naturalmente, mediante adopción o por fecundación asistida. Sin embargo, a la fecha, únicamente 17 países, que representan el 9 % de los Estados de la ONU, reconocen la posibilidad de adopción conjunta por parejas del mismo sexo, siendo Holanda, desde 2001, el país pionero (Carrol & Paoli Itaborahy, 2015, p. 46). En muchos casos, las cortes han tenido sesgos discriminatorios para efectos de decidir sobre la tenencia de los padres biológicos por motivos de su orientación sexual disidente.

Los estudios revelan que las parejas homosexuales están en las mismas condiciones de criar niños que las parejas heterosexuales. Los hijos no son distintos a los de parejas heterosexuales respecto a la identidad de género, orientación sexual, desarrollo personal o experiencias sociales.¹⁷

17 La American Psychological Association recoge los principales descubrimientos al respecto: «Research has indicated that lesbian, gay, and bisexual parents are as capable as heterosexual parents (cf. Armesto, 2002; Erich, Leung, & Kindler, 2005; Herek, 2006; Patterson, 2000, 2004; Perrin, 2002; Tasker, 1999). In fact, Flaks, Ficher, Masterpasqua, and Joseph (1995) found that lesbian couples had stronger parenting awareness skills than did heterosexual couples. Bos, van Balen, and van den Boom (2005, 2007) reported that lesbian social mothers (nonbiological mothers) had higher quality parent-child interactions, were more committed as parents, and were more effective in child rearing than were fathers in heterosexual marriages. Such findings are important to note, given the context of discrimination that lesbian, gay, and bisexual parents face (e.g., legal barriers to foster parenting and same-sex and second-parent adoption, the threat of loss of custody of children, prohibitions against living with one's same-sex partner, the lack of legal rights of one of the parents; ACLU Lesbian and Gay Rights Project, 2002;

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que negar la custodia de un hijo por la orientación sexual del padre es un trato discriminatorio en el caso *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, y ha indicado que «[t]he Court is therefore forced to find, in the light of the foregoing, that the Court of Appeal made a distinction based on considerations regarding the applicant's sexual orientation, a distinction which is not acceptable under the Convention» (1999, ¶ 36).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha seguido el mismo criterio en el famoso caso *Atala Riffo e hijas*

Appell, 2004; Patterson, Fulcher, & Wainwright, 2002). In becoming parents, lesbian, gay, and bisexual people face challenges not required of heterosexual people, such as stressors related to alternative insemination and surrogacy (Gifford, Hertz, & Doskow, 2010). Other unique concerns for lesbian, gay, and bisexual parents include lack of support from families and friends and homophobic reactions from pediatricians, day-care providers, and school personnel. Families of the nonbiological lesbian mother may be resistant to seeing nonbiological children as true grandchildren, nieces, or nephews (Ben-Ari & Livni, 2006).

Increasingly, research has focused on the children of lesbian, gay, and bisexual parents. Three main concerns have been raised (primarily by those in the legal and social welfare systems) with regard to the well-being of children raised by lesbian, gay, and bisexual parents (Patterson, 2005). These include (a) the gender identification, gender role behavior, and sexual orientation of the children; (b) the personal development of the children; and (c) the social experiences of such children. Patterson (2005) conducted a comprehensive review of the literature in each of these areas. Her review of the empirical data (primarily based on children of lesbian mothers) indicated that none of these areas of concern have merit. Patterson also reported that the data showed no major differences between children reared by lesbian parents and those raised by heterosexual mothers with regard to personal development in areas such as self-esteem, locus of control, intelligence, behavior problems, personality, school adjustment, and psychiatric health. In light of research findings supporting the positive outcomes for children of lesbian and gay parents, the American Academy of Pediatrics released a statement in 2002 supporting second-parent adoption in lesbian, gay, and bisexual households (Perrin & the Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health, 2002)» (2012, p. 18).

v. Chile debido al rechazo a la custodia de las hijas de la jueza chilena Atala fundamentado en su orientación sexual. La jueza Atala se divorció del señor López y por mutuo acuerdo se otorgó la tuición de sus tres hijas a la madre, quien además tenía un hijo mayor de otro matrimonio. Cuando la señora Atala empezó a convivir con su nueva pareja, la señora Emma de Ramón, el señor López decidió solicitar la custodia de sus tres hijas. Luego de pasar por todas las instancias de la justicia chilena, la Corte Suprema otorgó la tenencia definitiva al padre, puesto que la madre habría antepuesto su libertad sexual al desarrollo integral de sus niñas, que se podría ver afectado por la ausencia de una figura paterna y la supuesta confusión de los roles de género (2012, ¶¶ 29-58).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció en su sentencia sobre los méritos que los instrumentos de derechos humanos son instrumentos vivos que deben ser interpretados evolutivamente. En ese sentido, debe interpretarse que la orientación sexual es un motivo prohibido de discriminación según ha venido siendo reconocida en el ámbito internacional. La Corte señaló que la diferencia de trato no requería producirse por la única razón de la orientación sexual, sino que bastaba que se hubiera tenido en cuenta de manera implícita o explícita para constatar un trato discriminatorio. Consideró además si el interés superior del niño sería una justificación para el trato diferenciado, no obstante lo cual ello no se había probado. Además, sostuvo que el estigma que podrían sufrir las niñas debido a la orientación sexual de la madre no era justificación para el trato discriminatorio (¶¶ 83-94, 100-105).

En América Latina, la Suprema Corte de Justicia Nacional de México falló a favor de la constitucionalidad de una disposición del Código Civil que permitía la adopción por parejas homosexuales. Al respecto, indicó que lo contrario sería un trato discriminatorio y que no existía ninguna afectación al interés superior del niño que justificara tal diferenciación:

Consecuentemente, esta Suprema Corte no puede suscribir, de ningún modo, que sea la preferencia u orientación sexual de un ser humano, el elemento utilizado o que sirva para, a priori, establecer que una persona o una pareja homosexual no debe tener la opción de adoptar un menor, una vez satisfechos los requisitos y el procedimiento que al efecto establezca la legislación aplicable, pues ello, sin duda alguna, se constituiría en una discriminación por orientación sexual, proscrita por el artículo 1° constitucional, al basarse esa restricción o limitación exclusivamente en la preferencia sexual de una persona que, como ya señalamos en el considerando quinto, en modo alguno, debe afectar u obstaculizar el ejercicio de sus derechos fundamentales, pero que, además, llevado al aspecto que ahora nos ocupa, tampoco puede verse como un elemento o factor que, por sí mismo, pudiera afectar el desarrollo de un menor. (*Acción de inconstitucionalidad 2/2010*, 2010, ¶ 324)

En el Perú, al igual que el reconocimiento de las uniones homosexuales, tampoco se reconoce legalmente la filiación de las familias de parejas no heterosexuales. Recientemente, RENIEC denegó inscribir en el DNI de un niño a una de las madres, pese a que el niño fue inscrito en México como hijo de ambas madres (Perú21, 2017). Ello revela las afectaciones que se siguen produciendo en nuestro país por la falta de reconocimiento de las necesidades y los derechos de personas únicamente por su orientación sexual.

2.2.3. Discriminación laboral

Los estudios actuales documentan cómo las personas con orientación sexual disidente sufren discriminación en el ámbito laboral, sea al momento de ser contratadas, ascendidas y despedidas, respecto a sus remuneraciones y en cuanto al trato

en el ambiente laboral. Si bien hay un importante avance en el ámbito legal, aún se trata de un problema vigente.

Diversos estudios demuestran que las personas percibidas como homosexuales tienen menos oportunidades de obtener un empleo que personas heterosexuales con las mismas calificaciones (Organización Internacional del Trabajo, 2015, pp. 28-29; Sears & Mallory, 2011, pp. 5-6; Badget, Lau, Sears & Ho, 2007, pp. 2-3). En un experimento llevado a cabo en Viena, la profesora Weichselbaumer encontró que las mujeres heterosexuales tenía un ratio de aceptación de 60,82 %, mientras que sus pares homosexuales con las mismas calificaciones tenían 47,95 % de aceptación (Weichselbaumer, 2001). Un experimento similar llevado a cabo a nivel nacional en los Estados Unidos encontró que lo hombres heterosexuales recibían 11,5 % de respuestas positivas, mientras que sus pares homosexuales solo 7,2 %. Este ratio de diferencia es similar al encontrado en experimentos sobre discriminación racial contra personas afroamericanas (Tilcsik, 2011, pp. 586-626).

Este último experimento resulta especialmente interesante, pues en las regiones de los Estados Unidos que contaban con leyes antidiscriminatorias la incidencia de la discriminación fue menor. Por ejemplo, en Nueva York, los hombres homosexuales recibieron 11,4 % de respuestas positivas, más que sus pares heterosexuales, que recibieron 10,2 %. De forma opuesta, en Ohio los heterosexuales reportaron 14,1 % de aceptaciones, frente al 5,5 % de sus pares homosexuales. El estudio, no obstante, señala que no es posible distinguir si ello se debía a las actitudes sociales positivas hacia las minorías sexuales o a las leyes, pues es usual que los estados o condados con leyes antidiscriminación cuenten con ellas debido a las actitudes sociales positivas hacia las minorías protegidas (Tilcsik, 2011, pp. 586-626).

Asimismo, los censos llevados a cabo en los Estados Unidos y diversos estudios académicos revelan que los hombres homosexuales perciben salarios menores que los hombres heterosexuales, con una diferencia entre 9 % y 31 %. Resulta inte-

resante, sin embargo, que algunas estadísticas revelen que las mujeres homosexuales tienden a percibir mayores salarios que las mujeres heterosexuales casadas. Una de las explicaciones es que en los hogares homosexuales existe una distribución equitativa del trabajo doméstico, mientras que en los hogares heterosexuales la mujer carga con el trabajo doméstico en mayor medida (Sears & Mallory, 2011, p. 14; Badget, Lau, Sears & Ho, 2007, pp. 12-14; Weichselbaumer, 2001).

En el espacio laboral se reporta también acoso o actitudes negativas hacia las personas de orientación sexual distinta, especialmente contra aquellas que han revelado públicamente su orientación sexual (Sears & Mallory, 2011, pp. 4-7; Badget, Lau, Sears & Ho, 2007, pp. 2-6). Un estudio de la OIT sobre la discriminación por orientación sexual e identidad de género en Argentina destacó el uso de lenguaje verbal y no verbal discriminatorio, hostigamiento, acoso sexual contra mujeres homosexuales y bisexuales, condiciones de trabajo y trato desiguales, imposibilidades de ascenso y movilidad laboral, inestabilidad laboral e invisibilidad impuesta (Organización Internacional del Trabajo, 2015, pp. 29-33). En un estudio en la ciudad de Lima, la profesora Kogan encontró que los entrevistados comentaron cómo «por los prejuicios que existen este tema no es tratado abiertamente y que la mayoría de homosexuales oculta su identidad sexual por temor al rechazo y al despido. Algunos entrevistados afirman haber sido testigos de despidos por esta causa» (Kogan, Fuchs & Lay, 2011, p. 85).

Precisamente el ambiente laboral negativo es uno de los factores que contribuyen al estrés de minoría reportado en personas que sufren discriminación. Ello está asociado con diversos problemas mentales como la ansiedad, la depresión, la baja autoestima, el estrés postraumático, el abuso de drogas y los pensamientos suicidas, y ha sido reconocido así por el Departamento de Salud de los Estados Unidos (Sears & Mallory, 2011, pp. 15-16; Mays & Cochran, 2001, pp. 1869-1876; Hatzenbuehler, 2010, pp. 452-460).

A escala internacional, además de los tratados generales indicados *supra*, el Convenio 111 de la OIT sobre discriminación (empleo y ocupación) de 1958, uno de los ocho convenios fundamentales de la OIT, no contiene la categoría de orientación sexual como motivo explícito de discriminación (Organización Internacional del Trabajo, 2015, p. 9).

En los Estados Unidos no existe legislación federal que explícitamente brinde protección contra la discriminación por orientación sexual en el empleo. Sin embargo, diversa jurisprudencia federal, así como la U.S. Equal Employment Opportunity Commission, entidad encargada de investigar casos de discriminación, llegar a una transacción o demandar al empleador, considera que la discriminación sexual y la identidad de género están incluidas en la categoría «sexo» del título VII de la Civil Rights Act de 1964 (U.S. Equal Employment Opportunity Commission, 2016).

En la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que la orientación sexual es un motivo prohibido de discriminación incluido en la categoría «sexo», de acuerdo con el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950. Sin embargo, ha sido solo en 2004 y luego, en 2014, que las constituciones de Portugal y Malta, respectivamente, han reconocido explícitamente la «orientación sexual» como una categoría protegida contra la discriminación. Si bien en ese momento 15 países de la Unión Europea ya prohibían la discriminación por orientación sexual en el empleo, el 27 de noviembre de 2000 el Consejo Europeo aprobó la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que incluyó la orientación sexual como categoría protegida, así como diversos lineamientos para una efectiva protección contra la discriminación a nivel europeo (European Commission, 2015).

En el Perú, a la fecha no existe legislación específica para la protección frente a la discriminación por orientación sexual en el empleo.

2.2.4. La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación en la Constitución peruana

Según se ha verificado, la jurisprudencia nacional e internacional es unánime en considerar que la orientación sexual es un motivo prohibido de discriminación. El Comité Internacional de Derechos Humanos lo indicó en 1994 en la decisión del caso *Toonen v. Australia* (¶ 8.7). Lo propio ha ocurrido con la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo v. Chile* (2012) y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Salgueiro da Mouta v. Portugal* (1999, ¶ 36).¹⁸ El propio Tribunal Constitucional peruano ha señalado en *obiter dictum* que la orientación sexual es un motivo prohibido de discriminación en el caso *Rosa Bethzabé Gambini Vidal* (Expediente N° 05652-2007-PA/TC).

De ello no debe quedar duda. Las personas no-heterosexuales, o percibidas como tales, han sido sometidas históricamente a vejaciones y obstrucciones en su libertad y dignidad sin razón o justificación objetiva y razonable alguna. Este grupo ha sufrido y sufre de violencia de las leyes, de las autoridades y de los ciudadanos, no puede gozar de los mismos reconocimientos y protecciones legales que sus pares heterosexuales ni de las mismas oportunidades económicas y laborales. Ello tiene por efecto problemas y trastornos psicológicos, violencia física y menos oportunidades de desarrollo profesional e ingresos económicos. Es claro que la orientación sexual es un motivo prohibido de discriminación análogo a la raza, al sexo o a la religión.

Desde la academia, se han intentado dos justificaciones para las restricciones y los tratamientos diferenciados contra las personas homosexuales o bisexuales. Una primera de carácter naturalista, que apela a la «naturaleza de las cosas». Esta teoría pretende que las relaciones sexuales tienen únicamente la finalidad de procrear y que el matrimonio entre hombres y

18 *Vid E.B. v. Francia*, 2008, ¶¶ 91 *et seq.*

mujeres solo está hecho para el mismo fin (Bamforth, 1997, pp. 150 *et seq*).

Esta justificación no encuentra soporte por diversos motivos. Primero, las finalidades son atribuidas arbitrariamente y en la mayoría de los casos tienen su último apoyo en concepciones religiosas particulares que no pueden justificar principios de justicia por sí solas en una sociedad liberal y plural. Las relaciones sexuales sirven a cada persona para los fines que cada uno les atribuya: amor, placer o procreación. El matrimonio tampoco puede servir consustancialmente a la procreación, porque usualmente no depende de ella. Las parejas que no pueden procrear siempre pueden permanecer casados. En última instancia, es una institución creada por los hombres para ordenar los derechos de las personas que deciden convivir hacia el futuro.

Otro argumento usual es el que fue esgrimido por Lord Devlin en su conocido debate con Hart. Se trata de la necesidad de evitar la desintegración de la sociedad por el resquebrajamiento de su moral y el derecho de la mayoría a imponer la suya (Bamforth, 1997, pp. 179 *et seq*).

Este argumento no se sostiene, ya que, primero, no existe evidencia de que el cambio de moral de una sociedad implique su desintegración. Es una afirmación sin sustento. Segundo, en una sociedad justa se respeta el igual trato y consideración de todos por igual, lo que supone respetar la moral de cada uno y la autonomía para plantearse la mejor forma de vivir una vida buena. La mayoría no tiene un derecho a imponer dicha moral contra la minoría. De eso se trata, en estricto, el derecho constitucional.

Como señala Nussbaum, detrás de este tipo de concepciones morales contra la homosexualidad se esconde un sentimiento de disgusto irracional contra los actos y las personas homosexuales. Ahora bien: puede igualmente tratarse de rechazo de carácter racional por oponerse a los principios morales que guían la vida buena de algunas personas (Nussbaum,

2010). En ese sentido podría argumentarse que la existencia de homosexuales puede significar un daño para ciertas personas, similar a una injuria.

Sin embargo, este tipo de «moral» no puede admitir respeto en una sociedad liberal y plural, así como no es válida una moral que exige acabar con la vida del resto. Se trata de una moral que no respeta la autonomía de las demás personas para decidir cómo guiar su vida, de una que no respeta la igual dignidad de todos (Nussbaum, 2010).

La sexualidad es una dimensión de la más alta importancia en la vida de todas las personas, y comprende desde la posibilidad de sentirse enamorado, resolver con quién tener relaciones sexuales, hasta decidir con quién compartir la vida y la posibilidad de romper esa promesa. Una sociedad que se ordena a partir del respeto y máximo valor que se otorga a la dignidad de todas las personas por igual: eso significa exigir el respeto de la orientación sexual de todos.

En el Perú, el reconocimiento de la orientación sexual como motivo prohibido significa una elevación del estándar de prueba de quien alegue la existencia de una justificación objetiva y razonable, al ser la orientación sexual una categoría sospechosa de discriminación. Considerando que la lista abierta de motivos prohibidos por el artículo 2.2 de la Constitución peruana tiene redacción y función análoga al artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, cabe aplicar lo señalado por el Tribunal de Estrasburgo en el caso *E.B. v. Francia*: «Where sexual orientation is in issue, there is a need for particularly convincing and weighty reasons to justify a difference in treatment» (2008, ¶ 91).

2.2.5. Conclusión: aún existe una brecha de protección por cubrir

En este acápite se ha demostrado que la discriminación por orientación sexual es un problema omnipresente en la vida de las personas de sexualidad diversa. La discriminación afecta la

vida, la salud, la posibilidad de conseguir empleo, de casarse, de tener hijos —en suma, la libertad de vivir— de muchas personas, únicamente por el hecho de ser diferentes.

Se debe resaltar que, si bien se ha presentado un panorama general, existen muchos otros problemas que vienen siendo atacados con distintas respuestas legales, tales como el acceso a la salud, el derecho de asociación, el acceso a servicios públicos, a la vivienda, la discriminación en el consumo, etcétera. Existen otra serie de problemas de índole más privada que la discriminación causa. Por ejemplo, estudios actuales demuestran una correlación entre el rechazo a la identidad sexual y la insatisfacción con la pareja en personas homosexuales (Pérez-Wicht Arispe, 2017). No es propósito de este acápite hacer un recuento omnicompreensivo de todos los problemas, sino ubicar al lector en la problemática real que afrontan las personas no-heterosexuales.

A nivel internacional, regional, así como en las legislaciones y jurisprudencia nacionales en todo el mundo se vienen logrando importantes avances en la protección de las personas de sexualidad disidente. Sin embargo, aún existe una brecha de protección que requiere ser cubierta mediante instrumentos legales, de políticas públicas y desde la sociedad civil.

Actualmente, un aspecto transversal que ha adquirido un rol central en la protección de los derechos de las personas con orientación sexual disidente es la educación básica. En el siguiente acápite se analiza por qué.

2.3. La discriminación por orientación sexual en la escuela

La discriminación por orientación sexual en la escuela puede analizarse desde dos niveles. Desde un nivel micro, los niños con orientación sexual disidente o que son percibidos como tales se ven expuestos a violencia física y psicológica de sus pares, de los profesores y de la institución, lo cual causa estragos

en su salud mental y en su desarrollo. Se trata de un problema que afecta directamente a los niños con orientación sexual diversa y, en consecuencia, incide directamente en sus derechos fundamentales. Desde un nivel macro, la escuela es uno de los principales espacios de socialización y aprendizaje de las personas y, por tanto, de la sociedad. La escuela reproduce las reglas de la sociedad, sean buenas o malas (Entenza, 2014, pp. 7, 8, 32). Estamos, pues, frente a un problema de políticas públicas que concierne a la dimensión objetiva de la garantía de los derechos por parte del Estado. Entonces, si resulta justificado buscar una sociedad más justa y libre, se torna necesario convertir la escuela en un espacio seguro para los niños LGB y de reproducción del respeto por los derechos de las personas con orientación sexual diversa.

Diversos organismos internacionales y la academia han destacado la importancia de la educación, la divulgación de información, las políticas educativas, el papel de los maestros, el currículo y los contenidos de enseñanza sobre diversidad sexual en la erradicación de la discriminación por orientación sexual (Poteat, 2017, pp. 22-23).

En 2015, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos señaló que «[l]imitar o dificultar la divulgación de información sobre la sexualidad o emplear materiales que contengan estereotipos y prejuicios puede contribuir a la violencia y exponer a los jóvenes LGBT a riesgos para la salud. Una educación sexual integral forma parte del derecho a la educación y puede ser una herramienta para combatir la discriminación» (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2015, ¶ 57). En ese mismo sentido, el relator de la ONU sobre el derecho a la educación ha señalado que «[l]a educación sexual es una herramienta fundamental para acabar con la discriminación contra quienes viven una sexualidad diversa», lo cual está amparado en el principio de «integralidad» del derecho a la educación (Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, 2010, ¶ 23). Igualmente, a

nivel regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que «[u]na de las medidas clave que los Estados deben implementar es la incorporación de una educación sexual comprensiva en el programa escolar, que incluya una perspectiva de diversidad corporal, sexual y de género» (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p. 248). En los Estados Unidos, la erradicación de la discriminación desde la escuela ha venido cobrando importancia desde la década de 1960 (Snapp & Russell, 2017, p. 146).¹⁹

El relator de la ONU sobre el derecho a la educación ha destacado asimismo la corrección del principio 16 de los Principios de Yogyakarta (Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, 2010, ¶ 23), según el cual «[e]veryone has the right to education, without discrimination on the basis of, and taking into account, their sexual

19 «Early attention to LGBTQ issues in schools began in the early 1960s when a legislative investigation in Florida was conducted with the purpose of removing gay and lesbian teachers (or those perceived to be) from public schooling (Chiasson & Sanlo, 2013; Sears & Williams, 1997). In the 1970s and '80s, members of the National Education Association (NEA) became advocates for LGBTQ educators and students (Blackburn, 2004; NEA, 2011; Savage & Harley, 2009), and, in the mid-1980s and early 1990s, advocacy groups for educators and students such as the Gay Lesbian Straight Education Network (GLSEN) and the Gay Straight Alliance Network (GSA Network) began to form (Chiasson & Sanlo, 2013). As a part of the growing LGBTQ safe schools movement (see Schwartz & Laub, Chapter 16, this volume), GLSEN, GSA Network, and other educational and advocacy groups, such as GroundSpark, NEA, and the Milk Foundation began to develop curricular materials for educators to use within their classrooms (see Greytak & Kosciw, 2013, for list of resources). These early efforts depended on rooms, often at risk of backlash and controversy from parents and schools administrators and school boards (Lambda Legal, 2002). In January 2012, after decades of advocacy (see Schwartz & Laub, Chapter 16, this volume), progress was made in LGBTQ curricular inclusion when California passed the FAIR Education Act, which updated the California Education Code to require the inclusion of age-appropriate, factual, and relevant information about the roles and contributions of LGBTQP people and people with disabilities into history and social studies instruction» (Snapp & Russell, 2017, p. 146).

orientation and gender identity». El Principio 16 recoge los siguientes deberes de los Estados que derivan de las normas internacionales de protección a los derechos humanos:

A. Take all necessary legislative, administrative and other measures to ensure equal access to education, and equal treatment of students, staff and teachers within the education system, without discrimination on the basis of sexual orientation or gender identity;

B. Ensure that education is directed to the development of each student's personality, talents, and mental and physical abilities to their fullest potential, and responds to the needs of students of all sexual orientations and gender identities;

C. Ensure that education is directed to the development of respect for human rights, and of respect for each child's parents and family members, cultural identity, language and values, in a spirit of understanding, peace, tolerance and equality, taking into account and respecting diverse sexual orientations and gender identities;

D. Ensure that education methods, curricula and resources serve to enhance understanding of and respect for, inter alia, diverse sexual orientations and gender identities, including the particular needs of students, their parents and family members related to these grounds;

E. Ensure that laws and policies provide adequate protection for students, staff and teachers of different sexual orientations and gender identities against all forms of social exclusion and violence within the school environment, including bullying and harassment;

F. Ensure that students subjected to such exclusion or violence are not marginalised or segregated for reasons of protection, and that their best interests are identified and respected in a participatory manner;

G. Take all necessary legislative, administrative and other measures to ensure that discipline in educational institu-

tions is administered in a manner consistent with human dignity, without discrimination or penalty on the basis of a student's sexual orientation or gender identity, or the expression thereof;

H. Ensure that everyone has access to opportunities and resources for lifelong learning without discrimination on the basis of sexual orientation or gender identity, including adults who have already suffered such forms of discrimination in the educational system. (International Commission of Jurists, 2007)

Luego de haber entendido en los acápite previos el panorama general de los problemas que sufren las personas no-heterosexuales producto de la discriminación por orientación sexual, corresponde enfocarse en cómo se desarrolla este problema en el ambiente escolar. Primero, nos centramos en el análisis micro del acoso escolar homofóbico que sufren los niños no-heterosexuales o que son percibidos como tales. Segundo, se analiza el rol de la escuela en la reproducción de patrones socioculturales y, en particular, la discriminación por orientación sexual a nivel macro en la sociedad en general. Tercero, es preciso concentrarse en el rol que tiene específicamente el currículo educativo en la discriminación que ocurre en la escuela a nivel micro y en la reproducción del problema de la sociedad a nivel macro.

2.3.1. La discriminación por orientación sexual en la escuela

Desde una perspectiva micro, la discriminación se manifiesta en la escuela en el acoso homofóbico que viven los niños no heterosexuales o que son percibidos como tales. Esto conlleva consecuencias negativas para su salud mental y su desarrollo académico. Los factores que contribuyen a causar este tipo de discriminación son múltiples y se retroalimentan entre sí.

Se trata de factores internos y factores externos a los niños agresores.

Una definición muy aceptada del acoso escolar general es la del psicólogo noruego Dan Olweus (2005), el primero en brindar una (Cáceres & Salazar, 2012, p. 22). Para Olweus, el acoso es el «comportamiento intencionado y repetidamente negativo (desagradable o hiriente) por parte de una o varias personas, dirigido a otra persona que difícilmente puede defenderse».

Si bien el acoso escolar es un fenómeno que puede afectar a cualquier niño o adolescente, de acuerdo con la UNESCO, los «estudiantes cuya orientación sexual se percibe como diferente a la heterosexual, o cuya identidad de género difiere de su sexo biológico, son especialmente vulnerables» (UNESCO, 2013b, p. 16). Por ello, el acoso escolar motivado por la orientación sexual o la identidad de género se denomina específicamente acoso escolar homofóbico o *bullying* homofóbico (Olweus, 2005). La UNESCO ha señalado, respecto a la necesidad de una categoría específica, que este tipo de acoso escolar tiene «raíces en la homofobia y que al ser así, requiere un análisis más profundo, un abordaje más complejo y una aproximación desde los derechos humanos, la salud sexual y la educación integral de la sexualidad» (UNESCO, 2015, p. 16).

El acoso escolar homofóbico es un problema mundial. Según ha señalado en 2015 el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, «[s]e han registrado altos niveles de acoso [escolar homofóbico] en todas las regiones» del globo (¶ 56). Ello es confirmado por un informe de UNESCO de 2013 que recoge cifras en diversos países (2013b, pp. 20-21).

Los estudios reconocen que existe una correlación fuerte entre el comportamiento homofóbico y diversas formas de agresión. Por ejemplo, aquellos niños y niñas que lanzan insultos homofóbicos también empujarán, amenazarán, iniciarán riñas y esparcirán rumores o excluirán de los grupos a los niños diferentes. Un estudio llevado a cabo con 600 000 adolescentes

descubrió que el 40 % de niños que experimentó victimización sintió que era el resultado de un prejuicio, entre los cuales se reportó frecuentemente la homofobia (Poteat, 2017, pp. 15-16).

El doctor Cáceres, en un reciente estudio encargado por la UNESCO en escuelas del Perú, Guatemala y Chile, reveló una mayor incidencia de acoso escolar en los niños y adolescentes no-heterosexuales en las escuelas peruanas evaluadas, pues un 68 % de sujetos que declararon pertenecer a dicha categoría reportó haber sido objeto de *bullying* en la escuela por parte de alguien, frente al 43 % de heterosexuales que lo reportaron (2012, p. 16). La estadística se repite en un estudio nacional de PROMSEX de 2016, que informa que el 70,1 % de estudiantes homosexuales y bisexuales se sintieron inseguros el año anterior en el colegio (p. 23).

Asimismo, en el estudio de Cáceres, el 48 % de no-heterosexuales reportó haber sufrido expresiones de acoso homofóbico de forma frecuente, como «maricón», «cabro», «chivo» y similares; frente al 13 % de heterosexuales (2012, p. 17). En el trabajo de PROMSEX, el 58,8 % de niños escuchó frecuentemente o siempre comentarios homofóbicos de otros alumnos, y el 79,1 % lo escuchó de profesores o personal del colegio (2016, p. 27). El estudio de Cáceres señaló, además, que «hay un reconocimiento claro por parte de los participantes de manera general, de que todo aquel que es gay, con certeza será víctima de *bullying*» (2012, p. 18).

Algunas investigaciones apuntan, además, que el acoso escolar homofóbico tiene incidencias más graves que el acoso escolar por otros motivos. Por ejemplo, un estudio descubrió que las víctimas de acoso escolar homofóbico tenían 5,82 veces más probabilidades de tener ideas suicidas que los niños que no sufrían acoso; mientras que las víctimas de otro tipo de acoso escolar eran 2,86 más propensos a las ideas suicidas (Poteat, 2017, p. 29).

El acoso escolar homofóbico tiene una serie de efectos negativos en los niños y adolescentes afectados, así como en el

ambiente escolar en general. Diversos estudios han demostrado la incidencia de dicho problema en trastornos psicológicos como la depresión, la ansiedad generalizada, la inseguridad, el insomnio, el estrés postraumático, el abuso de drogas e, incluso, el suicidio. El acoso escolar homofóbico perjudica el aprendizaje de las víctimas, disminuyendo los logros y el rendimiento académico; además, provoca el ausentismo e incluso la deserción escolar temprana. Estos problemas se asocian con el estrés de minoría (*minority stress*) que es una constante también en las personas adultas con orientación sexual disidente (American Psychological Association, 2015; American Psychological Association, 2012, p. 22; UNESCO, 2013b, pp. 22-25; UNESCO, 2015, pp. 39-41; Poteat, 2017, pp. 27-30).

El profesor Poteat explica el acoso escolar mediante un modelo ecológico en el que interactúan una serie de factores individuales y ambientales. Señala también que no debe perderse de vista los factores vinculados al desarrollo de los niños, pues el acoso es distinto en cada etapa de crecimiento. Entre los factores individuales, se apunta al género, las normas de masculinidad, el prejuicio sexual, la dominación, la construcción de la identidad vinculada a la orientación sexual y la empatía. Entre los factores contextuales se recogen el grupo de pares, la escuela, la familia y la comunidad (Poteat, 2017, pp. 16-27).

Respecto a los mismos factores internos señalados por Poteat, Cáceres indica que una de sus principales condiciones es la necesidad de los agresores de reafirmar sus roles de género. Los agresores asocian el ser hombre con la agresividad y la fortaleza, mientras vinculan lo femenino con la fragilidad, la delicadeza y la debilidad. Así, el acoso a los niños que no cumplen con ese estereotipo conlleva la agresión del resto, pues «es la filiación a este estereotipo masculino tradicional que no permite ninguna expresión de debilidad o sensibilidad, porque ambas expresiones están identificadas con el género femenino». En otras palabras, «entre los adolescentes varones, el comportamiento homofóbico es utilizado para reafirmar la

heterosexualidad y adherencia a los modelos y prescripciones normativas para el género masculino» (2012, p. 23). En ese mismo sentido se pronuncia Poteat, destacando, además, la importancia de la falta de empatía y la toma de la perspectiva ajena en la existencia de comportamientos homofóbicos (Poteat, 2017, pp. 18-20).

En relación con los factores externos, los estudios revelan que el acoso homofóbico se produce principalmente en el contexto del grupo de pares, ya que los niños tienden a reproducir las creencias y comportamientos del grupo al que pertenecen (Poteat, 2017, p. 21).

La familia es un factor esencial en la prevalencia del acoso escolar homofóbico. Existen importantes correlaciones entre las actitudes homofóbicas de los niños y las de los padres y hermanos (Poteat, 2017, p. 23). Cáceres revela que «las actitudes homofóbicas se adquieren a partir de observarlas en la familia y en la escuela (Prati, Pietrantonio y D'Augelli, 2011), y ello lo podemos observar en los significados y percepciones de autoridades y profesores sobre la homosexualidad [...] las normas sociales [...] legitiman también la discriminación, en este caso, hacia personas con diferente orientación sexual o identidad de género» (2012, p. 23). Es decir, existe un ambiente generalizado de heteronormatividad que, en un espacio como la escuela, fomenta el rechazo y la violencia contra los niños que no se adecúan a dicha norma social en razón de su sexualidad disidente. Más adelante nos referiremos al factor escuela.

En el ámbito escolar, las políticas de la escuela, el currículo y los contenidos de la enseñanza, la relación y las actitudes de los maestros son factores que han cobrado una importancia central en los estudios actuales (Poteat, 2017, pp. 22-23). Se debe acotar que desde una perspectiva crítica se ha estudiado que las prácticas e instituciones informales en la escuela, como las relaciones entre pares, entre maestros y personal de la escuela, constituyen también parte de lo que se aprende y, por tanto, del currículo que se ha denominado «currículo oculto»

(Meyer, 2010, p. 13, 61; Skelton, 1997, p. 188; Cotton *et al.*, 2013; Carr, 1998).

Entonces, la comprensión acerca de cómo se producen o reproducen patrones culturales en la escuela, para buscar mecanismos de cambio en caso sean negativos, debe partir de la comprensión tanto del currículo oficial como del currículo oculto o las instituciones informales dentro de la escuela y su interacción con las instituciones formales (Meyer, 2010, p. 13; Palmer, 2017, p. 60; Haywood & Mac An Ghail, 1995, pp. 224-225).

En los escenarios en que prolifera el acoso homofóbico, los maestros y autoridades escolares cumplen un rol negativo al permitirlo o incluso instigarlo. Por ejemplo, la investigación del doctor Cáceres en el Perú, Guatemala y Chile demostró la ignorancia de los profesores y directivos en los dos primeros países, en los cuales predomina la discriminación (Cáceres & Salazar, 2012). Los testimonios demuestran, por un lado, la valoración negativa de la homosexualidad y, por otro lado, el desconocimiento del tema, como se puede apreciar a continuación:

Yo pensaría que no es una cosa tan normal, pero que ahí está y que... creo que cada quien tiene su forma de ser pero somos las mismas personas, ¿no? Y que por eso no debe haber discriminaciones ni nada porque homosexuales, heterosexuales, todos somos iguales. (Docente, instituto educativo, Perú)

[...]

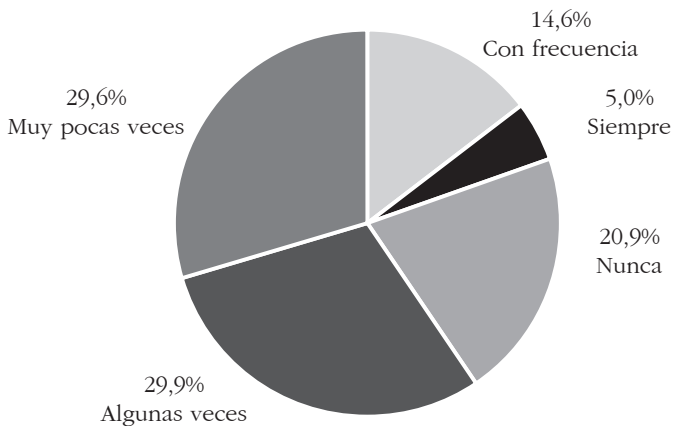
[...] porque tal vez sí son afeminados. Tal vez han crecido entre personas o familiares que son afeminados, ¿verdad? Por lo mismo que tal vez los padres o familiares los obligan a ser afeminados... Ellos, tal vez como son sus autoridades ¿verdad?... Tal vez en la familia no tienen otra que hacerlo... ¿verdad? Por una rutina de vida así, se vuelven así, por eso los discriminan ¿verdad? (Docente, instituto educativo, Guatemala)

[...]

Porque como te digo este muchacho no era afeminado, era guapo y era bien correcto y no era afeminado y luego terminó siendo afeminado. Porque lo fastidian y luego lo abusan, abusan de él y finalmente... (Docente, instituto educativo, Perú)

El estudio de PROMSEX sobre escuelas peruanas a nivel nacional, asimismo, demuestra cómo la mayoría de los alumnos que se identificaron como lesbianas, gays o bisexuales habían sufrido insultos o lenguaje discriminatorio por parte de profesores y personal de la escuela, según puede observarse en el gráfico 1 (2016, p. 28).

Gráfico 1. Frecuencia de comentarios homofóbicos realizados por el profesorado o personal escolar



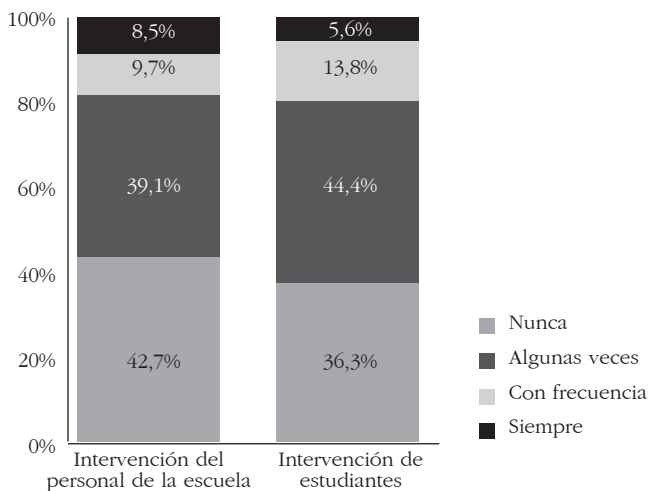
Fuente: PROMSEX (2016).

PROMSEX señala al respecto cómo «[e]l personal docente, al incidir en la violencia, es cómplice activo de ella y profundiza el clima escolar hostil, posicionando, además, desde una situa-

ción de referencia y poder, el peligroso mensaje de la aceptación y perpetuación de la discriminación» (p. 29).

No solo llama la atención el rol activo del personal escolar en la discriminación y violencia contra los niños con orientación sexual o expresión de género disidente, sino que el rol pasivo frente al acoso por parte de los pares también resulta perjudicial y determinante en la reproducción de la discriminación en la escuela. De acuerdo con los estudios de PROMSEX, el 42,7 % de encuestados señaló que las autoridades nunca intervinieron en casos de acoso escolar homofóbico por parte de los alumnos. Asimismo, solo el 18,2 % manifestó que hubo intervenciones permanentes o frecuentes, según puede observarse en el gráfico 2 (2016, p. 30).

Gráfico 2. Frecuencia de intervención de personal docente y estudiantes frente a comentarios homofóbicos



Fuente: PROMSEX (2016).

Indica la misma institución al respecto:

Podemos deducir que esto proyecta una grave sensación de desprotección y desamparo en la mayoría de los y las estudiantes LGBT, agudizada por la inacción del personal docente que legitima el uso del lenguaje prejuicioso y que, en todo caso, no actúa como defensor del respeto y la tolerancia. En ese marco, la desconfianza puede acrecentarse y puede someter indirectamente a los y las estudiantes LGBT al silencio, con las graves consecuencias psíquicas y físicas implícitas en que un/a adolescente se vea forzado/a a tratar de lidiar con semejantes agresiones en profunda soledad. (2016, p. 30)

Resulta claro entonces cómo los maestros influyen negativamente en la reproducción de la marginalización social contra las personas con orientación sexual disidente. Dicha influencia negativa se produce tanto con un rol activo al expresar insultos y comentarios negativos de carácter homofóbico, así como en un rol pasivo al permitir el acoso escolar homofóbico realizado por los pares. Tales actitudes pueden rastrearse en la ignorancia por parte del personal, así como en la falta de una política educativa en pro de los derechos de las personas con orientación sexual disidente.

Adicionalmente, y según será tratado en un acápite particular, el currículo educativo es un factor esencial en la prevalencia de la discriminación por orientación sexual en la escuela.

El acoso escolar homofóbico es un problema actual y mundial que aún se encuentra en proceso de estudio y solución. A la fecha, existen diversas respuestas de distintos actores en distintos niveles, desde maestros individuales, pasando por escuelas, hasta políticas del Gobierno, de Estado y de la ONU.

Desde el punto de vista internacional, la UNESCO señala que el acoso escolar homofóbico representa una vulneración de los derechos de los niños a la salud, la seguridad, la dignidad

y a estar libres de discriminación y violencia de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; así como al derecho universal a la educación recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (UNESCO, 2012, p. 4). En el ámbito legal y desde el Gobierno, distintos países del mundo vienen implementando leyes específicas contra el acoso escolar homofóbico; es el caso de Irlanda, Finlandia, Taiwán, Sudáfrica, entre otros (UNESCO, 2013, pp. 35-39).

En el Perú, la respuesta legal específica contra el acoso escolar no aborda de forma específica el acoso escolar homofóbico, sino que regula un sistema para afrontar el acoso escolar en sentido genérico, enfocándose en la atención de los casos particulares, sin establecer estrategias curriculares. La Ley 29719, Ley que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas, publicada el 25 de junio de 2011, establece distintos deberes genéricos en cabeza del Ministerio de Educación, los Consejos Educativos Institucionales (CONEI) de cada escuela, docentes, directores, padres e, incluso, el Indecopi. La Ley se orienta principalmente a afrontar los casos particulares que se produzcan, dejando la elaboración de las estrategias preventivas a los CONEI de cada escuela y al MINEDU. El reglamento, Decreto Supremo N° 010-2012-ED, publicado el 3 de junio de 2012, abunda y especifica en la misma línea. Posteriormente, se publicó la cartilla *Prevención e intervención educativa frente al acoso entre estudiantes*, con lineamientos orientados a la prevención del acoso escolar.

Por su parte, el MINEDU publicó el 13 de agosto de 2014 los *Lineamientos para la implementación de la Estrategia Nacional contra la Violencia Escolar, denominada «Paz escolar», en las instancias de gestión educativa descentralizada*. Estos lineamientos abundan en las responsabilidades de los distintos actores señalados en la ley y el reglamento y añade la capacitación de los docentes para «mejorar la convivencia escolar». Asimismo, el MINEDU ha implementado la plataforma virtual

«Sí se ve»²⁰ para el reporte de casos y la elaboración de estadística, además de la difusión de información.

Conforme se ha demostrado en este acápite, el acoso escolar homofóbico es un problema de alcance mundial que tiene graves consecuencias en la salud y el futuro de los niños y adolescentes que lo sufren. Los estudios destacan la necesidad de implementar estrategias integrales que incluyan la educación inclusiva en diversidad sexual. En el mundo se viene afrontando este problema de diversas formas; sin embargo, el Perú aún privilegia un sistema de lucha contra el acoso escolar en general, sin especificar la existencia de acoso escolar homofóbico, y se concentra en combatir los casos particulares, sin incorporar en la estrategia la educación inclusiva en diversidad sexual.

2.3.2. La reproducción de la discriminación por orientación sexual de la escuela hacia la sociedad

El acoso escolar homofóbico es muy frecuente en las escuelas actuales a nivel mundial y en el Perú en particular. Los niños victimizados sufren problemas psicológicos como ansiedad, estrés postraumático, abuso de drogas, depresión y pensamientos suicidas. Asimismo, son más propensos a la deserción escolar y a un menor rendimiento académico. Este problema es un reflejo de lo que también ocurre en la sociedad en general, sea desde manifiestas muestras de violencia privada contra personas de orientación sexual disidente, sea en la negativa de derechos.

Precisamente los adultos con orientación sexual disidente crecerán para sufrir dichos problemas psicológicos en su vida adulta, truncamientos de sus proyectos de vida y menores perspectivas económicas que sus pares heterosexuales. Al respecto, el profesor Palmer es muy claro al señalar que «las escuelas producen y reproducen la heterosexualidad como la única opción “normal” y viable (Kejily, 2002) mientras refuerzan si-

20 Disponible en web, 1 de abril de 2017 (<http://www.siseve.pe/>).

multáneamente normas rígidias de género que marginalizan a aquellos que no se conforman con el estricto sistema binario de género (Connel, 1996)» (Palmer et al., 2017, p. 59).

La reproducción de los patrones, reglas e identidades de la sociedad y la cultura en la escuela es un asunto estudiado desde tiempos de Platón y Aristóteles (Collins, 2009, p. 34) hasta la actualidad (Meyer, 2010, p. 22). Contemporáneamente, los estudios de la reproducción social en la educación resurgieron desde 1960 tanto con perspectivas de carácter deterministas como con perspectivas liberales, y ecléticas, en constante debate (Carr, 1998, p. 325). En otras palabras, tanto teorías deterministas como teorías liberales concuerdan en que la escuela reproduce patrones sociales. Sin embargo, discrepan en la posibilidad de los estudiantes de revertir o subvertir dichos patrones.

Desde la perspectiva determinista, autores como Althusser, Bordieau, Parsons, Jackson y Giroux se enfocaron en cómo las diferencias entre clases sociales y el capitalismo de la sociedad en general se reflejaba en las escuelas (Collins, 2009, p. 34; Skelton, 1997, pp. 178-179). En las décadas de 1980 y 1990, la reproducción de las reglas de género desde los estudios feministas y la reproducción de las instituciones blancas, desde los estudios raciales, empezaron a cobrar importancia. Los estudios posmodernistas, desde aquellos relativos a las relaciones de poder y las instituciones de Foucault, trajeron a luz que las relaciones de poder no son unidireccionales, de arriba abajo, sino multipolares o, como señaló el profesor Kontopoulos en 1993, heterárquicas (Collins, 2009, p. 43). Estos estudios de corte determinista se desarrollaron en debate con otros de corte liberal (Skelton, 1997, pp. 178-179).

Para la perspectiva liberal, defendida, por ejemplo, por Hargreaves y Lacey, la escuela sin duda normaliza prácticas que tienden a reproducir las reglas sociales. Sin embargo, los estudiantes no son sujetos pasivos y únicamente receptores de tales mensajes y mandatos, sino agentes que pueden darse cuenta

de los códigos y prácticas y, a la vez, son capaces de subvertirlas y crear nuevos códigos (Skelton, 1997, pp. 178-179).

A partir de la introducción del género y la raza en los estudios de la reproducción social en la educación, las investigaciones actuales tienden a presentar perspectivas eclécticas, de acuerdo con autores como Apple, Cornbleth o Lynch, que destacan cómo las escuelas son a la vez productoras y distribuidoras de cultura (Skelton, 1997, p. 184). Asimismo, actualmente los estudios buscan presentar enfoques multivariables; es decir, toman en cuenta no solo el ámbito político-económico, sino también la interacción de aspectos como la «raza» o el género (Collins, 2009, p. 43).

Entonces, es cierto que las escuelas reproducen el sistema social general. No solo en el aspecto social y económico, sino también en otros ámbitos de la cultura como el sistema de género, la heteronormatividad o las normas sociales vinculadas a la discriminación racial. Si bien muchos autores entienden a los alumnos como meros receptores o individuos sujetos a las normas que serán impuestas en la escuela, los de perspectiva liberal creen que los alumnos tienen la posibilidad de oponerse o incluso cambiar tales normas sociales.

En los acápites previos se ha demostrado cómo la discriminación y el estigma contra las personas de orientación sexual diversa es predominante en todos los ámbitos de la sociedad moderna, sea desde la negativa de derechos por parte del Estado y las instituciones públicas, sea desde la discriminación por parte de privados en la contratación laboral y en los múltiples casos de violencia privada.

Se ha demostrado, asimismo, cómo en la escuela predomina el acoso escolar homofóbico. Los niños que no se ajustan a las reglas de género son sujetos a continuos insultos, chismes, marginalización y violencia física, tanto de profesores como de alumnos. Resulta claro entonces que la escuela produce y reproduce la heterosexualidad como la única opción, imponiendo reglas de género y castigando mediante la marginación

y el estigma a los que no las siguen (Palmer et al., 2017, p. 59; Haywood & Mac An Ghaill, 1995, pp. 224-225).

2.3.3. El currículo formal como agente de reproducción de la discriminación por orientación sexual

El currículo formal nacional es la piedra angular del proceso educativo. Es el documento que organiza el contenido o las materias que serán impartidas a los alumnos y señala los objetivos de aprendizaje, la metodología de enseñanza y el procedimiento de evaluación (Carr, 1998, p. 325; Stabback, 2016, p. 6; Braslavsky, 2003). Esta estructura del currículo fue racionalizada a fines de la década de 1940 por el pedagogo Ralph Tyler, quien señaló que el diseño de todo currículo debía responder cuatro preguntas: ¿cuáles son los objetivos educativos?, ¿qué experiencias educativas pueden proveerse para alcanzar dichos objetivos?, ¿cómo se pueden organizar estas experiencias educativas?, y ¿cómo se puede determinar si se están alcanzando dichos objetivos? (Tyler, 2013, p. 1).

En los países con gobiernos centrales, se suele establecer un currículo nacional que fija los lineamientos generales que debe seguir el proceso educativo. En ese sentido, el Currículo Educativo Nacional ha sido entendido como el pacto social entre la sociedad, el Estado y los profesionales de la educación para definir las experiencias educativas que los pupilos deben seguir por una etapa de sus vidas (Stabback, 2016, p. 6; Braslavsky, 2003).

Por supuesto, como señalamos, el currículo formal nacional no es lo único que define aquello que será aprendido por los pupilos. En paralelo al currículo formal, los estudios sociales críticos identificaron décadas atrás aquello que se conoce como el currículo oculto o currículo informal (Meyer, 2010, pp. 13, 61; Skelton, 1997, p. 188; Cotton, 1998). El currículo oculto comprende otras formas de aprendizaje de los alumnos durante la escuela: las prácticas culturales dentro de la escuela,

cómo se relacionan los profesores con sus alumnos, las prácticas disciplinarias, la metodología de enseñanza de cada profesor, la distribución del espacio escolar, las relaciones entre los pupilos, las relaciones con los padres, la política educativa de la escuela, etcétera. A efectos de delimitar adecuadamente el objeto de este trabajo para lograr un estudio lo suficientemente profundo, se ha optado por restringir el objeto de estudio al currículo formal nacional.

El profesor Carr explica que entre la sociedad y el currículo hay una relación recíproca de reproducción y transformación. Cada vez que la sociedad se cuestiona cómo debe transformarse o qué debe reproducirse, la sociedad se pregunta qué debe enseñarse y cómo. A la vez, cada vez que la sociedad se plantea qué currículo establecer, surgen las preguntas de qué sociedad debe existir, qué debe transformarse y qué debe mantenerse (1998, p. 326).

Si la escuela reproduce los patrones culturales, económicos y políticos de la sociedad en la que se encuentra ubicada, y esta sociedad sigue un patrón de homofobia generalizada, es posible colegir que dicho patrón homofóbico se reproduce en y desde la escuela. Si el currículo es la base fundamental del proceso educativo, es también un factor esencial en la reproducción de la discriminación. Este rol del currículo educativo en la reproducción de los patrones heteronormativos y homofóbicos ha sido destacado por diversos autores (Meyer, 2010, pp. 54, 55).

La discriminación en general desde el currículo ha venido siendo investigada por los estudios de la mujer y los estudios afroamericanos desde la década de 1970. Estas aproximaciones revelaron que desde la organización de las materias hasta las ilustraciones y ejemplos de los libros de texto estaban dominados por hombres blancos y distorsionaban o disminuían las vidas de las mujeres y de las personas afroamericanas. Entre las décadas de 1970 y 1980 se midieron los resultados de un currículo revisado para reflejar adecuadamente la diversidad de

género y raza. Los estudios revelaron que existía una mejora en la relación entre los grupos no-dominantes y los grupos hegemónicos, demostrando mejores resultados académicos, mejores actitudes y reducción de los estereotipos (American Association of University Women, 2004, pp. 205-206).

Estos resultados prueban que el diseño de qué se aprende y cómo se aprende —*i.e.*, el currículo— se convierte en un factor elemental para la reproducción de la discriminación, tanto porque priva de oportunidades de aprendizaje adecuadas a los grupos discriminados, como porque alimenta el rechazo de las personas del grupo dominante.

Desde la teoría de la educación, la educación multicultural es un paradigma actual que estudia las respuestas desde la escuela a la discriminación de los grupos minoritarios: grupos de género, étnicos, religiosos, identidades sexuales e incluso los niños excepcionales. La educación multicultural parte del presupuesto de que el sistema educativo está construido únicamente de cara a las necesidades y formas de aprendizaje del grupo cultural dominante de la sociedad, lo cual priva a los niños de grupos minoritarios de las mismas oportunidades de aprendizaje y permite la reproducción de la discriminación y la construcción de prejuicios (Banks, 2013, pp. 1-21).

Para la educación multicultural, la representación de grupos minoritarios en el currículo es un asunto de calidad educativa. Un currículo que no representa y que no se adapta a las particularidades de cada grupo social es un currículo que no brindará las mismas oportunidades de aprendizaje a los niños. Como ya se indicó, diversos estudios demuestran que los alumnos de minorías étnicas presentaron mejores resultados en cuanto a interés en la tarea, esfuerzo, éxito académico y sentimientos de eficacia personal y responsabilidad social cuando el currículo incorporó representaciones positivas de su grupo social (Gay, 2004, p. 320; Banks, 2013, pp. 1-21). En ese sentido, según desarrollaremos con mayor detalle más adelante, la UNESCO ha reconocido que un currículo de calidad debe

incluir, representar y adaptarse a las necesidades de aprendizaje y de contenido relevantes para cada niño (Stabback, 2016, p. 18). De lo contrario, el currículo puede convertirse en un instrumento de violencia homofóbica implícita e institucional (UNESCO, 2016, p. 26).

Un currículo que falla en incorporar contenidos sobre grupos minoritarios perpetúa la discriminación. El tratamiento de la discriminación desde la educación multicultural parte de las teorías de la psicología social del contacto intergrupal de Gordon Allport, sobre la base de la teoría del aprendizaje social de Albert Bandura. Según la hipótesis del doctor Allport, la falta de contacto entre grupos sociales bajo ciertas condiciones alimenta el prejuicio, la discriminación y el rechazo entre ellos. Las condiciones del contacto intergrupal para erradicar el prejuicio son (1) igualdad de estatus, (2) objetivos comunes, (3) cooperación y (4) soporte de la autoridad. De acuerdo con ello, un currículo que omite o perpetúa prejuicios respecto de grupos minoritarios es un factor que permite la reproducción de los prejuicios (Banks, 2013, pp. 17-18; Levy et al., 2016, pp. 455-477; Pettigrew, 1998).

El contacto intergrupal no necesariamente debe producirse directamente mediante la interacción de diversos grupos. Actualmente se vienen realizando investigaciones que soportan la teoría del contacto extendido e incluso el contacto imaginado. Los niños pueden sostener contacto con otros grupos mediante conversaciones con amigos que interactúan con niños de otros grupos sociales. Asimismo (y esto resulta especialmente relevante para el presente estudio), el contacto puede producirse mediante el aprendizaje sobre otros grupos o la lectura de contactos del grupo al que pertenece con otros grupos y mediante la imaginación del contacto (Levy et al., 2016, pp. 467-468).

De acuerdo con lo señalado, puede afirmarse que un currículo que priva de contacto e información a un grupo de niños respecto del grupo social al que pertenecen es discriminatorio por dos motivos: por un lado, los priva de las mismas oportu-

tunidades educativas y de aprendizaje; por otro lado, se trata de un factor que perpetúa el prejuicio y la discriminación por parte del grupo minoritario. Al respecto, resulta muy explicativa la metáfora del currículo como un espejo y una ventana planteada por la profesora Style. El currículo es un espejo para que los niños puedan aprender sobre sí mismos y una ventana para que puedan aprender sobre el otro. En ese sentido, un currículo no-inclusivo impide que los niños aprendan sobre sí mismos y sobre los grupos oprimidos (Style, 1988).

Si bien la educación multicultural ha empezado a reparar recientemente en los grupos de sexualidad diversa, el currículo ha sido destacado como un factor de discriminación, pero también como una oportunidad de cambio (Mayo, 2013, pp. 161 *et seq*). Para la profesora Meyer, el currículo es uno de los factores que perpetúan la discriminación por orientación sexual en la escuela y, por tanto, en la sociedad en general. A partir de lo sostenido por el profesor Friend, el contenido discriminatorio del currículo puede agruparse en dos tipos: la desinformación y el silencio. Al respecto, señala:

La inclusión sistemática es la forma por la cual la información negativa o falsa sobre la homosexualidad es introducida en las escuelas como un comportamiento patológico o desviado. La exclusión sistemática es el «proceso por el cual los roles modelo positivos, mensajes e imágenes sobre las personas lesbianas, gay y bisexuales son públicamente silenciadas en las escuelas» (Friend, 1993, p. 215). Irónicamente, las escuelas hacen un esfuerzo por dessexualizar la experiencia de los estudiantes mientras simultáneamente, sutil pero claramente, afirman los comportamientos heterosexuales y castigan aquellos que parecen desviarse de ellos [...] La heterosexualidad del currículo es invisible a muchos debido a su incuestionable dominio en las escuelas y comunidades. Algunos ejemplos incluyen el estudio exclusivo de literatura romántica heterosexual, la

presentación de la familia nuclear heterosexual de padre y madre como la norma e ideal; y la enseñanza de solo los aspectos reproductivos del sexo o educación sexual para la abstinencia. (Meyer, 2010, pp. 54, 55)²¹

La desinformación se produce con la impartición de información incorrecta respecto a la diversidad de orientación sexual, que contribuye a la valoración negativa de la homosexualidad o la bisexualidad. Por ejemplo, se enseña que la homosexualidad es fuente de enfermedades de transmisión sexual, que los homosexuales no pueden sostener una vida feliz, que no pueden alcanzar el modelo de familia esperado en la sociedad, etcétera.

Por su parte, el silencio significa la exclusión de contenidos en materia de diversidad sexual. Es también una forma de comunicar. El silencio sobre la homosexualidad significa que el único modo de vida normal y positivo es la heterosexualidad. Lo que no aparece en el discurso es lo negativo, lo anormal, lo enfermo (Thornton, 2004, pp. 307 *et seq*). Por ejemplo, esto se produce en las clases de educación familiar en las que solo aparecen familias heterosexuales y no se hace mención a la posibilidad de una pareja de personas homosexuales. También, en las clases de educación sexual en las que únicamente se

21 Traducción libre de: «Systematic inclusion is the way in which negative or false information about homosexuality is introduced in schools as a pathology or deviant behavior. Systematic exclusion is “the process whereby positive role models, messages, and images about lesbian, gay and bisexual people are publicly silenced in schools» (Friend, 1993, p. 215). Ironically, schools make efforts to de-sexualize the experience of students while they simultaneously, subtly yet clearly, affirm heterosexual behaviors and punish those who appear to deviate from it. [...] The heterosexuality of the curriculum is invisible to many due to its unquestioned dominance in schools and communities. Some examples include the exclusive study of heterosexual romantic literature, the presentation of the «nuclear» heterosexual two-parent family as the norm and ideal, and teaching only the reproductive aspects of sex or abstinence-only sex education».

hace referencia al desarrollo del adolescente y al surgimiento de la atracción por personas del sexo opuesto. Igualmente, en las clases de literatura en las que únicamente se leen y revisan textos sobre amor heterosexual.

En esos casos, los niños no heterosexuales reciben mensajes continuos y sostenidos en el tiempo respecto a que una característica intrínseca a su personalidad es enferma, inmoral y negativa. Esto genera un profundo sentimiento de rechazo a sí mismo que está conectado a tendencias a la depresión, la ansiedad, la disminución del rendimiento escolar, el abuso de drogas e, incluso, el suicidio. Tales procesos permiten la perpetuación del estigma y la marginalización de las personas que no se ajustan al patrón normativo de heterosexualidad.

Como señalamos previamente, un currículo con problemas de desinformación o silencio sobre la diversidad de orientación sexual es discriminatorio en dos sentidos. Por una parte, priva a los alumnos de información valiosa y de una experiencia educativa adecuada a sus propias necesidades de aprendizaje. Un currículo que no sirve de espejo a los alumnos afecta el rendimiento escolar y transmite el mensaje de que la única sexualidad normal es la heterosexualidad. En ese sentido, el currículo falla en brindar una educación de calidad a los niños LGB. Por otra parte, el currículo se convierte en un factor que coadyuva a la reproducción de la discriminación. En esa línea, UNESCO ha destacado la necesidad de que el currículo sea inclusivo de los diversos grupos minoritarios, incorporando a las minorías sexuales para efectos de brindar educación de calidad para todos, así como para erradicar la violencia homofóbica en las escuelas y la discriminación en la sociedad (UNESCO, 2016, p. 26).

Precisamente, como se demostrará más adelante, el cambio en el currículo educativo en diversas escuelas ha representado importantes avances en la erradicación de la discriminación por orientación sexual en dichos espacios.

2.3.4. Conclusión

En los acápites previos se ha demostrado que la escuela cumple un papel central en la reproducción de la discriminación por orientación sexual. La escuela es un espacio que produce y reproduce la homofobia. Esto se refleja en dos niveles.

En el microsistema de la escuela prevalece el acoso escolar homofóbico contra los niños no heterosexuales o que son percibidos como tales. Estos sufren diversos daños psíquicos y en su desempeño académico. Los niños que sufren acoso homofóbico tienen mayor riesgo de sufrir ansiedad generalizada, depresión, disminución del rendimiento escolar, abuso de drogas e incluso sentimientos suicidas. Existen diversos factores que causan el acoso escolar homofóbico: factores internos, como la propia personalidad de los agresores, y externos, como la familia, los maestros y el currículo escolar.

En el macrosistema de la sociedad, la escuela y el currículo educativo es un factor de producción y reproducción de la discriminación arraigada en la cultura. Diversos estudios han analizado cómo las instituciones políticas, económicas y culturales se reflejan en la construcción del currículo y permiten que estas sean aprehendidas e internalizadas por los niños. En el caso de la discriminación, el currículo refleja las normas y creencias de la propia sociedad en la que prevalece la discriminación.

Así, se ha señalado que el currículo puede coadyuvar a producir y a reproducir la discriminación de dos formas: mediante la desinformación, al transmitir información errónea sobre la homosexualidad, tal como la asociación con enfermedades, con inmoralidad y con infelicidad; como a través del silencio, al eliminar a la homosexualidad del discurso oficial de lo bueno y normal. Los niños reciben el mensaje de que toda vida no-heterosexual es enferma, mala e infeliz.

La reproducción de la cultura a través del currículo, no obstante, representa también una oportunidad de cambio. Como se verá a continuación, la reforma en el currículo educativo

puede significar un avance en la erradicación de la discriminación por orientación sexual desde y en la escuela.

2.4. El currículo inclusivo como agente de cambio para la erradicación de la discriminación por orientación sexual en la escuela

En efecto, en este acápite se identifican experiencias de cambio favorables a la erradicación de la discriminación por orientación sexual desde la escuela. Se reconoce al currículo inclusivo como una experiencia positiva en ese sentido y, por tanto, como un agente de cambio en y desde la escuela. Finalmente, a partir de estas experiencias y estudios se analiza en qué estado se encuentra el Currículo Nacional para la Educación Básica (CNEB) en la erradicación de la discriminación por orientación sexual o, por el contrario, en la reproducción de este problema.

2.4.1. Experiencias de cambio desde la escuela

Como se indicó, el origen de la discriminación desde la escuela deriva de: (i) los alumnos, (ii) los profesores, (iii) las políticas educativas y (iv) el currículo educativo. Entonces, la erradicación de la discriminación desde la escuela debe —y se ha orientado a— atacar dichos aspectos del proceso educativo, según explicamos a continuación.

a) Los clubes escolares como agentes de erradicación de la discriminación

Resulta interesante que la primera y actualmente una de las principales estrategias para la erradicación de la discriminación en la escuela hayan sido las *Gay-Straight Alliances* (GSA). Las GSA son clubs o grupos de niños homosexuales, bisexuales, transgénero y heterosexuales que desarrollan diversas actividades extracurriculares para promover la tolerancia en la escuela

y en la comunidad, o que simplemente pasan el tiempo en un espacio seguro (Sadowski, 2016, pp. 8-9). La primera GSA documentada empezó en Concord, Massachusetts, en 1989, y actualmente existen más de 3000 en los Estados Unidos. El 22 % de niños en ese país reportó en 2007 contar con una GSA en su escuela (Meyer, 2010, p. 76).

Diversos estudios han demostrado que la presencia de una GSA en la escuela contribuye a la mejora en el clima escolar, en la percepción de seguridad de los niños de orientación sexual disidente, así como en la salud mental y el desempeño académico (Sadowski, 2016, pp. 8-9; Meyer, 2010, p. 76). Los niños LGB que participaron en estos grupos crecieron para ser adultos con menos problemas psicológicos que sus pares LGB. El estudio del doctor Palmer resume los principales hallazgos a la fecha: menos comentarios anti-LGBT de sus compañeros, menores niveles de victimización dentro de la escuela, se sienten más seguros en ella, faltan menos a clase, se sienten más conectados con la comunidad escolar, más aceptados por sus pares y más cómodos hablando de temas LGBT con sus profesores. Al dejar la escuela, los adultos jóvenes que tuvieron acceso a una GSA reportan menos depresión, mayor autoestima y mayor continuidad en la educación (Palmer et al., 2017, pp. 62-63).

El profesor Sadowski recoge las experiencias recientes de dos GSA ganadoras del premio a mejor GSA del año, que relatamos a continuación (2016, pp. 53-65).

La GSA de Nixa High School, en el estado de Missouri, en una región preminentemente conservadora y religiosa, inició sus actividades en 2013, luego de que algunos alumnos se acercaran al profesor Charneco-Sullivan para que los asesorara. La GSA emprendió diversas tareas de activismo y trabajo comunitario. Por un lado, organizó la campaña «ally week», en la que se acercaron a otros estudiantes para que firmaran un compromiso de no participar en acoso escolar anti-LGBTQ, con lo que lograron que más de 300 alumnos se inscribieran como aliados.

Asimismo, participó en diversas campañas para promover legislación antidiscriminación en Missouri.

El episodio que marcó a la GSA de Nixa High School fue la censura del libro *My two moms: lessons of love, strenght, and what makes a family*, luego de que el profesor Charneco-Sullivan solicitara autorización a la escuela para estudiar el libro en sus clases. La GSA, entonces, organizó una tarde de lectura y reflexión con el autor del libro, Zach Wahls, que contó con cerca de 300 asistentes.

La GSA de Park City High School se localiza en una región también conservadora y en la que, hasta hace poco, regían leyes denominadas «no promo homo» que censuraban contenido sobre diversidad sexual en la escuela. Desde 2012, la GSA obtuvo permiso para vender bebidas calientes durante el festival de cine Sundance. En 2013 utilizaron los fondos recaudados para un programa de prevención del suicidio juvenil. En 2014, durante una batalla judicial para lograr el matrimonio homosexual en Utah, la GSA utilizó los fondos para financiar la defensa legal, logrando cuadruplicar su recaudación. La GSA es conocida además por promover sus actividades desde las redes sociales.

Las GSA, por un lado, brindan un espacio de afirmación positiva, apoyo y pertenencia para niños marginados por la sociedad. Asimismo, los empoderan para que sean capaces de convertirse en agentes de cambio social. El testimonio del presidente de la GSA de Nixa es un ejemplo claro: «When I first moved to Nixa, I was spit on, pushed around, and called names. In the beginning, students started a petition to try to stop our club. We stood firm and strong and are now one of the largest student organizations at our school. For those who have laughed, petitioned, or ignored us, I say, “Thank you”. Without that, we wouldn’t have been inspired to work harder, be louder, and stand stronger» (Sadowski, 2016, p. 65).

b) Los maestros como agentes de erradicación de la discriminación

Las experiencias de la GSA de Nixa también sirven para comprender el papel de los profesores en la generación de un clima escolar seguro para niños LGB. Un profesor puede hacer la diferencia al actuar en contra del acoso escolar homofóbico, apoyar a los alumnos LGB, incluir contenido LGB en sus clases y promover la creación de espacios seguros como las GSA. La presencia de un adulto que apoye a niños marginalizados por sus pares puede crear una gran diferencia en el bienestar psicológico y en el desempeño académico del niño. Los estudios también son claros a ese respecto, de acuerdo con lo que señala el profesor Palmer:

Los educadores pueden demostrar apoyo a los jóvenes LGBT de diferentes formas, incluyendo la intervención en los insultos anti LGBT, acoso y violencia escolar; así como acciones preventivas o proactivas, como mostrar signos visuales de apoyo a las personas LGBT (e.g. etiquetas de espacios seguros) y participar en educación y promoción en las escuelas respecto a la problemática LGBT. Estas acciones mejoran el ambiente de aprendizaje para jóvenes LGBT, quienes reportan menores niveles de violencia (Murdock & Boch, 2005), menos abstencionismo (Kosciw et al., 2014; Seelman, Walls, Hazel & Wisneski, 2011), y un aumento en los sentimientos de conexión a la escuela (Diaz, Kosciw & Greytak, 2010; Murdock & Bolch, 2005) cuando reciben apoyo de sus educadores y de los estudiantes. (Palmer, 2017, p. 66)²²

22 Traducción libre de: "Educators can demonstrate support of LGBT youth in a variety of ways, including intervention in anti-LGBT name-calling, bullying, and harassment, as well as preventative or proactive actions, such as displaying visual signs of support for LGBT people (e.g., Safe Space stickers) and engaging in education and advocacy around LGBT issues in their schools. These actions improve the learning environment for individual LGBT youth, who report lower levels of victimization (Murdock & Bolch, 2005), less absenteeism

La Jericho Middle School, en New York, ha desarrollado una política de creación de espacios seguros y capacitación de profesores desde que se encontró en 2003 que la mayor parte del acoso escolar era homofóbico. La profesora Elisa Waters ha conducido un programa de capacitación para profesores en asuntos LGBTQ y organizado una serie de conferencias y talleres para generar escuelas inclusivas para alumnos LGBTQ. En más de 10 años desde que empezó el programa, diversas profesoras han notado la mejora en el clima escolar y en la forma en que los alumnos responden a la temática LGBTQ. En 2013, un alumno de 13 años declaró para el *New York Times*: «I know thousands of things about every single person in this class. We're learning how to make the world a more connected place» (Sadowski, 2016, pp. 39-52).

c) Las políticas escolares como agentes de erradicación de la discriminación

Otro factor importante en la mejora del clima escolar y la erradicación de la discriminación por orientación sexual en la escuela es la existencia de una política escolar específica o que enfrente expresamente el acoso escolar homofóbico. Estas políticas permiten formalizar y establecer procedimientos para que los profesores manejen los casos de acoso escolar y también para que los alumnos los reporten. Los estudios demuestran que en las escuelas en las que existen políticas que enfrentan expresamente la discriminación por orientación sexual, los resultados son mejores que en escuelas con políticas genéricas o sin políticas anti-*bullying* (Palmer, 2017, p. 66).

Resulta claro, entonces, cómo el involucramiento de los propios alumnos en actividades de comprensión, difusión de in-

(Kosciw et al., 2014; Seelman, Walls, Hazel, & Wisneski, 2011), and increased feelings of school connectedness (Diaz, Kosciw, & Greytak, 2010; Murdock & Bolch, 2005) when they have supportive, educators. These displays of leadership, support, and advocacy can have an impact on the school community and help model supportive behaviors for other educators as well as students».

formación y activismo contribuye al cambio y a la erradicación de la discriminación por orientación escolar desde la escuela. Ello, sumado a la intervención positiva de los profesores y a las políticas expresas y formales de protección frente a la discriminación por orientación sexual, es determinante en la mejora del clima escolar, el bienestar psicológico y el desempeño académico de los niños, que influirá también en su vida adulta. En la escuela se encuentra el *quid* del cambio y la erradicación de la discriminación en la sociedad. En el siguiente acápite destacamos la experiencia del currículo inclusivo.

2.4.2. El currículo inclusivo como agente de cambio

Como ya señalamos, el currículo educativo es la columna vertebral del proceso educativo en tanto establece qué información y contenidos serán transmitidos a los alumnos, cuáles serán los objetivos de aprendizaje, cuál será la metodología de enseñanza y evaluación. Ello resulta particularmente importante en países como el Perú, en los que el Gobierno regula la educación y establece un currículo educativo nacional.

Asimismo, se debe reiterar que, al tratarse de la pieza fundamental del proceso educativo, el currículo también contribuye a la reproducción de patrones sociales, culturales, políticos y económicos en la sociedad y en el microcosmos escolar. Considerando la heteronormatividad y discriminación por orientación sexual imperante en la sociedad, resulta claro que uno de los componentes fundamentales de dicho problema es el currículo educativo.

Finalmente, el currículo educativo no solo representa un problema por la desinformación —información equivocada o negativa que pueda contener (*systematic inclusion*)—, sino también por el silencio, la exclusión de representaciones positivas de lesbianas, gays, bisexuales y *queer* (*systematic exclusion*) (Meyer, 2010, pp. 54, 55). El currículo se convierte en un instrumento que marginaliza a las personas con orientación sexual distinta.

Por ello, entre los mecanismos que, se ha destacado, vienen implementándose en diversas escuelas alrededor del mundo, se encuentra el currículo inclusivo. Este es un currículo que incorpora contenido y temática relativa a la orientación sexual y la identidad de género, que ayuda a los alumnos a comprender que la sexualidad es diversa, y que ello es normal (Mayo, 2013, pp. 161 *et seq*; Thornton, 2004, p. 307 *et seq*). El programa Educación para Todos de la UNESCO, enfocado en lograr la erradicación de la discriminación de la escuela, destaca la necesidad de que el respeto y la no-discriminación sean materias transversales integradas a todas las demás materias básicas. Al respecto, señala lo siguiente:

La experiencia ha mostrado que el currículo exitoso en enseñar respeto y luchar contra todo tipo de discriminación es aquel que está integrado en cada aspecto del currículo existente. Existen dos razones para ello. Primero, no es práctico para los educadores de los últimos años de la escuela primaria y de la secundaria pensar en enseñar respeto y lucha contra la discriminación como entidades separadas. En dichos niveles, en particular, el proceso educativo se enfoca en cuerpos eclécticos de conocimiento y habilidades y la especialización es casi imposible para los maestros. Segundo, hacer la lucha contra la discriminación y enseñar respeto como partes integrales del currículo existente envía el mensaje de que dicha problemática es esencial. Al enseñar estos conceptos como materias separadas, los pupilos pueden pensar que los problemas de injusticia, tolerancia, empoderamiento y pensamiento crítico no son tan importantes como aprender las materias básicas. (UNESCO, 2014, p. 37)²³

23 Traducción libre de: «Experience has shown that successful curricula to teach respect and fight discrimination of all types are those that are integrated into every aspect of the existing curricula. This is for two main reasons. First-

La profesora Meyer presenta una propuesta para integrar temas sobre sexualidad y género transversalmente en el currículo, acorde con el paradigma de educación multicultural y con la guía de la UNESCO de Educación para Todos (2010, pp. 61-76).

- 1. Roles de género:** los niños usualmente aprenden, desde el preescolar y los primeros años de la educación primaria, a clasificar roles de género. Por ejemplo, desde niños se solicita a los alumnos que identifiquen actividades, juegos o intereses que corresponden a las niñas y otros que corresponden a los niños. La profesora Meyer sugiere que «[i]n order to help students feel valued and included in all of their gender diversity, elementary school teachers can incorporate lessons and activities that celebrate this diversity and challenge narrow gender stereotypes» (2010, p. 65).
- 2. Paternidad y familia:** igualmente, los niños reciben únicamente imágenes de familias tradicionales, pese a que muchos de ellos viven con padres o madres homosexuales, padres solteros o familias distintas. La profesora Meyer sugiere, con el objeto de combatir la homofobia desde la escuela, la necesidad de incluir modelos de familias de padres homosexuales, por ejemplo, desde la literatura infantil, considerando que en la actualidad existen una serie de libros que ofrecen perspectivas de niños viviendo en esas familias.

ly, it is not pragmatic for upper primary and secondary educators to think of teaching for respect and the fight against discrimination as separate entities. In upper primary and secondary schools in particular, the education process focuses on eclectic bodies of knowledge and skills, and specialization is nearly impossible for teachers. Secondly, making the fight against discrimination and teaching respect into integral parts of the existing curriculum sends the message that these issues are essential. By teaching these concepts as separate subjects, pupils may believe that issues of injustice, intolerance, empowerment and critical thinking are not as important as learning the basics of education».

3. **Literatura:** particularmente para la educación secundaria, la profesora Meyer sugiere dos vías para incorporar contenido sobre diversidad sexual y género en la clase de Literatura. La primera y más obvia es mediante la lectura de textos, novelas, poemas o cuentos que incluyan representaciones de diferencias en orientación sexual, sexo o identidad de género. La segunda vía es mediante la lectura *queer* de textos tradicionales. Por ejemplo, plantea la posibilidad de encontrar extractos que reflejan situaciones homoeróticas en *Romeo y Julieta*, así como situaciones que reflejen la heteronormatividad de la época. Al respecto, la autora señala: «[t]his exposure may also open students' own creative lenses up and allow them to write about their own experiences in relationships or gendered identities in new ways» (2010, p. 69).
4. **Historia y ciencias sociales:** la profesora Meyer destaca cómo muchos eventos históricos tuvieron de protagonistas a personas LGBTQ que sin embargo usualmente son excluidas del currículo. Por ejemplo, las víctimas gays y lesbianas del Holocausto nazi, o el movimiento por los derechos LGBT que surgió a partir de los años 1980. En el caso peruano, por ejemplo, pocas veces se habla de las víctimas LGBT del terrorismo de Sendero Luminoso y el MRTA. Tales episodios pueden ser incluidos en las clases de Historia para dar visibilidad a la problemática de la diversidad sexual.
5. **Ciencias naturales:** desde las ciencias naturales es posible que los niños y adolescentes aprendan acerca de los recientes descubrimientos científicos sobre la diversidad sexual, su origen y los factores que la determinan. Igualmente, es posible aprender sobre los límites de las ciencias duras para comprender dichos temas. La profesora Meyer también sugiere una revisión de información anticuada y condicionada por las normas de género (por ejemplo, el discurso que se sigue transmitiendo sobre el género de las hormonas). Muchos textos continúan refiriéndose a la testosterona como la hormona masculina y al estrógeno como la hormona fe-

menina, cuando desde 1930 se conoce que ambas están presentes en todas las personas.

6. **Matemáticas:** en este caso, la profesora Meyer sugiere la inclusión de situaciones y actores homosexuales en la formulación de problemas matemáticos o estadísticas relacionadas con situaciones de personas homosexuales. Ello con el objetivo de generar visibilidad y normalizar la homosexualidad.
7. **Educación sexual:** diversos autores han destacado cómo es usual que la única mención a la homosexualidad en la escuela sea la que se hace en la clase sobre el sida y el VIH en Educación Sexual. Esto contribuye a la estigmatización de las minorías sexuales. Por el contrario, una educación sexual integral debe incluir contenido relativo a la diversidad sexual, a los estereotipos sobre sexualidades normales y desviadas, así como información que atienda los requerimientos específicos de salud y bienestar sexual para personas homosexuales.

Los estudios actuales demuestran que en las escuelas en las que se incorporó un currículo escolar inclusivo el clima escolar es sustancialmente mejor y el acoso escolar es menor frente a aquel que se presenta en escuelas que no incorporaron un currículo inclusivo. Al respecto, el profesor Kosciw señala: «Including LGBT-related issues in the curriculum in a positive manner may make LGBTQ students feel like more valued members of the school community, and it may also promote more positive feelings about LGBTQ issues and persons among their peers, thereby resulting in a more positive school climate» (Kosciw et al., 2016, p. 65).

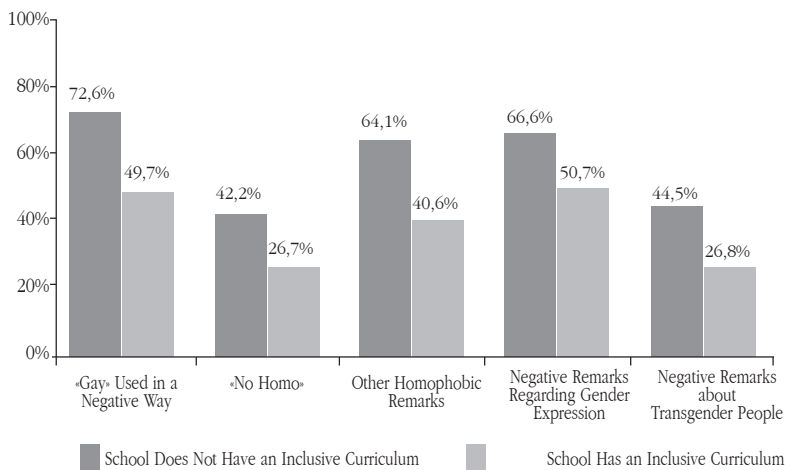
En 2014, el equipo del profesor Kosciw llevó a cabo un estudio a nivel nacional en los Estados Unidos en relación con los efectos del currículo escolar inclusivo y encontró los siguientes hallazgos (Kosciw et al., 2016, pp. 65-69):²⁴

²⁴ Los resultados son coherentes con el estudio del año previo (Kosciw et al., 2014, pp. 66-71).

- Los pupilos educados con un currículo inclusivo escucharon comentarios homofóbicos con menor frecuencia. El 49,7 % de los niños escuchó «gay» con connotación negativa, frente al 72,6 % en escuelas sin currículo inclusivo, según se aprecia con mayor detalle en el gráfico 3.

Gráfico 3. Inclusive Curriculum and Frequency of Hearing Anti-LGBT Remarks

(Percentage of LGBTQ Students Hearing Remarks Often or Frequently)

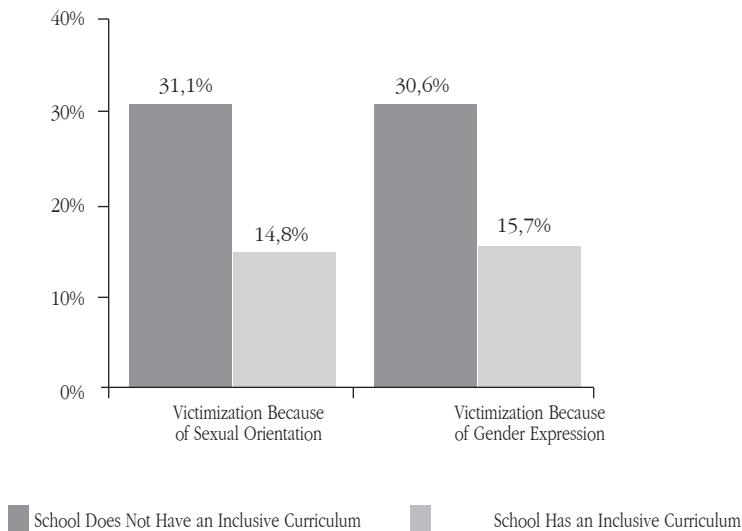


Fuente: Kosciw et al. (2016).

- Los pupilos educados con un currículo inclusivo escucharon menos comentarios negativos sobre la expresión de género y las personas transgénero. El 50,7 % de niños escuchó este tipo de comentarios, frente al 66,6 % en otras escuelas.
- El 40,4 % de los estudiantes educados con un currículo inclusivo se sintieron inseguros debido a su orientación sexual, comparado con el 62,6 % en otras escuelas.

- Los estudiantes sufrieron menos violencia. Solo el 14,8 % fue víctima de violencia por su orientación sexual, frente al 31,1 % en otras escuelas, según se observa en el gráfico 4.

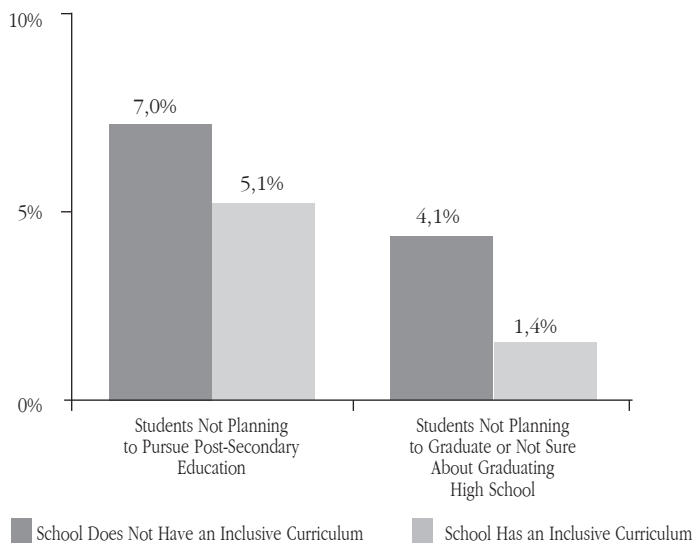
Gráfico 4. Inclusive Curriculum and Victimization
(Percentage of LGBTQ Students Experiencing Higher Severities of Victimization)



Fuente: Kosciw et al. (2016).

- Hubo menos abstencionismo. En las escuelas con un currículo inclusivo hubo 18,6 % de abstención por sentirse inseguro o incómodo, frente al 35,6 % en otras escuelas.
- Los alumnos LGB, además, tuvieron mejores logros académicos en las escuelas con un currículo inclusivo. Asimismo, un mayor porcentaje manifestó la intención de continuar sus estudios luego de terminar la escuela, según se muestra en el gráfico 5.

Gráfico 5. Inclusive Curriculum and LGBTQ Students' Educational Aspirations



Fuente: Kosciw et al. (2016).

Estos resultados se conciden con estudios similares llevados a cabo en la década de 2000 (Palmer et al., 2017, p. 67; Biegel & James Kuehl, 2010, fn. 55; Poteat, 2017, p. 23). El profesor Palmer explica dichos resultados señalando que, por un lado, las escuelas que incluyen representaciones positivas de personas LGBT brindan un mensaje de que apoyan a los alumnos LGBT. Asimismo, el currículo inclusivo valida la existencia de personas LGBT, dando un mensaje a los alumnos de que son valiosos al ser LGBT (Palmer et al., 2017, p. 67). En esa misma línea, el profesor Poteat señala que el currículo inclusivo aporta en la reducción del acoso escolar al crear espacios de diálogo y aprendizaje trasversal para los niños (Poteat, 2017, p. 23). El profesor McGarry destaca el papel del currículo educativo como espejo para los alumnos, mediante el cual los niños LGB

pueden identificarse y validar su propia identidad. En el caso de los niños heterosexuales, pueden también aprender una realidad que normalmente les sería invisible y ajena, lo cual coadyuva a la empatía y la tolerancia con el otro (McGarry, 2013). Estas conclusiones son coherentes con la teoría de la educación multicultural.

El profesor Sadowski recoge ejemplos de profesoras que implementaron temática sobre diversidad sexual en sus cursos escolares (2016, pp. 21-38). Por ejemplo, la profesora Barber-Just desarrolló un programa de literatura LGTB en la escuela secundaria Amherst High School en el que los alumnos leyeron la evolución de las representaciones de la diversidad sexual en la literatura angloparlante y el cine. Una de las alumnas señaló:

Sara's class was a real live oasis in a time when my gay friends and I were searching desperately for community and information at oasismag.com, a site for LGBT teens on the nascent internet. It was sheer pleasure to enter a space each morning devoted to gay culture and facilitated by a wonderful young out lesbian teacher, who shared freely about her own journey and her present life with her partner; which sounded like an idyllic fantasy. Just being in that room already felt almost too good to be true. (2016, pp. 27-28)

En América Latina, si bien son pocos los países que incluyen en su política nacional educación con temática sobre orientación sexual, existe una tendencia hacia la incorporación de este tipo de contenidos en los lineamientos curriculares nacionales.

En Chile, por ejemplo, se vienen implementando orientaciones para evitar la discriminación y el acoso por orientación sexual en la escuela (Entenza, 2014, pp. 23-24). Asimismo, la Ley de Salud N° 20.418, de 2010, *fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad*, y establece el derecho de «recibir libremente, de acuerdo

a sus creencias o formación, orientaciones para la vida afectiva y sexual». De tal modo, las instituciones educativas subvencionadas por el Estado deben brindar educación sobre afectividad y sexualidad. Luego, el Gobierno ha publicado lineamientos para la implementación de dicha materia, en la que incluye contenidos relativos a la orientación sexual y la no-discriminación (Ministerio de Educación de Chile, 2014; Entenza, 2014):

Dado el contexto nacional, los contenidos que no pueden estar ausentes en estos programas, son:

- 1) El enfoque de género, de derechos, de inclusión, de participación y de formación.
- 2) La relación entre afectividad, sexualidad y género.
- 3) La distinción sobre los diversos tipos de violencia —incluyendo la violencia de género.
- 4) La prevención del abuso sexual.
- 5) La información objetiva sobre métodos de regulación de la fertilidad (prevención embarazo) y preservativos (prevención ITS).
- 6) Información acerca de la diversidad sexual tanto de la orientación sexual como la identidad de género, en el marco de Derechos.
- 7) Lo referente a la ley anti discriminación. Ley 20.609. Generando experiencias de aprendizaje que apunten hacia el respeto y la valoración por la diversidad y el rechazo de la comunidad educativa a toda forma de discriminación arbitraria.
- 8) Los conocimientos y mecanismos de prevención de enfermedades como ITS (Infecciones de Transmisión Sexual) y VIH (Virus de Inmunodeficiencia Humana).
- 9) Información que esclarezca y rompa con creencias erróneas en relación a la salud sexual y reproductiva.
- 10) Desarrollo de habilidades para la vida.
- 11) Información de servicios de salud.
- 12) Conceptos básicos de Diversidad Sexual y respeto

mutuo entre las personas. (Ministerio de Educación de Chile, 2014, p. 23)

La Ley de Educación de Uruguay de 2014 señala expresamente que el Estado «estimulará la transformación de los estereotipos discriminatorios por motivos de edad, género, raza, etnia u orientación sexual». En esa línea, el Ministerio de Desarrollo Social publicó una guía para «brindar herramientas conceptuales y metodológicas a docentes, y otros profesionales de la educación para el abordaje de la diversidad sexual en el ámbito educativo» (Ministerio de Desarrollo Social de Uruguay, 2014; Entenza, 2014) que, sin embargo, fue bloqueada por otro organismo del Gobierno por asuntos formales (Cabrera, 2015). Asimismo, algunos avances se han producido en Argentina, Brasil y Costa Rica (Entenza, 2014, pp. 22-27).²⁵

25 «Argentina: la ley de Educación Sexual Integral establece el derecho a recibir educación sexual integral en los establecimientos educativos públicos, de gestión estatal y privada. Crea a su vez, el Programa Nacional de Educación Sexual Integral y sienta las bases para la aprobación de los lineamientos Curriculares de Educación Sexual Integral (ESI). Estos lineamientos proponen aprendizajes que aportan a la educación sexual integral, y en tal sentido señala que la escuela debe desarrollar contenidos que promuevan en los alumnos y alumnas el conocimiento de los derechos de las diversidades sexuales y de la responsabilidad del Estado frente a situaciones de discriminación y violación de derechos; la valoración de las personas independientemente de su apariencia, identidad y orientación sexual, el análisis y debate sobre las identidades sexuales desde la perspectiva de los derechos humanos, entre otros.

Brasil: [...] El Programa Nacional de Derechos Humanos (PNDH-3)³⁰ aprobado en el año 2009, estableció expresamente entre sus objetivos estratégicos, la garantía del respeto a la libre orientación sexual e identidad de género y la reducción de la violencia motivada por diferencias de género u orientación sexual, planteándose entre sus acciones programáticas: realizar campañas y acciones educativas para la deconstrucción de estereotipos; establecer directrices curriculares para todos los niveles y modalidades de enseñanza de la educación básica para la inclusión de la temática de educación y cultura en Derechos humanos, promoviendo el reconocimiento y respeto de las diversidades de género, orientación sexual, identidad de género; y desarrollar

Si bien se trata de una tendencia que se encuentra en una etapa inicial en la región y también en los estudios científicos, la centralidad del currículo como un instrumento para erradicar la discriminación por orientación sexual en el microcosmos de la escuela, así como en el macrocosmos de la cultura y la sociedad, es patente. En las secciones siguientes se analizará cuál es el estatus legal de un currículo inclusivo en el Perú.

2.4.3. ¿El Currículo Educativo Nacional peruano es discriminatorio respecto a la orientación sexual?

El currículo educativo formal nacional, entendido como la organización de las materias que se van a dictar en la escuela, así como la metodología de enseñanza y el método de evaluación, está regulado en el Perú a distintos niveles: la Constitución, la ley, la reglamentación y el Currículo Educativo Nacional aprobado mediante Resolución Ministerial.

La Constitución regula los fines y principios que gobiernan el proceso educativo. El Estado es el encargado de coordinar la política educativa del país. Dentro de dichas competencias se encuentra la de aprobar los lineamientos generales de los planes de estudio (qué es lo que se va a dictar). Además, supervisa el cumplimiento de tales lineamientos y la calidad de la educación.

políticas afirmativas y de promoción de una cultura de respeto a la libre orientación sexual e identidad de género, favoreciendo la visibilidad y el reconocimiento social.

[...]

Costa Rica: [...] En el ámbito educativo se destaca el programa “Programa de Educación para la Afectividad y Sexualidad Integral” (2012) el que contempla el desarrollo de siete ejes temáticos: relaciones interpersonales; cultura, poder y responsabilidad; placer como fuente de bienestar; género; identidad psicosexual; salud reproductiva y derechos humanos. Entre sus abordajes se encuentra el tema de la construcción de los vínculos heterosexuales, homosexuales, bisexuales, la orientación sexual y la identidad de género así como su vivencia, creencias y estigmas.

Sobre el particular, el artículo 14 señala: «La enseñanza se imparte, en todos sus niveles, con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa». Específicamente, el artículo 16 indica: «El Estado coordina la política educativa. Formula los lineamientos generales de los planes de estudios así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos. Supervisa su cumplimiento y la calidad de la educación».

Además, la Constitución establece materias generales que deben ser enseñadas como parte del proceso educativo. El artículo 14 señala: «La educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad». Además, el artículo 15 dispone: «La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar. La educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias».

En el ámbito legal, la norma marco de la educación en el Perú es la Ley N° 28044, Ley General de Educación. La Ley no define qué es el currículo, pero establece en su artículo 33 que la competencia para la aprobación del Currículo Básico Nacional está en el Ministerio de Educación. Por otro lado, en el artículo 13 se determina como factor necesario para lograr calidad en la educación la presencia de lineamientos educativos coherentes con los fines establecidos en la norma. Asimismo, el artículo 6 dispone el deber de impartir formación ética y cívica, al igual que la Constitución.

En el Perú, el currículo es regulado de forma específica por el Reglamento de la Ley General de Educación. De acuerdo con este, el Currículo Educativo Nacional (CEN) es el que establece los lineamientos que deben seguir todas las escuelas en cuanto a los contenidos que se deben impartir, los objetivos de aprendizaje, las competencias por desarrollar y los métodos de evaluación. El Reglamento de la Ley General de Educación señala al respecto:

[El Currículo Educativo Nacional] contiene los aprendizajes que deben lograr los estudiantes al concluir cada nivel y modalidad, mostrando su progresión a lo largo de toda la escolaridad, así como la forma de evaluarlos a nivel de proceso y resultados. Incluye un conjunto de competencias nacionales priorizadas que constituyen el marco curricular nacional que serán monitoreadas y evaluadas periódicamente por el Ministerio de Educación.

Conviene destacar, asimismo, que, de acuerdo con el Reglamento, el CEN «guarda coherencia con los fines y principios de la educación peruana, señalados en la Ley, el Proyecto Educativo Nacional y los objetivos de la Educación Básica». Es decir, el currículo nacional, a nivel abstracto, está definido por distintos documentos que parten desde la regulación de la Constitución sobre educación, la Ley General de Educación, hasta el Currículo Educativo Nacional en sentido estricto aprobado por el Gobierno. El currículo nacional, entonces, es la piedra angular del proceso educativo nacional y de su regulación por el Estado.

Si bien el desarrollo de un currículo educativo nacional no es una ciencia, actualmente UNESCO ha definido diversos aspectos necesarios para la elaboración de un currículo que permita satisfacer el derecho a la educación. Para dichos efectos, UNESCO plantea un ciclo del proceso de vida curricular de calidad, compuesto del desarrollo del currículo, el currículo mismo, la implementación del currículo y la evaluación del currículo (Stabback, 2016; UNESCO, 2013a). A continuación destacamos los principales puntos.

El desarrollo del currículo debe ser planificado adecuadamente por las autoridades. Ha de ser inclusivo e incorporar un proceso de consulta a los diversos *stakeholders* del sistema educativo: Estado, profesionales, padres de familia, pupilos, empleadores, empresas, grupos sociales, etcétera. Debe ser dirigido por profesionales en desarrollo curricular. Debe además ser cíclico, un proceso constante y, además, sostenible en el tiempo.

El currículo en sí mismo debe valorar a todos los niños por igual. Actualmente, UNESCO sigue la política de Educación para Todos que busca lograr el respeto del derecho a la educación sin discriminación en el mundo, apostando por una educación multicultural y en derechos humanos (UNESCO, 2014). El currículo debe ser de calidad, contar con información actualizada, recopilada por profesionales, organizada adecuadamente, con un balance correcto de las materias, y demandante. Debe lograr que los niños desarrollen las competencias buscadas. El currículo, finalmente, debe estar construido sobre la base de un conocimiento sustentado en cómo aprenden los niños, que constituyen su público objetivo.

Un aspecto importante del ciclo curricular es la implementación, para lo cual los actores del proceso educativo deben asumir los derechos, deberes y responsabilidades que correspondan: los pupilos, los maestros, el espacio material de las escuelas, los padres y las autoridades del sistema educativo.

Finalmente, el último aspecto fundamental del proceso curricular es la evaluación. Esta debe ser planificada y sistemática, para identificar claramente el propósito de cada evaluación. Debe asimismo comprender los diversos niveles del sistema educativo, desde el salón de clases, la escuela, las jurisdicciones internas, hasta el sistema nacional. La evaluación debe ser continua y dirigida por profesionales especializados.

Como ya señalamos, para efectos de una evaluación integral de la discriminación en la educación hace falta un estudio muy profundo de diversos actores, distintas relaciones y diferentes materias que exceden las posibilidades de este estudio. En esa medida, con el fin de lograr un trabajo con suficiente profundidad y sustento que soporte sus conclusiones, el alcance de nuestro trabajo se limita a evaluar el contenido del currículo como documento formal. En tal sentido, en adelante únicamente nos concentraremos en el segundo punto del proceso del ciclo curricular referido.

El currículo nacional actualmente vigente fue aprobado mediante Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, del 2 de junio de 2016. Esta norma programó el inicio de su implementación para el 1 de enero de 2017 y dispuso para ello el inicio de las actividades de promoción y capacitación con apoyo de los órganos regionales y locales del sector. El 15 de diciembre de 2016 se aprobó la Resolución Ministerial N° 649-2016-MINEDU, por la que se refrendaron los Programas Curriculares de Educación Inicial, Primaria y Secundaria, que concretan y desarrollan los lineamientos establecidos en el currículo nacional. Además, se restringió la vigencia del currículo nacional de 2016 para ciertas instituciones de educación primaria con el propósito de llevar a cabo un proceso progresivo.

Ese mismo año hubo una discusión pública debido a la mención en el currículo de la palabra «género» y del término «identidad de género» en el marco del enfoque de género que contenía el documento. Una agrupación de movimientos conservadores con representación en el Congreso impulsó una reforma del currículo para eliminar las menciones al «género». A partir de la presión política, el Gobierno dio marcha atrás y reformuló el currículo nacional mediante Resolución Ministerial N° 159-2017-MINEDU del 8 de marzo de 2017, eliminando la mención a la identidad de género.

El currículo nacional se organiza en función del perfil de egreso de la educación básica, el cual se trata de «la visión común e integral de los aprendizajes que deben lograr los estudiantes al término de la Educación Básica» (p. 7). En otras palabras, refiere a la definición de cómo debe ser el niño al terminar la educación básica. El perfil de egreso comprende lo siguiente (pp. 8-10):

1. El estudiante se reconoce como persona valiosa y se identifica con su cultura en diferentes contextos.
2. El estudiante propicia la vida en democracia a partir del reconocimiento de sus derechos y responsabilidades y de la

- comprensión de los procesos históricos y sociales del país y del mundo.
3. El estudiante comprende, aprecia y cultiva la dimensión espiritual y religiosa en su vida, en la de los demás y en la sociedad.
 4. El estudiante practica una vida activa y saludable para su bienestar, cuida su cuerpo e interactúa respetuosamente en la práctica de distintas actividades físicas, cotidianas o deportivas.
 5. El estudiante aprecia manifestaciones artístico-culturales para comprender el aporte del arte a la cultura y a la sociedad, y crea proyectos artísticos utilizando los diversos lenguajes del arte para comunicar sus ideas a otros.
 6. El estudiante se comunica en su lengua materna, en castellano como segunda lengua y en inglés como lengua extranjera de manera asertiva y responsable para interactuar con otras personas en diversos contextos socioculturales y con diversos propósitos.
 7. El estudiante indaga y comprende el mundo natural y artificial utilizando conocimientos científicos en diálogo con saberes locales para mejorar su calidad de vida y cuidando la naturaleza.
 8. El estudiante interpreta la realidad y toma decisiones a partir de conocimientos matemáticos que aporten a su contexto.
 9. El estudiante gestiona proyectos de emprendimiento económico o social de manera ética, que le permiten articularse con el mundo del trabajo y con el desarrollo socioeconómico de su comunidad.
 10. El estudiante aprovecha responsablemente las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) para interactuar con la información, gestionar su comunicación y aprendizaje.
 11. El estudiante desarrolla procesos autónomos de aprendizaje en forma permanente para la mejora continua de los mismos y sus resultados.

Para lograr dicho perfil de egreso, el currículo se organiza en enfoques transversales, competencias, capacidades y estándares de aprendizaje.

Los enfoques transversales engloban valores que deben transmitirse y practicarse en las actividades y relaciones que se desarrollen en el proceso educativo. Estos enfoques buscan generar actitudes o formas de ser y actuar en los niños relacionados con valores deseables para la sociedad actual. Los enfoques transversales que ha recogido el currículo nacional son: el enfoque de derechos, el enfoque inclusivo, el enfoque intercultural, el enfoque ambiental, el enfoque de orientación al bien común y el enfoque para la búsqueda de la excelencia (pp. 11-12).

Por ejemplo, en el enfoque inclusivo se busca transmitir y practicar el valor del respeto por las diferencias. Esto supone la actitud de reconocer el valor inherente a cada persona como sujeto de derechos. Dicha actitud debe ser demostrada por docentes y estudiantes al actuar con tolerancia y respeto con todos y al evitar cualquier forma de discriminación (p. 13).

Luego, el currículo se enfoca en concretar los objetivos planteados en el perfil de egreso de la educación básica. Para ello se estructura con base en competencias, capacidades y estándares de aprendizaje (pp. 18-22).

1. La competencia es la capacidad de valerse de las capacidades (conocimientos, habilidades y talentos) que uno tiene para lograr un objetivo. Están asociadas directamente con el perfil de egreso.
2. Las capacidades son los recursos o insumos para lograr desarrollar una competencia: los conocimientos, las habilidades y las actitudes.
3. Los estándares de aprendizaje constituyen la organización del desarrollo de las competencias en dificultad progresiva durante las diferentes etapas de la educación básica.

Por ejemplo, una de las competencias necesarias para lograr el perfil de egreso es la competencia «Construye su identidad». Para alcanzarla se deben desarrollar las siguientes capacidades: valorarse a sí mismo, autorregular las emociones, reflexionar y argumentar éticamente, vivir la sexualidad de manera plena y responsable.

Esta competencia y sus respectivas capacidades se desarrollan en diferentes etapas durante la educación básica, dependiendo de la edad y el desarrollo del niño. Por ejemplo, así son definidos el nivel 1 y el nivel 7 de la competencia de construcción de la identidad, de más jóvenes a mayores (pp. 18-22):

- **Nivel 1:** «Construye su identidad al tomar conciencia de los aspectos que lo hacen único. Se identifica con algunas de sus características físicas, sus gustos, disgustos e intereses, su nombre y el de los miembros de su familia. Participa en sus cuidados personales y en diversas actividades desde su iniciativa y posibilidades. Busca y acepta el consuelo y compañía de su adulto significativo cuando se siente vulnerado e inseguro, así como cuando algunas de sus acciones afectan a otro».
- **Nivel 7:** «Construye su identidad al tomar conciencia de los aspectos que lo hacen único, cuando se reconoce a sí mismo y valora sus identidades, sus logros y los cambios que se dan en su desarrollo. Se reconoce como parte de un mundo globalizado. Manifiesta sus emociones, sentimientos, logros e ideas distinguiendo el contexto y las personas, y comprendiendo sus causas y consecuencias. Asume una postura ética frente a una situación de conflicto moral, integrando en su argumentación principios éticos, los derechos fundamentales, la dignidad de todas las personas. Reflexiona sobre las consecuencias de sus decisiones. Se plantea comportamientos que incluyen elementos éticos de respeto a los derechos de los demás y de búsqueda de justicia teniendo en cuenta la responsabilidad de cada quien por

sus acciones. Se relaciona con los demás bajo un marco de derechos, sin discriminar por género u orientación sexual y sin violencia. Desarrolla relaciones afectivas, de amistad o de pareja, basadas en la reciprocidad y el respeto. Identifica situaciones que vulneran los derechos sexuales y reproductivos y propone pautas para prevenirlas y protegerse frente a ellas».

El currículo actual, aprobado en 2016 y modificado en 2017, representa el primer hito de avance en el reconocimiento de la diversidad de orientación sexual en el proceso educativo en el Perú. Si bien su tratamiento es todavía muy escueto y aún guarda silencio en muchos campos, como parte de las capacidades que se busca desarrollar en los niños se encuentra el autoconocimiento de la identidad sexual y la no-discriminación por orientación sexual. Estos objetivos se enmarcan en las competencias de construcción de identidad y de convivencia y participación democrática.

En efecto, como ya se adelantó, una de las competencias que busca desarrollar el CEN es la construcción de la identidad, con el fin de alcanzar el perfil de egreso planteado. Parte de la definición de la competencia es: «El estudiante conoce y valora su cuerpo, su forma de sentir, de pensar y de actuar desde el reconocimiento de las distintas identidades que lo definen (histórica, étnica, social, sexual, cultural, de género, entre otras)» (p. 27).

Como parte de las capacidades que se han de desarrollar en esta competencia está la valoración de sí mismo y la vivencia plena y responsable de la sexualidad. A partir del nivel 7 de los estándares de aprendizaje, es decir, los últimos años de secundaria, la construcción de la identidad comprende la identidad sexual y las relaciones con los demás sin ningún tipo de discriminación por orientación sexual (p. 27).

De acuerdo con el Programa Curricular de Secundaria, la competencia y las capacidades indicadas se concretan en el

área «Desarrollo personal, ciudadanía y cívica». En el cuarto año de secundaria se contempla como desempeño específico lograr el rechazo a toda forma de discriminación por orientación sexual (pp. 36-37).

La otra competencia en la que se incorpora el rechazo a la discriminación por orientación sexual es la convivencia y participación democrática. Una de las capacidades que el alumno debe lograr es: «estudiante actúa en la sociedad relacionándose con los demás de manera justa y equitativa, reconociendo que todas las personas tienen los mismos derechos y responsabilidades» (p. 57). En específico, se busca lo siguiente:

Interactúa con todas las personas: Es decir, reconoce a todos como personas valiosas y con derechos, muestra preocupación por el otro, respeta las diferencias y se enriquece de ellas. Actúa frente a las distintas formas de discriminación (por género, fenotipo, origen étnico, lengua, discapacidad, orientación sexual, edad, nivel socioeconómico, entre otras), y reflexiona sobre las diversas situaciones que vulneran la convivencia democrática. (p. 57)

De acuerdo con el Programa Curricular de Secundaria, esta competencia se desarrolla también en el área «Desarrollo personal, ciudadanía y cívica» (pp. 38 *et seq.*).

Como puede observarse, es la primera vez que el Currículo Nacional de la Educación Básica tiene como uno de los objetivos de aprendizaje de los niños la comprensión y valoración de la propia identidad sexual, así como el rechazo a toda forma de discriminación por orientación sexual. Esto representa un avance importante en el reconocimiento de la diversidad sexual y la erradicación de la discriminación.

Sin embargo, el currículo actual no representa aún un punto de llegada. El tratamiento de la temática sobre orientación sexual es todavía escueto y acotado a un solo programa curricular y para los últimos años de educación secundaria.

Si se compara el Currículo Nacional de la Educación Básica con, por ejemplo, la propuesta de la profesora Meyer, que corresponde a las investigaciones de la educación multicultural y a la propuesta de la UNESCO sobre Educación para Todos, se encuentra que aún existe la posibilidad de incorporar contenidos relativos a la diversidad sexual en diversas áreas curriculares:

1. Primero, se puede extender el tratamiento de la diversidad sexual a todas las etapas de la educación. En lugar de restringir el tratamiento de la identidad sexual y el rechazo a la discriminación sexual a los últimos años de secundaria, es posible aprender sobre la diversidad sexual y la diversidad de familias y parejas desde los primeros años de la educación inicial. La profesora Meyer sugiere la introducción de cuentos e historias con familias diversas y de parejas homosexuales desde las primeras infancias.
2. Segundo, es posible extender el tratamiento de la diversidad sexual a distintas áreas, además de Desarrollo Personal, Ciudadanía y Cívica. Tal como sugiere la propuesta del currículo inclusivo, se puede incorporar contenidos relativos a la diversidad sexual en el área de Matemática, mediante la introducción del análisis de cifras sobre la población LGB. Es posible asimismo incluir contenidos relativos a la diversidad sexual en el área de Ciencia y Tecnología, en Comunicación y en Ciencias Sociales. Se puede, entonces, lograr que la diversidad sexual sea un contenido transversal al programa curricular.

Existe pues aún un largo camino para lograr que el currículo escolar verdaderamente deje de guardar silencio sobre la orientación sexual y permita superar el círculo de reproducción de la discriminación por orientación sexual.

2.4.4. Conclusión: la educación inclusiva y, en particular, un currículo inclusivo, son necesarios, mas no suficientes, para erradicar la discriminación por orientación sexual

En este acápite se ha demostrado que la escuela no solo puede ser un espacio en el que se reproduce la discriminación por orientación sexual, sino también una oportunidad de cambio, no solo en la cultura sino además en la vida de personas individuales.

Existen diversas estrategias que atacan los respectivos factores que contribuyen a la prevalencia de la discriminación en la escuela. Entre las experiencias positivas y con resultados mensurables se encuentran los clubes escolares conformados por niños heterosexuales y no-heterosexuales, la capacitación de maestros para su involucramiento en la erradicación de la discriminación por orientación sexual, las políticas escolares y el currículo escolar.

El currículo escolar inclusivo incorpora contenido sobre diversidad sexual en las diferentes materias escolares. Así, se educa para la comprensión de la orientación sexual y el rechazo a la discriminación no solo en Educación Cívica o Educación Sexual. Se incorpora este contenido en clases de Matemática, Literatura, Historia y Ciencias. Ello permite normalizar la existencia de personas homosexuales y bisexuales como ciudadanos normales, funcionales y saludables. Asimismo, posibilita que los niños no-heterosexuales adquieran representaciones positivas de sus aspiraciones a futuro. Las investigaciones empíricas en el marco de la teoría de la educación multicultural actuales validan estas afirmaciones.

El Currículo Nacional para la Educación Básica aprobado en 2016 y modificado en 2017 representa el primer hito en el reconocimiento de la diversidad sexual en la educación básica. El conocimiento y la valoración de la identidad sexual se ha incorporado como una capacidad específica que debe ser

adquirida en los últimos años de educación secundaria en el área de Desarrollo Personal, Ciudadanía y Cívica; al igual que el rechazo de toda forma de discriminación.

Si bien este currículo nacional representa un avance en la erradicación de la discriminación en y desde la escuela, aún no puede considerarse un punto de llegada. El aprendizaje sobre la orientación e identidad sexual está restringido a los últimos años de educación secundaria y a una sola de las áreas curriculares. Tal como el currículo inclusivo propone, es posible incorporar contenido sobre diversidad sexual en todas las etapas de aprendizaje y en diversas áreas curriculares. Esto debe lograrse a través de un proceso progresivo y estudiado en función de las posibilidades fácticas que permitan implementar el currículo en la realidad.

2.5. Conclusión

En este capítulo se ha podido arribar a las siguientes conclusiones:

1. El estudio de la sexualidad humana y, en particular, de la orientación sexual, se ha realizado a partir de dos grandes aproximaciones: el esencialismo y el construccionismo. El esencialismo propone que la orientación sexual es un concepto impermeable a la historia y a la cultura y, por tanto, será el mismo independientemente del tiempo y el lugar. El construccionismo, en cambio, sugiere que la experiencia de la orientación sexual se interrelaciona y retroalimenta de la cultura, la política y la economía.
2. Para entender la orientación sexual no basta ninguna de dichas aproximaciones. Estas no son contradictorias, sino que tratan de distintos aspectos de la sexualidad. Por un lado, desde estudios esencialistas pueden abordarse relaciones causales entre aspectos biológicos y determinadas

conductas o experiencias del ser humano. Por otro lado, desde estudios construccionistas es posible tratar la construcción del significado que dichas conductas o experiencias generan en la sociedad, la cultura y los individuos. Si cada perspectiva advierte sus límites y posibilidades, es posible que aporten conocimiento relevante.

3. Existen en la actualidad por lo menos cuatro aspectos centrales para la comprensión de la orientación sexual. El sexo hace referencia a las características biológicas de las personas que permiten agruparlas. El género hace referencia a las conductas, experiencias, expectativas y reglas socio-culturales y psicológicas asociadas al sexo. La identidad de género alude a la profunda experiencia de género que vive cada uno y que puede o no corresponderse con la expectativa social relativa a un sexo determinado. La orientación sexual refiere a la atracción sexual y romántica hacia una persona en función de su sexo o género.
4. En función del sexo, de la identidad de género y de la orientación sexual, existen diversas clasificaciones y variaciones en la experiencia humana. Por ejemplo, en función de su orientación sexual, las personas pueden ser homosexuales, heterosexuales, bisexuales, pansexuales, etcétera. Tales variaciones son normales y no representan un problema para la funcionalidad del ser humano en sí mismas.
5. Pese a que la diversidad de la sexualidad humana es normal y no representa problemas, existe una cultura de discriminación generalizada en la sociedad contemporánea por la que se afectan los derechos y las expectativas legítimas de vida de las personas por el solo hecho de no ajustarse a la orientación sexual exigida por la sociedad. Se trata de la discriminación por orientación sexual.
6. La discriminación por orientación sexual se puede manifestar de diversas formas; entre ellas se ha identificado la violencia que puede provenir del propio Estado y sus le-

yes, así como de los privados que causan daños al cuerpo, la salud y la mente de las personas no-heterosexuales. El mundo actual está avanzando hacia la prohibición de este tipo de discriminación.

7. Se ha identificado también la falta de reconocimiento de las familias de parejas homosexuales. Las leyes no reconocen ni protegen las uniones duraderas de este tipo de parejas; tampoco las relaciones de padres homosexuales con sus hijos. En los últimos años se ha iniciado un avance en el reconocimiento del derecho a las uniones civiles, al matrimonio y a la filiación.
8. Además, la orientación sexual no-heterosexual da lugar también a discriminación en el ingreso al trabajo y durante su desarrollo. Las personas percibidas como no-heterosexuales tienen mayores dificultades para obtener un trabajo, para mantenerlo o para percibir mejoras.
9. La discriminación arraigada en la sociedad se manifiesta también en la escuela. En el microsistema de la escuela existe una prevalencia del acoso escolar homofóbico contra los niños no-heterosexuales o que son percibidos como tales. Estos sufren diversos daños psíquicos que afectan su desempeño académico.
10. En el macrosistema de la sociedad, la escuela y el currículo educativo constituyen un factor de producción y reproducción de la discriminación arraigada en la cultura. Diversos estudios han analizado cómo las instituciones políticas, económicas y culturales se reflejan en la construcción del currículo y permiten que estas sean aprehendidas e internalizadas por los niños. En el caso de la discriminación, el currículo refleja las normas y creencias de la propia sociedad en la que prevalece la discriminación.
11. Así, se ha señalado que el currículo puede coadyuvar a producir y a reproducir la discriminación de dos formas: mediante la desinformación, al transmitir información errónea sobre la homosexualidad, tal como la asociación

con enfermedades, con inmoralidad y con infelicidad; o a través del silencio, al eliminar a la homosexualidad del discurso oficial de lo bueno y normal. Los niños reciben el mensaje de que toda vida no-heterosexual es enferma, mala e infeliz.

12. La reproducción de la cultura a través del currículo, no obstante, representa también una oportunidad de cambio. Existen diversas estrategias que atacan los respectivos factores que contribuyen a la prevalencia de la discriminación en la escuela. Entre las experiencias positivas y con resultados mensurables se encuentran los clubes escolares conformados por niños heterosexuales y no-heterosexuales, la capacitación de maestros para su involucramiento en la erradicación de la discriminación por orientación sexual, las políticas escolares y el currículo escolar.
13. El currículo escolar inclusivo incorpora contenido sobre diversidad sexual en las diferentes materias escolares. Así, se educa para la comprensión de la orientación sexual y el rechazo a la discriminación no solo en Educación Cívica o Educación Sexual. Se incorpora también este contenido en Matemática, Literatura, Historia y Ciencias. Ello permite normalizar la existencia de personas homosexuales y bisexuales como ciudadanos normales, funcionales y saludables, y así se posibilita que los niños no-heterosexuales adquieran representaciones positivas de sus aspiraciones a futuro. Las investigaciones empíricas actuales en el marco de la teoría de la educación multicultural validan estas afirmaciones.
14. El Currículo Nacional para la Educación Básica aprobado en 2016 y modificado en 2017 representa el primer hito en el reconocimiento de la diversidad sexual en la educación básica. El conocimiento y la valoración de la identidad sexual se ha incorporado como una capacidad específica que debe ser adquirida en los últimos años de educación secundaria en el área de Desarrollo Personal, Ciudadanía y

Cívica; al igual que el rechazo de toda forma de discriminación.

15. Si bien este currículo nacional representa un avance en la erradicación de la discriminación en y desde la escuela, aún no puede considerarse un punto de llegada. El aprendizaje sobre la orientación e identidad sexual está restringido a los últimos años de educación secundaria y a una sola de las áreas curriculares. Tal como el currículo inclusivo propone, es posible incorporar contenido sobre diversidad sexual en todas las etapas de aprendizaje y en diversas áreas curriculares. Esto debe lograrse a través de un proceso progresivo y estudiado en función de las posibilidades fácticas que permitan implementar el currículo en la realidad.

Capítulo 3

El derecho a un currículo inclusivo para las personas LGB

Este capítulo contiene el argumento central de este trabajo. Primero se examinó cómo elaborar un discurso jurídico sobre derechos fundamentales con base en la Constitución Peruana y se identificaron las premisas generales derivadas de los principios del derecho a la igualdad y el derecho a la educación. Segundo, se repasó la situación de discriminación homofóbica que vive la sociedad actual y cómo la educación, y en particular el currículo educativo, pueden convertirse en factores de cambio en la vida de muchas personas. En esta tercera parte, nuestro trabajo examina el problema central: si a partir de las premisas generales de la Constitución tratadas en el capítulo 1, puede justificarse jurídicamente la existencia de un mandato del Estado para elaborar e implementar un currículo educativo nacional que incluya contenido sobre diversidad sexual y erradicación de la discriminación por orientación sexual, tal como fue descrita en el capítulo 2.

Para ello, en el acápite 3.1 se analizan los mandatos específicos que el derecho a la educación y el derecho a la igualdad exigen del currículo educativo. Con ese fin, se recapitula el análisis de la estructura del currículo nacional vigente y se identifican los mandatos expresos de la Constitución que lo regulan.

En el acápite 3.2 se reflexiona sobre las premisas del derecho a la igualdad de dignidad, trato y respeto para demostrar que dicho principio exige la elaboración e implementación de un currículo inclusivo. Se parte de un primer análisis de discriminación sin el requerimiento de la prueba de un parámetro de comparación, en la medida en que la orientación sexual es, demostradamente, un motivo prohibido de discriminación histórica. En ese sentido, para erradicar la discriminación por

orientación sexual en y desde la escuela resulta necesaria la implementación de un currículo inclusivo. Sin perjuicio de ello, se demuestra a continuación que resulta posible también probar un caso de discriminación indirecta por ausencia de un currículo inclusivo.

Las premisas del derecho a la educación son tratadas en el acápite 3.3, para demostrar que dicho principio exige también la elaboración e implementación de un currículo inclusivo. Para ello se analiza el currículo desde el principio de desarrollo de la autonomía desde la educación, vinculado al principio de aceptabilidad y adaptabilidad. Luego, se analiza el currículo inclusivo desde el mandato de formación cívica y en derechos humanos incluido expresamente en la Constitución.

Finalmente, en el acápite 3.4 se verifica, a partir del argumento de ponderación, si los principios que colisionan con el principio de igualdad y el derecho a la educación justifican su limitación. En particular, se analiza la autonomía de los padres para dirigir la educación de sus hijos y, luego, la autonomía legislativa y administrativa del Estado democrático.

3.1. El Currículo Educativo Nacional en el marco del derecho a la educación y el derecho a la igualdad

En este acápite se analizan los mandatos específicos que el derecho a la educación y el derecho a la igualdad exigen del currículo educativo. Para ello, se recapitula el análisis de la estructura del currículo nacional vigente y se identifican los mandatos expresos de la Constitución que lo regulan.

En capítulos previos se ha concluido que, en la teoría de la educación, el currículo educativo es la organización de las materias que se van a dictar en la escuela, así como la metodología de enseñanza y el método de evaluación.²⁶ En esa línea,

²⁶ *Vid supra* § 2, 2.3, 2.3.3.

el Reglamento Nacional de Educación señala que «[El Currículo Educativo Nacional] contiene los aprendizajes que deben lograr los estudiantes al concluir cada nivel y modalidad, mostrando su progresión a lo largo de toda la escolaridad, así como la forma de evaluarlos a nivel de proceso y resultados. Incluye un conjunto de competencias nacionales priorizadas que constituyen el marco curricular nacional que serán monitoreadas y evaluadas periódicamente por el Ministerio de Educación».

El currículo nacional es la pieza fundamental del proceso educativo del país. Es el documento que regula de forma específica qué es lo que se busca lograr con la educación y cómo lograrlo. Todas las políticas educativas deben orientarse a la consecución del perfil de egreso establecido en el currículo. Ahora bien: ello es posible en tanto el currículo educativo se adecúe y concrete los principios constitucionales que rigen todo el proceso educativo.²⁷

Según se ha sustentado *supra*, el derecho a la educación se justifica en la igual dignidad de los seres humanos. Este principio requiere que todas las personas se encuentren en la posibilidad de ser responsables de su propia vida y que no sean las circunstancias fortuitas de nacimiento las que determinen el destino de sus vidas, sino sus propias decisiones. Esto requiere que se eduque a los niños para que se desarrollen como adultos capaces de reflexionar y elegir los valores que les permitan buscar una buena vida y de sostenerse en la sociedad contemporánea.²⁸

La educación, además, permite lograr el respeto por los derechos humanos, en la medida en que las personas podrán conocer qué son y por qué es importante respetarlos. La consecuencia de ello es un convencimiento racional, probablemente llevado a la práctica, de la igualdad de dignidad, trato y respeto de todas las personas en la sociedad.

27 *Vid supra* § 2, 2.4, 2.4.4.

28 *Vid supra* § 2, 2.3, 2.3.2.

El derecho a la educación se justifica y se orienta para alcanzar los fines señalados. De lo contrario, carecería de sustento. Por su parte, al ser la pieza fundamental del proceso educativo, el currículo debe estar orientado a alcanzar los principios que justifican la educación. Precisamente, la Constitución peruana regula en ese sentido el currículo nacional:²⁹

1. El artículo 13 de la Constitución señala: «La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana». Desde una interpretación teleológica siguiendo la lógica expuesta, dicha disposición debe entenderse como la transformación de los niños en adultos autónomos capaces de hacerse responsables de su propio destino.
2. En la misma línea, el artículo 14 se inicia indicando: «La educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte». Los conocimientos que señala esta disposición constitucional deben llevar a los niños a convertirse más tarde en adultos capaces de reflexionar sobre qué valores son aquellos adecuados para guiar su vida en el mundo contemporáneo. Asimismo, la educación física y el deporte están vinculados al derecho a la salud y son herramientas importantes para que las personas sepan cómo cuidar su cuerpo.
3. Como señalamos también, la autonomía tiene como presupuesto la posibilidad de que las personas puedan solventar su propia vida generando recursos económicos. En ese sentido, la educación debe brindar los conocimientos para que los niños se conviertan en adultos que puedan desenvolverse en la vida económica de su sociedad. El artículo 14 señala en ese sentido que la educación «Prepara para la vida y el trabajo».
4. La educación contribuye al respeto de los derechos fundamentales de todos en pro de la igualdad de dignidad, trato

29 *Vid supra* § 2, 2.4, 2.4.4.

- y respeto de las personas en la sociedad. En ese sentido, el artículo 14 señala: «La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar».
5. En la medida en que en el proceso educativo se interrelacionan diversas personas entre sí y con el Estado, es vital que se asegure el respeto de los derechos fundamentales de todos durante el proceso educativo. En esa línea, el artículo 14 indica también que «La enseñanza se imparte, en todos sus niveles, con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa». El contenido del currículo educativo debe estar diseñado para el respeto de los derechos y las normas constitucionales.
 6. El derecho a la igualdad de dignidad, trato y respeto debe tener una preponderancia especial en el proceso educativo. Los estándares de disponibilidad y accesibilidad de la educación se orientan a proteger la igualdad en el acceso a la educación. Los estándares de adaptabilidad y aceptabilidad tienen como propósito proteger la igualdad durante la provisión del servicio educativo y como finalidad que se ha de alcanzar desde el contenido educativo.

Como se demuestra a continuación, el principio de igualdad de dignidad, trato y respeto, así como los principios que regulan el derecho a la educación, exigen que el Estado implemente un currículo inclusivo en las escuelas.

3.2. El currículo inclusivo es un requerimiento del derecho a la igualdad en dignidad, trato y respeto

En este acápite se discute sobre las premisas del derecho a la igualdad de dignidad, trato y respeto demostradas en el primer capítulo para concluir que dicho principio exige la elaboración e implementación de un currículo inclusivo. Se parte de un

primer análisis (3.2.1) de discriminación sin el requerimiento de la prueba de un parámetro de comparación, en la medida en que la orientación sexual es, demostradamente, un motivo prohibido de discriminación histórica. En ese sentido, para erradicar la discriminación por orientación sexual en y desde la escuela resulta necesario, pero por supuesto no suficiente, la implementación de un currículo inclusivo. Sin perjuicio de ello, en la sección 3.2.2 se demuestra que resulta posible también probar un caso de discriminación indirecta por ausencia de un currículo inclusivo.

3.2.1. La ausencia de un currículo inclusivo es un trato desfavorable discriminatorio para la dignidad de los niños LGB

En esta sección se justifica por qué la ausencia de un currículo inclusivo es un trato desfavorable o negativo que constituye un caso de discriminación por orientación sexual contra los niños LGB. Esta afirmación se basa en la interpretación de la interdicción de discriminación como ausencia de una acción positiva para mejorar la situación de los grupos históricamente marginados y constitucionalmente protegidos. Asimismo, según ya se ha demostrado, la implementación de un currículo inclusivo es necesario para mejorar la situación de grupos marginados, lo cual ha sido recogido en instrumentos internacionales. Por supuesto, no es una medida suficiente para lograr la erradicación de la discriminación, pero sí necesaria en tanto el currículo es la columna vertebral que organiza todo el proceso educativo. En ese sentido, si la orientación sexual es una categoría constitucionalmente protegida frente a la discriminación, la omisión de dicha necesaria e indispensable acción positiva del Estado califica como un trato discriminatorio.

Tal como ha sido demostrado en acápite previos, el análisis del derecho a la igualdad no siempre requiere del estableci-

miento de un parámetro de comparación y la demostración de un trato menos beneficioso. El reconocimiento de que existen grupos o categorías de personas históricamente marginadas requiere que el Estado y los privados desarrollen actividades positivas y otorguen beneficios a estos grupos de personas para efectos de mejorar sus condiciones y lograr una efectiva igualdad de dignidad.³⁰

La intención del constituyente fue que el principio de igualdad recogido en el artículo 2.2 de la Constitución únicamente incluyera la igualdad en un sentido formal. Sin embargo, la cláusula abierta de derechos fundamentales en el artículo 3, así como la interpretación evolutiva de las disposiciones de este artículo, permiten adscribir a la Constitución el principio de igualdad material.³¹

El Tribunal Constitucional peruano ha seguido la misma línea de decisión en los casos de cadetes embarazadas al indicar que el solo trato negativo es manifestación «de discriminación directa porque excluyen [esos casos] la posibilidad de justificar, objetivamente, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida» (Expediente N° 05652-2007-PA/TC; Expediente N° 1423-2013-PA/TC). El TC fundó esta consideración en «la necesidad de terminar con la histórica situación de inferioridad de la mujer» y por el objeto de «asegurar la igualdad real de la mujer» (Expediente N° 1423 -2013 -PA/TC).

El Tribunal Constitucional ha reconocido también la necesidad de generar condiciones que posibiliten la igualdad de dignidad de las personas discapacitadas mediante los ajustes razonables de la infraestructura en su jurisprudencia (Expediente N° 0606-2004-AA/TC, ¶ 11; Expediente N° 0048-2004-PI/TC, ¶¶ 63). Esta decisión sigue la jurisprudencia internacional de derechos humanos cuyos derechos reconocidos pasan a formar parte del derecho nacional por obra del artículo 3 de la

30 *Vid supra* § 1, 1.1, 1.1.5.

31 *Vid supra* § 1, 1.2.

Constitución (*Gemma Beasley v. Australia*, 2016, ¶¶ 8.2 *et seq*; *Liliane Gröninger v. Alemania*, 2014, ¶ 6.2).

La constatación de un trato desfavorable a una persona dentro de una categoría protegida da lugar a un requerimiento de protección. Este último deriva de la necesidad de traer igualdad real en la sociedad para el grupo de personas históricamente marginado. En este tipo de casos, en los que no es posible establecer un parámetro de comparación y existe un trato desfavorable para un grupo de personas protegidas, cabe prescindir del requisito del parámetro de comparación para establecer un caso de discriminación.

Precisamente, se ha demostrado que, en todo el mundo, las personas no-heterosexuales, o percibidas como tales, han sido históricamente sometidas a vejaciones y obstrucciones en su libertad y dignidad sin razón o justificación objetiva y racional alguna. Este grupo ha sufrido y sufre de violencia proveniente de las leyes, de las autoridades y de los ciudadanos; no puede gozar de los mismos reconocimientos y protecciones legales que sus pares heterosexuales ni de las mismas oportunidades económicas y laborales. Ello tiene por efecto problemas y trastornos psicológicos, daños físicos y menos oportunidades de desarrollo profesional e ingresos económicos.³²

Se ha demostrado también que las personas no-heterosexuales deben recibir el mismo trato y respeto que las personas heterosexuales, en tanto comparten la misma dignidad de seres humanos. La homosexualidad, la bisexualidad y los diversos espectros de la orientación sexual son manifestaciones normales de la sexualidad humana. Estas no involucran diferencias morales, racionales o de cualquier tipo de desenvolvimiento social derivadas del solo hecho de no ser heterosexuales. No existe ninguna justificación racional para negar la igual dignidad y trato para las personas homosexuales y de sexualidad disidente.³³

32 *Vid supra* § 2, 2.2, 2.2.4.

33 *Vid supra* § 2, 2.1.

Las personas con orientación sexual no-normativa, entonces, son un grupo o categoría protegida que merece acciones positivas por parte del Estado, con el fin de superar la marginación histórica a la que han sido sometidas en todo el mundo. En particular, la escuela es un espacio donde se produce y se reproduce la discriminación. El Tribunal Constitucional peruano ha señalado en *obiter dictum* que la orientación sexual es un motivo prohibido de discriminación (Expediente N° 05652-2007-PA/TC, ¶ 37), y la jurisprudencia internacional (*Toonen v. Australia*, 1994, ¶ 8.7; *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, 1999, ¶ 36; *E.B. v. Francia*, 2008, ¶¶ 91 *et seq*) permite que por medio de la cláusula abierta de derechos fundamentales en el artículo 3 y la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución se incorpore dicha normativa al derecho peruano.

Previamente se ha demostrado además que existe discriminación por orientación sexual en la escuela en dos niveles. Desde un nivel micro, los niños con orientación sexual disidente o que son percibidos como tales se ven expuestos a violencia física y psicológica de sus pares, de los profesores y de la institución, lo cual causa estragos en su salud mental y en su desarrollo. Desde un nivel macro, la escuela es uno de los principales espacios de socialización y aprendizaje de las personas y, por tanto, de la sociedad. La escuela reproduce las reglas de la sociedad, sean estas buenas o malas.³⁴

Según se demostró también, el Currículo Educativo Nacional es una pieza fundamental del proceso educativo. Establece los principios básicos de qué se enseña, cómo se enseña y cuándo se enseña. Puede ser discriminatorio en los casos en que desinforma a los pupilos con respecto a la orientación sexual y reproduce los prejuicios de la sociedad. Puedo serlo también en los casos en que guarda silencio y omite mencionar la diversidad de orientación sexual. Ambos casos causan problemas de dos tipos. Por un lado, no permiten que los niños LGBT+ se

34 *Vid supra* § 2, 2.3.

identifiquen con las materias que aprenden y que logren una experiencia de aprendizaje de calidad. Por otro lado, se perpetúa el prejuicio contra las personas LGB+, convirtiendo al currículo en uno de los factores que permite o causa la discriminación en la escuela y en la sociedad en general.³⁵

El currículo inclusivo, que incorpora contenidos y representaciones positivas de la diversidad sexual de forma transversal en todas las materias, se convierte en una medida necesaria para solucionar el problema de la marginación de los niños LGB+ en y desde la escuela. Según se ha demostrado, el currículo inclusivo tiene comprobadamente resultados positivos en la mejora del clima escolar, en la reducción del acoso homofóbico y en el desempeño académico de los niños LGB+.³⁶ El clima escolar es sustancialmente mejor, los niños LGB+ se sienten más valorados, hay menos abstencionismo escolar y el acoso escolar es menor frente a escuelas que no incorporaron un currículo inclusivo. Los niños tienen mejores notas y aspiran más a perseguir una carrera profesional luego de la escuela (Kosciw et al., 2016, pp. 66-71; Palmer et al., 2017, p. 67; Biegel & James Kuehl, 2010, fn. 55; Poteat, 2017, p. 23; McGarry, 2013; Sadowski, 2016, pp. 21-38). En América Latina, si bien son pocos los países que incluyen en su política nacional una educación con temática sobre orientación sexual, existe una tendencia hacia la incorporación de este tipo de contenidos en los lineamientos curriculares nacionales (Entenza, 2014, pp. 23-24).

Por supuesto, según se ha reseñado, el currículo educativo inclusivo no es la única medida que debe implementarse,³⁷ pero, al ser la pieza organizativa fundamental del proceso educativo, es el primer paso. Entonces, resulta una medida positiva que el Estado debe implementar necesariamente para empezar la mejora de la situación de los niños LGB.

35 *Vid supra* § 2, 2.3, 2.3.3.

36 *Vid supra* § 2, 2.4, 2.4.2.

37 *Vid supra* § 2, 2.4, 2.4.1.

Precisamente, en el caso de la discriminación de la mujer, caso idéntico al de la discriminación por orientación sexual para estos efectos, se ha reconocido internacionalmente que la desinformación, la falta de educación y los prejuicios son factores fundamentales en la perpetuación de la marginación. Por ello, se ha planteado que los Estados deben generar cambios en el Currículo Educativo Nacional con el objeto de educar a las personas en contra de la discriminación contra la mujer, entre otras medidas desde la educación. Este principio ha sido recogido en el artículo 10 de la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, según se puede apreciar a continuación:

Artículo 10.-

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- a) Las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las instituciones de enseñanza de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas; esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica y profesional, incluida la educación técnica superior, así como en todos los tipos de capacitación profesional;
- b) Acceso a los mismos programas de estudios y los mismos exámenes, personal docente del mismo nivel profesional y locales y equipos escolares de la misma calidad;
- c) *La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante*

la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos en enseñanza.

- d) Las mismas oportunidades para la obtención de becas y otras subvenciones para cursar estudios;
- e) Las mismas oportunidades de acceso a los programas de educación complementaria, incluidos los programas de alfabetización funcional y de adultos, con miras en particular a reducir lo antes posible la diferencia de conocimientos existentes entre el hombre y la mujer;
- f) La reducción de la tasa de abandono femenino de los estudios y la organización de programas para aquellas jóvenes y mujeres que hayan dejado los estudios prematuramente;
- g) Las mismas oportunidades para participar activamente en el deporte y la educación física;
- h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia. (Cursivas agregadas)

En el ámbito internacional, otro caso relacionado es el reconocimiento del rol del currículo en la discriminación étnica. En el genocidio de Ruanda se ha imputado la discriminación en la instrucción escolar y la difusión de prejuicios étnicos como una de las causas que llevó al conflicto y al exterminio de cerca del 75 % de la población tutsi por parte del gobierno hutu (Beiter, 2006, p. 493).

En ese sentido, al estar la discriminación contra las personas LGB basada en el prejuicio y el disgusto irracional, y al ser una categoría protegida, al igual que la mujer, resulta necesario aplicar este mismo principio para lograr la igualdad de dignidad también en el caso de las personas cuya orientación sexual ha sido históricamente marginada. De esta manera, la escuela se puede convertir en un foco de erradicación de la discriminación, a nivel micro y a nivel macro.

En esa línea, diversos organismos y autoridades internacionales han reconocido la necesidad de educar a los niños en

contra de los prejuicios contra las personas LGB+ para erradicar la discriminación de las escuelas y de la sociedad. En 2015, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos señaló: «[l]imitar o dificultar la divulgación de información sobre la sexualidad o emplear materiales que contengan estereotipos y prejuicios puede contribuir a la violencia y exponer a los jóvenes LGBT a riesgos para la salud. Una educación sexual integral forma parte del derecho a la educación y puede ser una herramienta para combatir la discriminación» (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2015, ¶ 57). En ese mismo sentido, el relator de la ONU sobre el derecho a la educación ha indicado: «[l]a educación sexual es una herramienta fundamental para acabar con la discriminación contra quienes viven una sexualidad diversa», lo cual está amparado en el principio de «integralidad» del derecho a la educación (Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, 2010, ¶ 23). Igualmente, a nivel regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que «[u]na de las medidas clave que los Estados deben implementar es la incorporación de una educación sexual comprensiva en el programa escolar, que incluya una perspectiva de diversidad corporal, sexual y de género» (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p. 248). En los Estados Unidos, la erradicación de la discriminación desde la escuela ha venido cobrando importancia desde la década de 1960 (Snapp & Russell, 2017, p. 146).

El relator de la ONU sobre el derecho a la educación ha destacado asimismo la corrección del principio 16 de los Principios de Yogyakarta (Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, 2010, ¶ 23), según el cual «[e]veryone has the right to education, without discrimination on the basis of, and taking into account, their sexual orientation and gender identity». El Principio 16 recoge los siguientes deberes de los Estados que derivan de las normas internacionales de protección a los derechos humanos:

A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar el acceso a la educación en igualdad de condiciones y el trato igualitario de estudiantes, personal y docentes dentro del sistema educativo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;

B. Garantizarán que la educación esté encaminada al desarrollo de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física de cada estudiante hasta el máximo de sus posibilidades y que responda a las necesidades de estudiantes de todas las orientaciones sexuales e identidades de género;

C. Velarán por que la educación esté encaminada a inculcar respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como el respeto a la madre, el padre y familiares de cada niña y niño, a su propia identidad cultural, su idioma y sus valores, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia e igualdad entre los sexos, teniendo en cuenta y respetando las diversas orientaciones sexuales e identidades de género;

D. Asegurarán que los métodos, currículos y recursos educativos sirvan para aumentar la comprensión y el respeto de, entre otras, la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género, incluyendo las necesidades particulares de las y los estudiantes y de sus madres, padres y familiares relacionadas con ellas;

E. Velarán por que las leyes y políticas brinden a estudiantes, al personal y a docentes de las diferentes orientaciones sexuales e identidades de género una adecuada protección contra todas las formas de exclusión social y violencia, incluyendo el acoso y el hostigamiento, dentro del ambiente escolar;

F. Garantizarán que a estudiantes que sufran dicha exclusión o violencia no se les margine o segregue por razones de protección y que sus intereses superiores sean identificados y respetados en una manera participativa;

G. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana, sin discriminación ni castigos basados en la orientación sexual, la identidad de género de las y los estudiantes, o su expresión;

H. Velarán por que todas las personas tengan acceso a oportunidades y recursos para un aprendizaje perdurable sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, incluyendo a personas adultas que ya han sufrido dichas formas de discriminación en el sistema educativo. [Cursivas agregadas] (International Commission of Jurists, 2007)

En el mismo sentido, el programa Educación para Todos de Naciones Unidas ha reconocido la necesidad de implementar un currículo nacional inclusivo, basado en la teoría de la educación multicultural para satisfacer el derecho a la igualdad en la educación (UNESCO, 2014).

Si bien en el Perú no existe casuística respecto a discriminación en el currículo, sí se cuenta con cierta experiencia extranjera sobre el particular, según ya se ha reseñado *supra*. El Comité de Ministros de Europa encontró que los textos escolares de Croacia tenían contenido discriminatorio contra los homosexuales al asociarlos ineludiblemente con el sida, por su promiscuidad y el abuso de drogas. El Comité indicó lo siguiente:

Estas afirmaciones estigmatizan a los homosexuales y están basadas en estereotipos negativos y degradantes respecto al comportamiento sexual de todos los homosexuales. A pesar de que el Gobierno sostiene que todo el currículo se enseña en cumplimiento de la ley doméstica así como de los estándares internacionales, no disputa la existencia de las aseveraciones indicadas. El Comité sostiene

que dichas afirmaciones atacan la dignidad humana y no tienen lugar en la educación para la salud sexual y reproductiva: como tales, su inclusión en materiales educativos estándares constituye una violación del artículo 11§2 a la luz de la cláusula de no-discriminación en el Preámbulo de la Carta.

En efecto, las autoridades croatas han incumplido con su obligación positiva de asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud mediante la educación para la salud sexual y reproductiva sin discriminación que no perpetúe o refuerce la exclusión social o la denegación de dignidad humana. [...]. (*Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) v. Croatia*, 2009)³⁸

En síntesis, no quedan dudas de que se trata de un requerimiento del principio de igualdad de dignidad, trato y respeto que el Estado elabore y apruebe un currículo inclusivo que permita erradicar la discriminación de las personas LGB y generar condiciones de igualdad para una categoría de personas históricamente marginada. La Constitución exige que el Estado implemente medidas positivas para erradicar los tratos negati-

38 Traducción libre de: «These statements stigmatise homosexuals and are based upon negative and degrading stereotypes about the sexual behaviour of all homosexuals. Although the government maintains that all curricula are taught in compliance with domestic law as well as international standards, it does not dispute the existence of the above-mentioned statements. The Committee holds that such statements serve to attack human dignity and have no place in sexual and reproductive health education: as such, their inclusion in standard educational materials constitutes a violation of Article 11§2 in the light of the non-discrimination clause of the Preamble to the Charter.

In effect, by officially approving or allowing the use of the textbooks that contain these anti-homosexual statements, the Croatian authorities have failed in their positive obligation to ensure the effective exercise of the right to protection of health by means of non-discriminatory sexual and reproductive health education which does not perpetuate or reinforce social exclusion and the denial of human dignity. [...]».

vos y la marginación histórica de grupos bajo categorías constitucionalmente protegidas. La marginación de las personas LGB se manifiesta de forma especialmente grave en las escuelas y desde el currículo. En ese sentido, el Estado tiene el mandato de implementar un currículo educativo como acción necesaria para erradicar la discriminación.

3.2.2. El currículo que no incluye, o incluye mal, contenidos educativos sobre diversidad sexual y no discriminación por orientación sexual significaría discriminación indirecta entre niños heterosexuales y niños no-heterosexuales

Sin perjuicio de lo señalado, incluso bajo un *test* relacional clásico, es posible demostrar que la ausencia de un currículo inclusivo en la educación básica es un caso de discriminación indirecta. Según se ha demostrado, este *test* requiere identificar (i) un parámetro de comparación grupal, (ii) un trato igualitario y (iii) una particular desventaja; todo ello sin justificación objetiva y razonable bajo un criterio de proporcionalidad.

Primero, el parámetro de comparación de los niños LGB son los niños heterosexuales. De cara al currículo educativo, ambos grupos se componen de pupilos que requieren ser educados para su próximo desarrollo como adultos autónomos en un marco de respeto a sus derechos fundamentales. Ambas son situaciones análogas frente a la finalidad de la medida bajo análisis (*Cámara Peruana de la Construcción*. Expediente N° 0261-2003-AA/TC, ¶ 3.2; *Weller v. Hungría*, 2009, ¶ 27).

Segundo, el Currículo Educativo Nacional en el Perú es de aplicación obligatoria en todas las escuelas, sin perjuicio del margen de maniobrabilidad de cada institución o Dirección Regional de Educación. No cabe duda de que se trata de una medida administrativa neutra o igualitaria que trata a ambos grupos de niños por igual.

Tercero, en este caso, el currículo que no incluye o incluye mala información relativa a la diversidad sexual significa una particular desventaja para los niños no-heterosexuales frente a los niños heterosexuales. Según explicamos previamente, el Tribunal Constitucional no ha requerido la demostración de estadística o data dura que compare las situaciones de ambos grupos, sino que se debe constatar *in abstracto* el riesgo del impacto negativo en el grupo afectado (Fredman, 2011, pp. 186-188; Expediente 05652-2007-PA/TC, ¶ 54). Este criterio se justifica en la facilidad probatoria para las víctimas y la ausencia de data en el Perú. Sin perjuicio de ello, en el caso de la discriminación por el currículo, el impacto negativo del grupo afectado frente al parámetro de comparación se encuentra científicamente documentado según se ha expuesto *supra*.³⁹ Entonces, el currículo tradicional causa una particular desventaja contra los niños LGB por dos motivos:

1. Por un lado, el currículo por sí mismo trata de forma diferenciada a los niños no-heterosexuales frente a los heterosexuales. Los niños no adquieren contenidos relevantes para el desarrollo de su propia identidad, en tanto que la información sobre la sexualidad, la familia y los derechos de los heterosexuales falla en atender las necesidades de información de los niños no-heterosexuales. Estos últimos necesitan información sobre su propia sexualidad, sobre el tipo de familia que van a conformar y sobre sus propios derechos.
2. Por otro lado, el currículo causa un trato diferenciado a los niños no-heterosexuales respecto de los heterosexuales. El currículo es uno de los factores del comportamiento en la escuela. Luego, el currículo que omite información correcta y adecuada a la sexualidad de todos los niños se convierte en uno de los factores del acoso escolar homofóbico. En los siguientes párrafos explicamos estas dos razones.

³⁹ *Vid supra* §§ 2, 2.3, 2.3.3.

En relación con el punto (1), según se ha demostrado previamente, los niños no-heterosexuales requieren información relevante para el autoconocimiento de su propia identidad. Necesitan conocer qué involucra ser homosexual o bisexual y por qué es normal y está bien. Demandan conocer particularidades y riesgos derivados de su propia sexualidad. Requieren conocer qué tipo de familia van a formar en el futuro, cuáles son sus derechos y cuáles son sus obligaciones. Los niños no-heterosexuales necesitan saber que los derechos fundamentales los asisten, aprender a reconocerlos, justificarlos y acudir a las instancias correspondientes para defenderlos.⁴⁰

Debido a la omisión y a la desinformación, por el contrario, los niños no heterosexuales reciben mensajes continuos y sostenidos en el tiempo respecto a que una característica intrínseca a su personalidad es enferma, inmoral y negativa. Esto genera un profundo sentimiento de rechazo a sí mismo que está conectado a tendencias a la depresión, la ansiedad, la disminución del rendimiento escolar, el abuso de drogas e, incluso, el suicidio. Ambos procesos permiten la perpetuación del estigma y la marginalización de las personas que no se ajustan al patrón normativo de heterosexualidad.

En ese aspecto, los estudios de Kosciw revelan el impacto de la presencia o ausencia de un currículo inclusivo en la escuela (Kosciw et al., 2016, p. 65; Kosciw et al., 2014, pp. 66-71):

- El 40,4 % de los estudiantes educados con un currículo inclusivo se sintieron inseguros debido a su orientación sexual, comparado con el 62,6 % en otras escuelas.
- Hubo menos abstencionismo. En las escuelas con un currículo inclusivo hubo 18,6 % de abstención por sentirse inseguro o incómodo, frente al 35,6 % en otras escuelas.
- Los alumnos LGTB, además, tuvieron mejores logros académicos en las escuelas con un currículo inclusivo. Asimismo,

40 *Vid supra* § 2, 2.3, 2.3.3.

un mayor porcentaje manifestó la intención de continuar sus estudios luego de terminar la escuela.

Presentado de forma inversa, en la propuesta de currículo inclusivo es posible apreciar las principales manifestaciones que puede tomar el trato diferenciado desde un currículo tradicional:

- 1. Roles de género:** desde los primeros niveles de educación inicial y primaria los niños reciben formación sobre roles de género. Así, se identifican rápidamente mandatos y normas vinculadas al género. La heterosexualidad se convierte en la norma. Los niños aprenden que la única manifestación normal y buena de la orientación sexual es la heterosexual; no aprenden a reconocer su identidad ni su sexualidad sino, por el contrario, a ocultarla o reprimirla.
- 2. Paternidad y familia:** igualmente, los niños reciben únicamente imágenes de familias tradicionales desde la literatura infantil y las enseñanzas sobre la familia. Lo normal y lo bueno es que haya padre y madre. Este tipo de formación excluye la representación de una familia de padres homosexuales como normal. La homosexualidad queda en un espacio de marginalización. Los niños aprenden que nunca podrán formar una familia; que si lo hacen serán rechazados y ocultados por la sociedad.
- 3. Literatura:** la literatura tradicional ha representado el amor heterosexual y a personas heterosexuales. Este tratamiento excluye representaciones homosexuales, igualmente, relegándolas a un espacio marginal de lo anormal, lo inmoral o lo negativo; lo que debe ser ocultado y de lo que no se puede hablar.
- 4. Historia y Ciencias Sociales:** la profesora Meyer destaca cómo muchos eventos históricos tuvieron de protagonistas a personas LGBTQ, no obstante lo cual suelen ser excluidas del currículo. Por ejemplo, las víctimas gays y lesbianas del Holocausto nazi, o del movimiento por los derechos LGBT

que surgió a partir de los años 1980. En el caso peruano, particularmente, pocas veces se habla de las víctimas LGBT del terrorismo de Sendero Luminoso y el MRTA.

5. **Ciencias naturales:** tradicionalmente la orientación sexual no es tratada en clases de Psicología o Anatomía. En el mundo contemporáneo, según se ha demostrado en el primer capítulo, existe un gran avance en la comprensión de la diversidad sexual desde las ciencias naturales. El silencio contribuye al desconocimiento e ignorancia para personas heterosexuales y no-heterosexuales de la normalidad y naturalidad de la diversidad sexual.
6. **Educación sexual:** diversos autores han destacado cómo es usual que la única mención a la homosexualidad en la escuela sea en la clase sobre el sida y el VIH en Educación Sexual. Las lecciones sobre desarrollo sexual en la pubertad, atracción sexual, anticonceptivos y profilaxis sexual suelen orientarse estrictamente a las relaciones heterosexuales. Los niños con deseos homosexuales se ven privados de información esencial para cuidar de su salud y evitar situaciones de riesgo en la vida adulta.

Por supuesto, como se ha señalado previamente, el currículo no es el único medio desde donde se transmiten estos mensajes contra los niños LGB+.⁴¹ Sin embargo, al ser el marco general que organiza todo el proceso educativo, el cambio desde el currículo es el primer paso necesario para que no se produzca ni se reproduzca la discriminación en la escuela.

Analicemos el caso peruano. Si bien, como ya se ha señalado, el Currículo Educativo Nacional ha representado un primer avance en el reconocimiento de la diversidad sexual en el contenido que se imparte en la escuela, aún existe un trecho por recorrer. Gran parte del currículo nacional aún guarda silencio respecto a la orientación y la identidad sexual diversa.

41 *Vid supra* § 2.2.3.

En el área de Personal Social, una de las competencias por desarrollar es la construcción de la identidad. Para adquirir esta competencia se busca desarrollar la capacidad de vivir la sexualidad de forma plena y responsable, la cual incluye el reconocimiento de la identidad sexual del niño. Dentro de los niveles de aprendizaje esperados se indica el reconocimiento y respeto de la diversidad sexual (p. 35).

Si bien a nivel general se plantea como objetivos desarrollar el autoconocimiento de la identidad y orientación sexual propias, así como el respeto de la diversidad sexual del resto, ello no termina de traducirse de forma concreta y expresa dentro de los desempeños esperados por cada año del programa.

A pesar de que los niños de primaria usualmente no han entrado a la pubertad sino hasta los últimos años, desde los primeros años de primaria se pueden manifestar expresiones de género no-normativas. En la mayoría de los casos estas expresiones de género son motivo de acoso escolar homofóbico. Los programas curriculares fallan en reconocer y expresar de forma concreta la diversidad en las expresiones de género y las situaciones de acoso homofóbico.

Ello no ocurre, por ejemplo, en el tratamiento del reconocimiento y respeto entre hombres y mujeres. En segundo grado se espera que los niños expliquen «las diferencias y similitudes entre las niñas y los niños, señalando que todos pueden realizar las mismas actividades [...] y se relaciona de forma respetuosa con sus compañeros» (p. 36). Dicho desempeño se espera en los siguientes grados. En quinto se trata la violencia de género, indicándose que «rechaza cualquier manifestación de violencia de género (mensajes sexistas, lenguaje y trato ofensivo para la mujer, entre otros)» (p. 38).

Estos desempeños se repiten hasta tercero de secundaria (p. 36). Es solo en cuarto de secundaria cuando se indica expresamente que «Se relaciona con mujeres y varones con equidad y respeto rechazando toda forma de discriminación por identidad de género u orientación sexual» (p. 37).

La inclusión de estos desempeños demuestra que el área de Personal Social y, en particular, la competencia de vivir plenamente la sexualidad, se encuentra en la posibilidad de incluir temática sobre diversidad sexual. Ello tanto en el reconocimiento de las diversas expresiones de género que se producen en la infancia como en el reconocimiento de la identidad sexual que se produce a partir de la pubertad, y el respeto a dicha diversidad desde los primeros años de educación básica. El currículo falla y omite dicho contenido.

Esta situación se repite en la competencia convivir y participar democráticamente en la búsqueda del bien común. Como capacidad general por desarrollar se indica de forma correcta la de interactuar con todas las personas, lo que significa reconocer la dignidad igual de todas y la actuación frente a diversas formas de discriminación, entre las que se encuentra la de orientación sexual (p. 39).

Pese a ello, en el desarrollo del nivel destacado de estándar de aprendizaje, el currículo falla en reconocer la actuación frente la discriminación por orientación sexual. Dentro de los desempeños de todos los grados se menciona el manejo de conflictos, pero se omite cualquier mención al acoso homofóbico y otros tipos de discriminación por orientación sexual. Por ejemplo, en sexto de primaria se reconoce «la reflexión sobre conductas propias o de otros, en las que se evidencian los prejuicios y estereotipos más comunes de su entorno (de género, raciales, entre otros)» (p. 43). Lo mismo ocurre en secundaria. No se hace mención de la discriminación por orientación sexual (p. 41).

Pese a que este desempeño era preciso para el tratamiento de la discriminación por orientación sexual, ello fue omitido. No se dice nada de la discriminación por orientación sexual en una competencia clave para su erradicación (pp. 41 *et seq.*).

En el caso de la competencia de construcción de interpretaciones históricas, se falla igualmente al omitir la existencia de minorías sexuales, sea como grupos protagonistas de episodios

históricos o al reconocer la orientación sexual de personajes relevantes. El espacio se encuentra dispuesto para ello en tanto que se reconoce, por ejemplo, en sexto grado, la participación de hombres y mujeres en la explicación de hechos y procesos históricos peruanos de los siglos XIX y XX (p. 48).

En el área de Educación Física se busca desarrollar la competencia de interactuar a través de sus habilidades psicomotrices. Uno de los desempeños del área y de la competencia señalada consiste en participar activamente en la comunidad a través del deporte y en evitar todo tipo de discriminación. Sin perjuicio de ello, el currículo omite la orientación sexual como una causal de discriminación o integración a través de habilidades psicomotrices (p. 76).

Existen igualmente otras áreas en las que hacen falta contenidos vinculados con la diversidad sexual. En Comunicación se podría incluir lecturas *queer* de los textos, relevando la orientación sexual de los autores e identificando contextos de discriminación en los textos (pp. 90 *et seq*). En el área de Matemática, en la competencia de gestión de datos e incertidumbre se podría incluir la problemática de la población LGBT (pp. 172 *et seq*). Lo mismo ocurre en el área de Ciencias, en la competencia relativa a la explicación del mundo físico basándose en conocimientos sobre los seres vivos, materia y energía, biodiversidad, tierra y universo; resulta posible incluir temática sobre diversidad sexual desde el punto de vista de las ciencias duras (pp. 184 *et seq*).

Como ha podido apreciarse, el currículo incluye en el área de Personal Social el reconocimiento y el rechazo a la discriminación por orientación o identidad sexual como parte de las capacidades generales que se han de desarrollar. Sin embargo, dicha competencia general falla en traducirse en aprendizajes esperados para cada grado de educación. El reconocimiento y la justificación del rechazo a la discriminación por orientación sexual solamente se incluyen en cuarto y quinto de secundaria para la competencia construcción de la identidad. Sin embargo,

no se incluye en otras competencias relevantes en las que se trata temática de discriminación.

Por otro lado, existen otras materias relevantes en las que se podrían incluir elementos relativos a la diversidad sexual, tales como Comunicación, Ciencias, Matemática e, incluso, Educación Física.

Como señalamos, el currículo peruano actual, desde una perspectiva histórica, es un avance en el reconocimiento de la educación para la diversidad de orientación sexual. Sin embargo, aún falla en traducirse en aprendizajes concretos. No puede calificarse todavía como un currículo inclusivo, pues omite o silencia la diversidad de orientación sexual, generando una desventaja particular para los niños no-heterosexuales para efectos del *test* de discriminación.

En relación con el punto (2), como se ha estudiado también en acápites previos, un currículo que omite o brinda información equivocada sobre la diversidad sexual se convierte en un factor que contribuye al acoso escolar homofóbico. Por supuesto, según se ha señalado, el currículo no es el único factor, ya que los maestros, la familia y las políticas de cada escuela juegan también un rol fundamental.⁴² Sin embargo, al ser el currículo el marco que organiza todo el proceso educativo estatal, nuestro trabajo se concentra en él como un primer paso en la erradicación de la discriminación.

Como ya se estableció, el acoso escolar homofóbico es un problema mundial (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2015, ¶ 56; UNESCO, 2013b, pp. 20-21). El acoso escolar homofóbico requiere un tratamiento especial, porque los «estudiantes cuya orientación sexual se percibe como diferente a la heterosexual, o cuya identidad de género difiere de su sexo biológico, son especialmente vulnerables» (UNESCO, 2013b, p. 16; UNESCO, 2015, p. 16). Este se expresa no solo como violencia verbal y psicológica, sino

42 *Vid supra* § 2, 2.3, 2.4.

también como violencia física (Poteat, 2017, pp. 15-16). En esa línea, los estudios apuntan a que el acoso escolar homofóbico tiene incidencias más graves que el acoso escolar por otros motivos. Por ejemplo, un estudio descubrió que las víctimas de acoso escolar homofóbico tenían 5,82 veces más probabilidades de tener ideas suicidas que los niños que no sufrían acoso; mientras que las víctimas de otro tipo de acoso escolar eran 2,86 más propensas a las ideas suicidas (Poteat, 2017, p. 29).

En un reciente estudio encargado por la UNESCO en escuelas del Perú, Guatemala y Chile, el doctor Cáceres reveló una mayor incidencia de acoso escolar en los niños y adolescentes no-heterosexuales en las escuelas peruanas objeto de estudio, pues un 68 % de sujetos que declararon pertenecer a dicha categoría reportó haber sido objeto de *bullying* en la escuela por parte de alguien, frente al 43 % de heterosexuales que reportaron lo mismo (Cáceres & Salazar, 2012, p. 16). La estadística se repite en un estudio nacional de PROMSEX en 2016, en el cual se reportó que el 70,1 % de estudiantes homosexuales y bisexuales se sintieron inseguros el año anterior en el colegio (PROMSEX, 2016, p. 23). En este mismo estudio, el 58,8 % de niños escuchó frecuentemente o siempre comentarios homofóbicos de otros alumnos, y el 79,1% los había escuchado de profesores o personal del colegio (PROMSEX, 2016, p. 27). El trabajo de Cáceres señaló, además, que «hay un reconocimiento claro por parte de los participantes de manera general, de que todo aquel que es gay, con certeza será víctima de *bullying*» (Cáceres & Salazar, 2012, p. 18).

El acoso escolar homofóbico tiene una serie de efectos negativos en los niños y adolescentes afectados, así como en el ambiente escolar en general. Diversos estudios han demostrado la incidencia de dicho problema en trastornos psicológicos como la depresión, la ansiedad generalizada, la inseguridad, el insomnio, el estrés postraumático, el abuso de drogas e, incluso, el suicidio. Además, el acoso escolar homofóbico perjudica el aprendizaje de las víctimas, reduce sus logros y su rendi-

miento académico, provoca ausentismo e, incluso, la deserción escolar temprana. Estos problemas se asocian con el estrés de minoría (*minority stress*), que es una constante también en las personas adultas con orientación sexual disidente (American Psychological Association, 2012, p. 22; 2015; UNESCO, 2013b, pp. 22-25; UNESCO, 2015, pp. 39-41; Poteat, 2017, pp. 27-30).

Diversos estudios en Norteamérica revelan que el currículo inclusivo mejoró estos problemas en las escuelas en las que se implementó. El clima escolar es sustancialmente mejor, los niños LGBT se sienten más valorados, hay menos abstencionismo escolar, mejor desempeño académico y el acoso escolar es menor frente a escuelas que no incorporaron un currículo inclusivo (Kosciw et al., 2016, p. 65; Kosciw et al., 2014, pp. 66-71; Palmer et al., 2017, p. 67; Biegel & James Kuehl, 2010, fn. 55; Poteat, 2017, p. 23; McGarry, 2013; Sadowski, 2016, pp. 21-38). Entonces, resulta claro que su ausencia es un factor que perpetúa las desventajas y la marginalización de los niños LGBT+ en la escuela. Se trata de una particular desventaja para efectos del *test* de discriminación indirecta.

Sobre este punto, los estudios de Kosciw revelan también el impacto de la presencia o ausencia de un currículo inclusivo en la escuela (Kosciw et al., 2016, p. 65; Kosciw et al., 2014, pp. 66-71):

- Los pupilos educados con un currículo inclusivo escucharon comentarios homofóbicos con menor frecuencia. El 49,7 % de los niños escuchó «gay» con connotación negativa, frente al 72,6 % en escuelas sin currículo inclusivo.
- Los pupilos educados con un currículo inclusivo escucharon menos comentarios negativos sobre la expresión de género y las personas transgénero. El 50,7 % de niños escuchó este tipo de comentarios, frente al 66,6 % en otras escuelas.
- Los estudiantes sufrieron menos violencia. Solo el 14,8 % de estudiantes sufrieron violencia por la orientación sexual, frente al 31,1 % en otras escuelas.

Por tanto, no caben dudas de que un currículo que no incluye o desinforma con respecto a la diversidad sexual causa una particular desventaja para los niños no-heterosexuales con respecto a sus pares heterosexuales. Al cumplirse todos los requisitos, se ha comprobado que se trata de un caso de discriminación indirecta.

3.3. El currículo inclusivo es necesario para cumplir los mandatos constitucionales requeridos por el derecho a la educación

En esta sección se reflexiona sobre las premisas del derecho a la educación para demostrar que dicho principio exige también la elaboración e implementación de un currículo inclusivo. Para ello se analiza, en el acápite 3.3.1., el currículo en el marco del principio de desarrollo de la autonomía desde la educación, vinculado al principio de aceptabilidad y adaptabilidad; y, en el acápite 3.3.2, el currículo inclusivo desde el mandato de formación en derechos humanos.

3.3.1. El currículo inclusivo es necesario para el desarrollo de los niños en adultos autónomos

Según se ha destacado previamente, el derecho a la educación como un todo está compuesto por un conjunto de normas constitucionales que regulan cómo debe el Estado proveer educación a los niños. Este derecho encuentra su justificación en la protección de la dignidad de las personas mediante el desarrollo de los niños como próximos adultos autónomos, en un marco de respeto a los derechos humanos y para la protección de un Estado plural. Se trata de la transmisión organizada de conocimientos para que, al crecer, los niños se transformen en adultos que pueden decidir sobre los valores que guíen su propia vida y desenvolverse satisfactoriamente

en la sociedad en la que viven, respetando los derechos humanos de los demás.⁴³

Al respecto, la Constitución dispone en su artículo 13: «La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana». En esa línea, el Tribunal define al «fin primario de la educación como la conquista de la libertad interior» (Expediente N° 0020-2012-P1/TC, ¶ 50). Este fin ha sido reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El artículo 13 señala que «la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad».

La formación de los niños para que puedan convertirse en adultos autónomos, asimismo, debe respetar los derechos humanos de los demás niños, en particular su identidad. El artículo 15 de la Constitución señala: «El educando tiene derecho a una formación que respete su identidad». Esta disposición se puede explicar desde la posición del liberalismo político, por el que se acepta que existen diferentes escalas de valores e identidades que deben ser aceptadas por un Estado plural, en tanto son posiciones tolerantes y razonables que permiten la convivencia pacífica con las demás personas. Es decir, el Estado no puede pretender convertir a las personas en *tabulas rasas*, sino que debe aceptar las identidades y las diferentes comunidades a las que pertenecen los ciudadanos en un marco de pluralismo con tolerancia.

Como se ha señalado, el establecimiento de un currículo inclusivo es fundamental para el desarrollo de los niños LGB como adultos autónomos que puedan hacerse responsables de sus propias vidas (Palmer, 2017, p. 67; Biegel & James Kuehl, 2010, fn. 55; Poteat, 2017, p. 23). Los estudios actuales demuestran que en las escuelas en las que se incorporó un currículo escolar inclusivo las percepciones positivas de las personas LGBT mejoraron. Los niños LGB aprendieron a reconocerse

43 Vid supra § 1.1.3, 1.3.3.

como miembros valiosos de la escuela y la sociedad. Al respecto, Kosciw señala: «incluir temática LGBT en el currículo en una manera positiva puede hacer que los alumnos LGBT se sientan miembros más valiosos de la comunidad escolar y puede también promover más sentimientos positivos sobre la problemática y las personas LGBT entre los pares, resultando así en un ambiente escolar más positivo» (Kosciw et al., 2014, 66-71)⁴⁴ (*vid* Palmer et al., 2017, p. 67; Biegel & James Kuehl, 2010, fn. 55; Poteat, 2017, p. 23). Como señala el profesor Palmer: «Un currículo inclusivo valida la existencia de una población usualmente invisible, reforzando así el valor de los individuos LGBT en sí mismos y enviando un poderoso mensaje a los estudiantes LGBT sobre su valía» (2017, p. 67).⁴⁵ En esa línea, el profesor McGarry destaca el papel del currículo educativo como espejo para los alumnos, mediante el cual los niños LGB pueden identificarse y validar su propia identidad (McGarry, 2013). Se ha demostrado, asimismo, que el currículo inclusivo permite que los niños se involucren en la escuela, de modo que reduce el abstencionismo escolar (Kosciw et al., 2014, pp. 66-71).

Por el contrario, en ausencia de un currículo inclusivo, se reproduce el mensaje de que las sexualidades no-normativas son negativas y anormales. Las personas que no se ajustan a las reglas sociales son excluidas y forzadas a un plano marginal, de rechazo y violencia. Precisamente los niños con orientación sexual disidente crecerán para sufrir dichos problemas psicoló-

44 Traducción libre de: «[i]ncluding LGBT-related issues in the curriculum in a positive manner may make LGBT students feel like more valued members of the school community, and it may also promote more positive feelings about LGBT issues and persons among their peers, thereby resulting in a more positive school climate».

45 Traducción libre de: «An inclusive curriculum validates the existence of an often invisible population, thus reinforcing the value of LGBT individuals themselves and sending a strong message to LGBT students about their worth».

gicos en su vida adulta, truncamientos de su proyecto de vida y menores perspectivas económicas que sus pares heterosexuales. Al respecto, el profesor Palmer es muy claro al señalar: «schools produce and reproduce heterosexuality as the only “normal” and viable option (Kejily, 2002) while simultaneously reinforcing rigid gender norms that marginalize those who do not conform to the strict binary system of gender (Connell, 1996)» (Palmer, et al., 2017, p. 59).

Asimismo, el desarrollo de los niños LGB como futuros adultos autónomos que pueden hacerse responsables de sus propias vidas está íntimamente ligado con la educación sexual holística que incluya su orientación sexual. La sexualidad es una pieza fundamental de la autonomía de las personas. La decisión de a quién amar, con quién tener relaciones sexuales y con quién compartir un proyecto de vida conjunto se encuentran entre las decisiones más importantes de los seres humanos. La sexualidad, asimismo, involucra riesgos como el contagio de enfermedades de transmisión sexual, embarazos no deseados y violencia sexual (UNESCO, 2009; Formby, 2016).

En esa línea, una educación que busca el desarrollo de la autonomía personal debe atender dichas necesidades y brindar contenido relevante para el conocimiento de la propia sexualidad, los riesgos y medios de protección para vivir una vida sexual plena, los derechos y deberes vinculados a la vida sexual y, en general, toda la información relevante para ejercer una sexualidad responsable (UNESCO, 2009; Formby, 2016). La educación sexual está íntimamente ligada con el desarrollo de la autonomía y la salud de los adolescentes. En ese sentido, el Comité de Naciones Unidas para los Derechos del Niño (2013) ha señalado:

22. Los adolescentes tienen el derecho de acceder a información adecuada esencial para su salud y desarrollo y para que puedan participar significativamente en la sociedad. Es la obligación de los Estados parte el asegurar

que todas las niñas y niños adolescentes, tanto dentro como fuera de la escuela, sean suministrados con, y no se les deniegue, información precisa y apropiada sobre cómo proteger su salud y desarrollo y sobre cómo practicar comportamientos saludables. Ello debe contener información sobre el uso y abuso de tabaco, alcohol y otras sustancias; conductas sociales y sexuales seguras y respetuosas, dieta y actividad física.⁴⁶

Una educación que pretenda el desarrollo de los niños no-heterosexuales como adultos autónomos debe entonces brindar contenido adecuado a la sexualidad de todos los pupilos. Estos deben estar en la posibilidad de comprender que la sexualidad es diversa, que la heterosexualidad no es la única variable humana, sino que los seres humanos pueden ser homosexuales, bisexuales, pansexuales o parte de alguna variable del espectro. Los niños no-heterosexuales deben conocer —de forma adecuada a su edad— las particularidades de su propia sexualidad, comprender los riesgos y las medidas de protección para el ejercicio pleno de su sexualidad de forma segura y responsable (Formby, 2016).

Esto, por supuesto, no significa una educación sexual basada en la prevención de riesgos. Lo que plantea la educación sexual holística, por el contrario, responde al lema «Long live love». El enfoque debe partir de la consideración de la sexualidad como una fuente de felicidad antes que como una fuente

46 Traducción libre de: «22. Adolescents have the right to access adequate information essential for their health and development and for their ability to participate meaningfully in society. It is the obligation of States parties to ensure that all adolescent girls and boys, both in and out of school, are provided with, and not denied, accurate and appropriate information on how to protect their health and development and practice healthy behaviors. This should include information on the use and abuse, of tobacco, alcohol and other substances, safe and respectful social and sexual behaviours, diet and physical activity».

de riesgos a la salud. El objetivo es «developing and strengthening the ability of learners to make conscious, satisfactory, healthy and respectful choices regarding relationships and sexuality» (Ketting, 2016).

De acuerdo con lo señalado, el currículo inclusivo es, además, una exigencia de los estándares de aceptabilidad y adaptabilidad del proceso educativo, reconocidos por el Tribunal Constitucional y la jurisprudencia internacional de derechos humanos (Meix Cereceda, 2014, p. 47; Expediente N° 04646-2007-PA/TC).

El *principio de aceptabilidad* exige que el currículo educativo —*i.e.*, la definición de qué se enseña y cómo se enseña— sea de la mejor calidad para lograr los fines que justifican la provisión de la educación (Meix Cereceda, 2014, p. 41-42). En tal sentido, un currículo que omita contenido relativo a la diversidad de orientación sexual falla en lograr la calidad necesaria para el desarrollo de los niños no-heterosexuales. No logra prepararlos para su vida de adultos ni logra brindar herramientas para reconocer su propia valía como seres humanos cuya sexualidad es igual de valiosa que la de todos.

El *principio de adaptabilidad* exige que el currículo esté diseñado para adaptarse a las necesidades particulares de sus receptores. Es parte del contenido entretejido con el principio de igualdad. Esto significa que el currículo específico debe construirse de forma que entienda las características de los niños a quienes se dirige y se engarce en su propio mundo de vida para lograr un mejor aprendizaje (Meix Cereceda, 2014, pp. 41-42; Cotino Hueso, 2012, p. 898). Este principio reconoce la cultura y la identidad —incluyendo la orientación sexual— como parte del respeto que se debe a la igual dignidad de todas las personas.

En tal sentido, el currículo que omita contenido sobre diversidad de orientación sexual falla en adaptarse a las necesidades específicas de una población de niños. Los niños que no son heterosexuales requieren información específica

relacionada con su sexualidad que les permita reconocerse como seres humanos valiosos, que sepan llevar su sexualidad de forma feliz y responsable y que conozcan que tienen los mismos derechos que todos sin discriminación por motivo de su orientación sexual.

Por supuesto, nuevamente, el currículo no es el único factor involucrado en la calidad y la adaptabilidad de la educación a las necesidades de los niños LGB. La relación con los maestros, las políticas educativas, los programas extracurriculares y la familia son vitales en todo el proceso educativo.⁴⁷ Sin embargo, al ser el currículo el marco general organizativo de todo el proceso educativo, su adecuación a los requerimientos del derecho a la educación es necesaria como primer paso para lograr su concreción.

No cabe duda de que una educación que busca el desarrollo de los niños para la vida reconoce la diversidad y prepara a los niños diferentes a reconocerse como personas con igual dignidad que todos los demás y para llevar las riendas de su propia vida, con autoestima y con el ejercicio feliz de su sexualidad.

3.3.2. El currículo inclusivo es necesario para la formación cívica y ética en derechos humanos

Los derechos fundamentales también deben formar parte del currículo educativo. El *desarrollo de la acción solidaria* recogido en el artículo 13 de la Constitución debe entenderse en el marco del respeto de los derechos fundamentales. En ese sentido, la formación ética y en derechos humanos en el proceso educativo informa a los niños para permitir el convencimiento racional de la necesidad de respetar los derechos fundamentales de todos por igual. Esta es una materia obligatoria conforme a la letra del artículo 14 de la Constitución, según destaca el

⁴⁷ *Vid supra* § 2, 2.3C.

propio Tribunal Constitucional (Expediente N° 04646-2007-PA/TC).

Como ya se ha señalado, un Estado liberal y plural requiere que sus ciudadanos respeten el marco de tolerancia de todas las formas razonables de llevar una vida buena.⁴⁸ Esta posición se enmarca en el liberalismo político de Rawls, que sostiene que el pluralismo no puede sobrevivir sin cierto perfeccionismo (Rawls, 2005; Callan, 1997, pp. 12 *et seq*; Moschella, pp. 74 *et seq*). Un Estado pluralista y libre solo puede lograrse en la medida en que los ciudadanos sean personas razonables, que admitan y toleren los diferentes puntos de vista. En tal sentido, se justifica que el Estado provea educación que permita exponer a las personas a estos valores cívicos primordiales para la existencia de un Estado liberal (Gutmann, 1987, pp. 41 *et seq*; Macedo, 1995, pp. 468-496; Callan, 1997, pp. 12 *et seq*).

Con ese propósito, resulta necesario que exista en las escuelas educación cívica y en derechos humanos. Es un hecho que diversas personas o instituciones se encuentran en la capacidad de violar los derechos humanos de otras personas y, de hecho, ocurre. Un factor que contribuye a las violaciones de derechos humanos es la desinformación. Los infractores no conocen qué son los derechos humanos y qué razones existen para considerarlos de la máxima importancia. Las personas no pueden valorar lo que no conocen. La educación, en ese sentido, juega un rol muy importante para transmitir este tipo de conocimiento desde temprana edad y lograr la adhesión racional de los adultos al cumplimiento de la Constitución y los principios base de una sociedad plural (Gutmann, 1987, pp. 59-67; Callan, 1997).

Como se ha indicado, también, las violaciones de derechos humanos durante el conflicto armado interno desatado por el terrorismo en el Perú tuvieron impacto en las disposiciones pertinentes del artículo 14. Sobre el particular, la constituyente Helfer Palacios señaló: «Hoy día desgraciadamente tengo que

48 *Vid supra* § 1, 1.3, 1.3.2.

decirlo hemos tenido una de las experiencias más terribles de nuestra vida: hemos visto cómo se excavaba una fosa y se encontraban restos. Es necesario que en todas las instituciones, tanto civiles como militares, se dé esta educación cívica, ética y de derechos humanos» (Congreso Constituyente Democrático, 1993, p. 524).

De acuerdo con el Tribunal Constitucional, «el ideal de la educación correspondiente a una sociedad democrática y regida bajo parámetros constitucionales debe reforzar lazos de empatía y la noción de igualdad, fomentándose con ello la solidaridad» (Expediente N° 04646-2007-PA/TC, ¶ 10). Una persona educada estará en mejor capacidad de comprender racionalmente la necesidad de vivir en una sociedad libre y justa, lo que conducirá al respeto de los derechos humanos del resto. La formación ética y en derechos humanos tiene este fin.

En esa línea, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que la educación «debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales», y que «la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos».

No cabe duda, entonces, de que las escuelas deben buscar exponer a los niños al máximo respeto de los derechos humanos para permitir un convencimiento racional que los lleve a convertirse en adultos autónomos. En ese sentido, la erradicación de la discriminación contra las personas LGB requiere la implementación de un currículo inclusivo.

La discriminación por orientación sexual en la escuela se da en dos niveles. Desde un nivel micro, los niños con orientación sexual disidente o que son percibidos como tales se ven expuestos a violencia física y psicológica de sus pares, de los profesores y de la institución, lo cual causa estragos en su salud mental y en su desarrollo. Desde un nivel macro, la escuela es uno de los principales espacios de socialización y apren-

dizaje de las personas y, por tanto, de la sociedad. La escuela reproduce las reglas de la sociedad, sean estas buenas o malas (Entenza, 2014, pp. 7, 8, 32).

Como se ha demostrado, la ausencia de un currículo inclusivo es uno de los factores que permiten la reproducción de la discriminación por orientación sexual en la escuela y en la sociedad en general (Poteat, 2017, pp. 22-23; Meyer, 2010, pp. 13, 61; Skelton, 1997, p. 188; Cotton, 2013; Carr, 1998). Esta situación es contraria a una educación cívica y en derechos humanos.

Los niños no pueden transformarse en ciudadanos tolerantes y razonables que conviven pacíficamente en un Estado plural si no están expuestos a diferentes formas de vida, como la vida de las personas LGB+. Por tanto, para que la educación pueda formar a los niños en derechos humanos, lo cual incluye la educación en contra de la discriminación por orientación sexual, resulta un mandato fundamental implementar un currículo educativo inclusivo.

3.4. El currículo inclusivo en conflicto con otros principios constitucionales

En este acápite final se verifica en abstracto, sobre la base del argumento de ponderación, si los principios que colisionan con el principio de igualdad y el derecho a la educación justifican su limitación. En particular, en la sección 3.4.1 se analiza la autonomía de los padres para dirigir la educación de sus hijos y, luego, en el acápite 3.4.2, se repasa la discrecionalidad legislativa y administrativa del Estado democrático.

3.4.1. ¿Pueden oponerse los padres al contenido sobre diversidad de orientación sexual?

Los artículos 13 y 14 de la Constitución aseguran que los padres puedan tomar decisiones y guiar el proceso educativo de

sus hijos. Los padres eligen a qué escuela asisten, participan en las decisiones de la escuela y, en general, dirigen la educación de sus hijos.

Como ya se vio, este derecho se fundamenta en la especial naturaleza de niños y en la pluralidad de una sociedad liberal y democrática. La autonomía de los niños aún se encuentra en desarrollo. Normalmente, hasta la mayoría de edad no contarán con las capacidades psicológicas para tomar decisiones de forma responsable, reflexionar sobre los valores que guían su vida y actuar con base en ellos. En ese sentido, los padres son los naturalmente encomendados a tomar decisiones por sus hijos, como parte de su deber de crianza y cuidado.

Por otro lado, en una sociedad liberal se respeta la pluralidad de valores de las personas. Ateos, cristianos, musulmanes, multiculturalistas, socialdemócratas y libertarios conviven y debaten en democracia. En ese sentido, los padres pueden decidir la afiliación religiosa o política de la escuela a la que asistirán sus hijos. Pueden también, en el marco de la pluralidad de valores, decidir aquellos que les inculcarán a sus hijos en tanto sean coherentes con un Estado plural y tolerante.

Como se indicó *supra* también, dicha subordinación no puede ser total. Los niños no dejan de ser humanos, razón por la cual cuentan con una dignidad especial que merece el mayor de los respetos, al igual que todos los demás. Los derechos de los niños deben entenderse de forma que responda a sus necesidades y características particulares. Por otro lado, la protección de la autonomía del futuro adulto justifica también límites a las acciones de los padres. El Estado debe asumir la defensa de dichos límites. A efectos prácticos, esto bloquea la posibilidad de que los padres se opongan a determinadas decisiones del Estado en la escuela.

Precisamente, la educación financiada por el Estado busca asegurar que los niños se conviertan en adultos autónomos con la capacidad de hacerse responsables de sus propias vidas. En ese sentido, la libertad de los padres de tomar decisiones res-

pecto a la educación de sus hijos tiene un límite precisamente en dicha justificación y finalidad de la educación. Los padres no pueden tomar decisiones sobre el proceso educativo que eviten que sus hijos se conviertan en adultos autónomos.

Como indicamos, la decisión en el caso concreto respecto a si debe primar el derecho a la educación o el derecho de los padres, debe resolverse sobre la base de un argumento de ponderación. Se debe comparar, por un lado, el peso de la autonomía de valores de los padres y la pluralidad democrática del Estado, y, por otro lado, el peso en el desarrollo de la autonomía de los niños y la protección de los derechos fundamentales que sirven de base a la educación.

Este trabajo examina si el derecho a la educación y el derecho a la igualdad exigen que el Currículo Educativo Nacional incorpore contenido sobre diversidad de orientación sexual y no-discriminación. Conforme se ha sustentado, dichos principios establecen un mandato en ese sentido. Existe un mandato estatal y un derecho a un currículo inclusivo.

En la sociedad peruana, en la que históricamente ha primado la homofobia, dichos principios entran en conflicto con el derecho de los padres cuyos valores rechazan la diversidad sexual a guiar la educación de sus hijos en ese sentido. Los valores de muchos cristianos, convicción mayoritaria en el Perú, se orientan en esa dirección. Entonces, de ser el caso, la autonomía de los padres requeriría en principio eximir a sus hijos del dictado de contenido relativo a orientación sexual para proteger la pluralidad valorativa de la sociedad democrática.

Sin embargo, con base en un examen de ponderación es posible justificar una regla en la que en dicho conflicto debe primar el mandato del Estado de establecer un currículo educativo inclusivo. Es el principio de proporcionalidad en sentido estricto el que justifica dicha conclusión.

Bajo un *análisis de idoneidad*, la exclusión de los hijos del contenido sobre diversidad de orientación sexual en efecto implica la protección de la discrecionalidad de sus padres a

decidir sobre su educación. Una moral que rechaza la homosexualidad, que predica que es pecado o una condición negativa para el ser humano, y que pretende inculcar su rechazo, es contradictoria con la educación sobre diversidad. Esta última inculca lo contrario: la homosexualidad es una condición normal del ser humano que no involucra ninguna disminución de capacidades ni involucra diferentes derechos para las personas. Entonces, excluir dichos contenidos es eficaz para evitar contacto con la moral contraria a la de los padres.

A partir de un *análisis de necesidad*, la exclusión de los hijos del contenido sobre diversidad de orientación sexual no tiene una medida igualmente eficaz pero menos lesiva a la finalidad de la escuela de inculcar la igualdad de dignidad sin discriminación por orientación sexual. Al ser principios directamente contradictorios, no existe una medida menos lesiva.

Sin embargo, desde un *análisis de proporcionalidad*, el derecho a la educación debe primar por sobre la autonomía de los padres en este caso. Privilegiar la autonomía de los padres cuya moral rechaza la homosexualidad tiene efectos muy nocivos para los niños que no son heterosexuales, los que sean sus propios hijos y los que no. Tiene efectos muy nocivos, además, para la situación de las personas LGB en general. Por el contrario, privilegiar el derecho a la educación, como señala Nussbaum, únicamente tiene por efecto cierto disgusto o repugnancia para los padres.

Solo para sostener el argumento, hay que decir que la sociedad actual es la prueba de los efectos de la decisión de los padres de privar a sus hijos de educación sobre diversidad sexual. La educación tradicional ha incurrido en las fallas de omitir información sobre diversidad de orientación sexual o en la desinformación sobre ella.

Los efectos de este currículo tradicional han sido ampliamente documentados en el primer capítulo de esta tesis. Los niños no-heterosexuales no se reconocen en el sistema educativo, se les inculca un sentimiento de rechazo a su propia iden-

tividad sexual. Esto se traduce en diversos problemas de salud mental como depresión, ansiedad, abuso de sustancias tóxicas e incluso intentos de suicidio. Estos problemas permanecen en la adultez.

Además, la reproducción de la homofobia desde la escuela es un factor de la discriminación amplia que sufren las personas no-heterosexuales en la sociedad en general. La sociedad históricamente ha perpetrado actos de violencia contra las personas que no se ajustan a las normas sexuales. Ello va desde leyes criminales contra homosexuales, violencia física y violencia verbal de particulares, hasta privación de oportunidades laborales y falta de protección legal a las familias diversas.

Como se puede apreciar, privilegiar la autonomía de los padres para inculcar valores de rechazo a la homosexualidad es altamente nocivo para las personas no-heterosexuales. Se trata de una decisión que ayuda a perpetuar un Estado sin derechos para un grupo de personas, que las priva de aspectos esenciales de la autonomía y la vida, que provoca que las personas que no se ajustan a la norma sexual de la sociedad queden excluidas del respeto y el valor en igual dignidad.

Nussbaum (2012) ha demostrado que el rechazo a la homosexualidad se fundamenta en realidad en un sentimiento de rechazo irracional, en un disgusto sin justificación. Este sentimiento no puede compararse a las privaciones que sufrirían los niños, futuros adultos, homosexuales, bisexuales y *queer* que no recibirán educación sobre su propia sexualidad y que sufrirán el rechazo del resto de personas que tampoco pudieron aprender a respetar su igual dignidad, sin discriminación por su orientación sexual.

Con respecto a la representación de la orientación sexual en el currículo y los textos escolares, existe una decisión de la Corte Suprema de Canadá en la que se consideró ilegal la decisión de un *School Board* de censurar textos escolares para primer grado de primaria con representaciones de padres homosexuales frente a una objeción de ciertos padres de familia. La

Corte interpretó la ley que recogía el principio de secularismo y tolerancia en la educación y determinó que la decisión del *School Board* atentó contra los derechos de las familias diversas y los niños LGB a ser representados en el currículo educativo:

El primer error de la Junta fue violar los principios de secularismo y tolerancia en s. 76 de la *Ley de la Escuela*. En lugar de proceder sobre la base del respeto a todos los tipos de familias, el Superintendente y la Junta procedieron con una filosofía de exclusión. Actuaron con base a la preocupación de ciertos padres sobre la moralidad de las relaciones homosexuales, sin considerar los intereses de las familias de padres homosexuales, y de los niños que pertenecen a las mismas, en recibir igual reconocimiento y respeto por el sistema escolar. La Junta no estaba permitida de rechazar los libros simplemente porque ciertos padres encontraron la relación reflejada en ellos controversial u objetable.⁴⁹ (*Chamberlain v School District N° 36*, 2002)

Este es un argumento similar al utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Kjeldsen v. Dinamarca*, relativo a la impartición de educación sexual en las escuelas públicas. En la sentencia se decidió que primaba el interés público de asegurar que los niños se conviertan en

49 Traducción libre de: «The Board's first error was to violate the principles of secularism and tolerance in s. 76 of the *School Act*. Instead of proceeding on the basis of respect for all types of families, the Superintendent and the Board proceeded on an exclusionary philosophy. They acted on the concern of certain parents about the morality of same-sex relationships, without considering the interest of same-sex parented families and the children who belong to them in receiving equal recognition and respect in the school system. The Board was not permitted to reject the books simply because certain parents found the relationships depicted in them controversial or objectionable».

adultos autónomos que puedan guiar las riendas de su vida y la necesidad de prevenir embarazos no deseados. El Tribunal indicó: «Las autoridades públicas quieren permitir a los alumnos, en su momento, “que cuiden de sí mismos y muestren respeto a los demás en este campo”, “que no se atraigan problemas o que no se los proporcionen a otros por pura ignorancia”» (1976, ¶ 54).

El Tribunal de *Kjeldsen v. Dinamarca* señaló que toda instrucción tiene cierto contenido moral; sin embargo, en tanto se mantenga cierto grado de objetividad y apertura a crítica, la educación respetaba el pluralismo valorativo de la democracia. Nada afectaba que los padres puedan guiar en casa la forma de comprender la educación recibida en la escuela por los niños. En ningún caso existía adoctrinamiento a tener relaciones precoces o llevar una vida que para los padres sea inmoral. Sobre el particular, señaló el Tribunal:

Estas son, desde luego, consideraciones de orden moral, pero revisten un carácter muy general y no entrañan un rebasamiento de los límites de lo que un Estado democrático puede concebir como interés público. El examen de la legislación impugnada prueba, en efecto, que no constituye un intento de adoctrinamiento tendente a preconizar un comportamiento sexual determinado. Esta legislación no se consagra a exaltar el sexo ni a incitar a los alumnos a dedicarse precozmente a prácticas peligrosas para su equilibrio, su salud o su futuro, o reprobables para muchos padres. Además, la legislación no afecta al derecho de los padres de aclarar y aconsejar a sus hijos, de ejercitar con ellos sus naturales funciones de educadores o de orientarles en una dirección, conforme a sus propias convicciones religiosas o filosóficas. (1976, ¶ 54)

El argumento defendido en nuestro trabajo es en realidad más gravoso que esta última decisión frente a la autonomía de

los padres. En realidad, el currículo inclusivo se opone directamente y pretende contrarrestar las enseñanzas que se puedan dar en casa en rechazo a la homosexualidad. Son directamente contradictorias. Y no puede ser de otra forma, porque la ausencia de derechos por causa de la orientación sexual en la práctica tiene su origen en esa moral homofóbica que se reproduce en las escuelas, en las calles y en las casas. La educación es un espacio para generar una sociedad que respete los derechos de todos y debe orientarse en ese sentido.

No cabe otra opción, pues la situación de las personas LGB ha sido históricamente marginal, al verse privadas de diversas opciones y oportunidades para el libre desarrollo de su personalidad y expuestas a diversos problemas de bienestar mental. Privilegiar la autonomía de los padres cuya moral rechaza la homosexualidad tiene efectos muy nocivos para los niños que no son heterosexuales, los que sean sus propios hijos y los que no. Tiene efectos muy nocivos, además, para la situación de las personas LGB+ en general. Por el contrario, privilegiar el derecho a la educación, como señala Nussbaum, únicamente tiene por efecto cierto disgusto o repugnancia para los padres. En el balance, es claro que debe privilegiarse el derecho a acceder a un currículo inclusivo.

Por supuesto, este *test* de proporcionalidad, al realizarse en abstracto, podría variar ante un caso concreto de abierta y mayoritaria oposición de los padres de familia. Un proceso educativo ejecutado en abierta contradicción con todos los padres tampoco es un proceso educativo de calidad. En este aspecto entrarían en juego las posibilidades fácticas de implementación del derecho y el principio de eficacia. Ello involucraría la necesidad de que el Estado busque medidas menos frontales y menos impositivas de lograr la implementación del principio, como ejecución de consultas, talleres y capacitación de los padres en la necesidad de incorporar un currículo inclusivo. Sin embargo, esto no puede significar que se elimine la implementación de un currículo inclusivo, pues precisamente

los derechos fundamentales existen como aquellos espacios de protección respecto de los cuales la mayoría no puede decidir.

3.4.2. ¿Tiene discreción el Estado para decidir no implementar un currículo inclusivo?

En el marco de un Estado democrático y con división de poderes, ciertos poderes tendrán facultades discrecionales o no-regladas, lo cual implica que gozan de autonomía para tomar determinadas decisiones y responsabilidad política frente a los electores. Este tipo de facultades discrecionales se sustenta en el principio democrático por el que las personas tienen el derecho de decidir cómo gobernarse en un marco institucional.

El principio democrático ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional peruano a partir de diversas disposiciones constitucionales y destacado como elemento indispensable para el verdadero respeto de los derechos fundamentales. El principio democrático revela el máximo respeto por la dignidad de la persona humana, por el que se reconoce la posibilidad de que tome decisiones relevantes para la dirección de la sociedad en la que vive: «La democracia se fundamenta pues, en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1° de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales» (Expediente N° 0030-2005-PI/TC).

En el caso de los derechos sociales, se requiere una serie de actuaciones estatales para lograr su concreción. Para que el Estado llegue a proveer efectivamente servicios educativos, el Parlamento debe emitir leyes con base en las cuales el Gobierno pueda actuar. Luego, los diversos niveles del Gobierno deben emitir normas infralegales para organizar el funcionamiento de las diversas entidades vinculadas a la educación, y dirigir al personal efectivo que proveerá la educación. Esta

visión muy simplificada no se encuentra en la Constitución, sino que los electores han encomendado su concreción a las autoridades elegidas.

El Tribunal Constitucional ha reconocido el principio democrático o de autonomía legislativa en la concreción de los derechos sociales. Sin embargo, ha reconocido también que dicha autonomía no es absoluta, sino que debe ponderarse con las exigencias de la propia Constitución y los derechos que debe llevar a concreción:

12. [...] Aquí se encuentra de por medio el principio de «libre configuración de la ley por el legislador», conforme al cual debe entenderse que es el legislador el llamado a definir la política social del Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, éste goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales. (Expediente N° 1417-2005-PA/TC)

En el problema analizado en este texto se debe ponderar entonces el derecho a la educación para el desarrollo de la autonomía del niño y el respeto de los derechos humanos frente al principio democrático por el que el Estado elegido por el pueblo debe decidir con discrecionalidad cómo regular y proveer sus servicios públicos y sociales. Como se demuestra a continuación, la decisión del Estado de no proveer educación inclusiva no puede ser privilegiada.

Es claro que la decisión de no incluir contenido sobre diversidad sexual en el currículo sería *idónea* y *necesaria* para proteger la autonomía legislativa y administrativa de un Estado que

no encuentra entre sus principios la promoción de la igualdad de dignidad, trato y respeto para homosexuales, bisexuales, pansexuales, *queer* y otras sexualidades. Sin embargo, dicha situación no se sustenta bajo el principio de *proporcionalidad*. La afectación a las minorías sexuales es mucho mayor al beneficio que percibiría la mayoría en el Gobierno.

Las razones que justifican dicha conclusión son las mismas que las señaladas en el caso de la autonomía de los padres. La situación actual revela que la falta de educación en diversidad sexual es un factor determinante en la primacía de la homofobia en la sociedad actual. Los niños no-heterosexuales crecen rechazando su propia sexualidad y se ven privados de herramientas necesarias para hacerse responsables de su propia vida. Se ven privados de derechos, son sujetos de violencia estatal y privada, no tienen las mismas oportunidades laborales ni las mismas oportunidades de formar una familia.

La mera autonomía del Gobierno en democracia no puede justificar afectar a una minoría. La propia existencia de la Constitución es una promesa de la mayoría de que protegerá los derechos de la minoría incluso contra sus propios valores o su propia voluntad. La protección de las minorías sexuales debe ser privilegiada frente al mero disgusto que podría significar dicha primacía.

Un razonamiento similar siguió el Comité de Ministros del Consejo de Europa en una decisión sobre el currículo croata. En los libros mandatorios de Biología se incluía información errónea y discriminatoria sobre las personas homosexuales, que se transcribe a continuación:

Muchos individuos tienen la tendencia a tener relaciones sexuales con personas del mismo sexo (homosexuales-hombres, y lesbianas-mujeres). Se cree que los culpables son los padres por impedir el correcto desarrollo sexual del niño con las irregularidades en sus relaciones familiares. Actualmente se ha vuelto evidente que las re-

laciones homosexuales son las principales culpables de la creciente propagación de enfermedades de transmisión sexual (e.g. SIDA) [...]

La enfermedad [SIDA] se ha propagado entre grupos de personas promiscuas que frecuentemente cambian sus parejas sexuales. Tales personas son homosexuales por el contacto sexual con numerosas parejas, adicción a las drogas por uso compartido de equipo de inyección de drogas infectado y prostitutas.⁵⁰ (*Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) v. Croatia*, 2009)

Si bien el currículo peruano no llega a los extremos de incluir información errónea y discriminatoria sobre la diversidad sexual, falla al incorporar información concreta. Los programas curriculares omiten información relevante como desempeños concretos de aprendizaje en materias prestas para ello, como Personal Social o Biología. Los estudios revelan que la omisión es igual de dañina que la desinformación, pues mantiene la marginalización de la sexualidad no-normativa y la relega al espacio de la anormalidad que no puede ser tratada en la educación formal.

El Comité de Ministros tuvo en consideración el margen de apreciación de los Estados para regular la educación, que tiende a ser preponderante en la jurisprudencia europea. Al respecto, señaló lo siguiente:

50 Traducción libre de: «Many individuals are prone to sexual relations with persons of the same sex (homosexuals-men, and lesbians-women). It is believed that parents are to blame because they impede their children's correct sexual development with their irregularities in family relations. Nowadays it has become evident that homosexual relations are the main culprit for increased spreading of sexually transmitted diseases (e.g. 'AIDS') or 'The disease [AIDS] has spread amongst promiscuous groups of people who often change their sexual partners. Such people are homosexuals because of sexual contacts with numerous partners, drug addicts because of shared use of infected drug injection equipment and prostitutes'».

Con respecto al currículo escolar nacional, el Comité no considera que sea su rol evaluar en fino detalle su contenido. El diseño y planificación de tal currículo involucra resolver cuestiones complejas y superpuestas de metodología pedagógica, la maximización de la distribución de recursos y otras consideraciones prácticas, cuyas soluciones pueden variar dependiendo del país y de las particulares circunstancias. Como resultado, el Comité considera que las autoridades deben gozar de un amplio margen de discrecionalidad para determinar la pertinencia cultural del material educativo usado en el currículo escolar croata ordinario.⁵¹ (*Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) v. Croatia*, 2009)

Sin embargo, el Comité tuvo en consideración la grave afectación que significaban los textos escolares para la dignidad de las personas homosexuales, indicando lo siguiente:

Estas afirmaciones estigmatizan a los homosexuales y están basadas en estereotipos negativos y degradantes respecto al comportamiento sexual de todos los homosexuales. A pesar de que el Gobierno sostiene que todo el currículo se enseña en cumplimiento de la ley doméstica, así como de los estándares internacionales, no disputa la existencia de las aseveraciones indicadas. El Comité sostiene que dichas afirmaciones atacan la dignidad humana y no tienen lu-

51 Traducción libre de: «With respect to the national school curricula, the Committee does not consider that it is its role to assess in fine detail their contents. The setting and planning of such curricula involve resolving complex and overlapping questions of pedagogical methodology, the maximization of resource allocation and other practical considerations, the solution to which may vary according to the country and the particular circumstances in question. As a result, the Committee considers that the authorities must enjoy a wide margin of discretion in determining the cultural appropriateness of the educational material used in the ordinary Croatian school curriculum».

gar en la educación para la salud sexual y reproductiva: como tales, su inclusión en materiales educativos estándares constituye una violación del artículo 11§2 a la luz de la cláusula de no-discriminación en el Preámbulo de la Carta. En efecto, las autoridades croatas han incumplido con su obligación positiva de asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud mediante la educación para la salud sexual y reproductiva sin discriminación que no perpetúe o refuerce la exclusión social o la denegación de dignidad humana. [...].⁵² (*Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) v. Croatia*, 2009)

En el Perú, el margen de apreciación que se debe otorgar al Gobierno y el Parlamento no puede compararse al que se podría otorgar a un Estado soberano en el plano internacional. Sin perjuicio de ello, la situación que viven los niños y los adultos cuya sexualidad no se ajusta a los mandatos sociales requiere que el Estado asuma su compromiso frente a las minorías y frente a la dignidad de todas las personas por igual. Estos principios otorgan mayor peso al mandato de elaborar e implementar un currículo inclusivo para la educación básica.

52 Traducción libre de: «These statements stigmatise homosexuals and are based upon negative and degrading stereotypes about the sexual behaviour of all homosexuals. Although the government maintains that all curricula are taught in compliance with domestic law as well as international standards, it does not dispute the existence of the above-mentioned statements. The Committee holds that such statements serve to attack human dignity and have no place in sexual and reproductive health education: as such, their inclusion in standard educational materials constitutes a violation of Article 11§2 in the light of the non-discrimination clause of the Preamble to the Charter.

In effect, by officially approving or allowing the use of the textbooks that contain these anti-homosexual statements, the Croatian authorities have failed in their positive obligation to ensure the effective exercise of the right to protection of health by means of non-discriminatory sexual and reproductive health education which does not perpetuate or reinforce social exclusion and the denial of human dignity. [...]).»

Sin perjuicio de ello, la misma atingencia realizada en el marco del conflicto con la discrecionalidad de los padres debe hacerse en este punto. Podría darse el caso de que el Estado deba tomar medidas menos frontales para implementar un currículo inclusivo dada la abierta oposición de los actores sociales, como una implementación progresiva, a través de talleres y capacitaciones a los padres y profesores. Por supuesto, repetimos, eso no significa eliminar el currículo educativo, sino buscar formas de lograr su eficacia. Los derechos fundamentales, finalmente, existen para proteger a las minorías de los abusos de las mayorías.

3.5. Conclusiones

A partir de lo expuesto en este capítulo se ha podido arribar a las siguientes conclusiones:

1. Si bien el currículo nacional actual ha dado el primer paso en el reconocimiento de la orientación sexual diversa y la igualdad de trato, respeto y dignidad sin discriminación por dicho motivo, aún falla en concretar dichos principios en desempeños concretos. Se trata todavía de un currículo que omite contenidos sobre diversidad sexual.
2. El principio de igualdad en dignidad, trato y respeto exige la elaboración e implementación de un currículo inclusivo. Por un lado, la discriminación histórica por orientación sexual es, demostradamente, un motivo prohibido de discriminación que se manifiesta de forma particular en las escuelas. En ese sentido, para erradicar la discriminación por orientación sexual en y desde la escuela resulta necesaria la implementación de un currículo inclusivo. Sin perjuicio de ello, la ausencia de un currículo inclusivo es un caso de discriminación indirecta, ya que se trata de una medida neutra o igualitaria para el grupo de niños LGB, frente a su

- parámetro de comparación en niños heterosexuales que, no obstante, perjudica los derechos de los niños LGB de forma particular.
3. El currículo inclusivo brinda contenidos necesarios para que los niños puedan desarrollarse más tarde como adultos que se hacen responsables de su propia vida, mediante el conocimiento de su propia sexualidad, el desarrollo de la autoestima y el valor propio, el conocimiento de sus propios derechos y el desarrollo del respeto a los demás. Ello es requerido asimismo por el principio de aceptabilidad y adaptabilidad de la educación.
 4. El currículo inclusivo es mandatorio con base en la obligación de brindar formación ética y en derechos humanos: se trata del desarrollo de la acción solidaria. Este currículo educa a los niños para que respeten a todos por su igual valor y dignidad humana, sin discriminación por orientación sexual.
 5. Las circunstancias que viven las minorías sexuales deriva en que, bajo el examen de proporcionalidad, deba primar el mandato de un currículo inclusivo frente a la autonomía de los padres de dirigir la educación de sus hijos y la discrecionalidad legislativa y administrativa que exige el principio democrático. La afectación de los niños no-heterosexuales en aspectos fundamentales de su vida otorga más peso a dicho principio.
 6. El currículo inclusivo es un principio constitucional, un mandato del Estado constitucional y un derecho fundamental para una sociedad justa.

Conclusiones generales

1. La Constitución peruana puede clasificarse como parte del paradigma del Estado constitucional o del constitucionalismo de los derechos. Se trata de una Constitución con normas sustantivas que regulan la actuación de los poderes del Estado y de todos los ciudadanos. El juez constitucional es el garante de la coercibilidad y cumplimiento de dichas normas constitucionales. La Constitución tiene además contenido moral por expresar los valores de la sociedad y estar conformada por diversos principios de justicia. Se caracteriza también por contener normas principio, esto es, mandatos de optimización cuyo cumplimiento no es absoluto, sino que debe realizarse de la mejor forma posible.
2. A partir de la teoría de la argumentación jurídica, para establecer el contenido de un derecho fundamental se deben seguir diversos pasos: (i) identificar *prima facie* cuáles son las disposiciones constitucionales relevantes a la hipótesis; (ii) interpretar las disposiciones constitucionales relevantes, justificando el método interpretativo utilizado para establecer el supuesto de hecho del derecho fundamental en la terminología de Barak; (iii) en el caso de tratarse de normas principio, el resultado serán normas adscritas concretas que permitan resolver el caso o derechos derivados producto de la interpretación; (iv) luego, corresponde subsistir el problema planteado en las normas adscritas producto de la interpretación; (v) en el caso de que las conclusiones sean contradictorias, será necesario aplicar la forma argumentativa de la ponderación y determinar cuál es el principio que debe ser preferido por tener mayor peso.

La conclusión de la ponderación será una nueva norma adscrita o la determinación del ámbito de protección del derecho fundamental para el caso concreto, en términos de Barak; (vi) finalmente, corresponderá subsumir el problema en la norma adscrita resultante de la ponderación. La conclusión será la solución del caso.

3. Los derechos fundamentales son atributos especiales de las personas humanas que reflejan el máximo respeto y valor que debe otorgárseles debido a su especial dignidad. Son además atributos o posiciones jurídicas configurados por el ordenamiento jurídico para salvaguardar de forma coercitiva su respeto y cumplimiento por todos los poderes del Estado y la sociedad. Desde un punto de vista procedimental, son aquellos derechos sobre los que no puede decidir la mayoría. Desde el punto de vista estructural, son posiciones jurídicas configuradas por normas principio o normas reglas que se pueden reconstruir dogmáticamente a partir de una o diversas disposiciones constitucionales.
4. Para determinar si en un caso concreto se ha vulnerado el derecho a la igualdad de dignidad, trato y respeto, por lo cual se ha producido un caso de discriminación, existen diferentes exámenes, dependiendo de la situación. En el tradicional *test* de discriminación relacional se debe establecer (i) un parámetro de comparación, (ii) un trato menos favorable respecto al parámetro de comparación y (iii) la ausencia de justificación objetiva y razonable con base en el *test* de ponderación. La discriminación indirecta es una variación del *test* relacional de discriminación en los casos en que una medida, criterio o política neutral o igualitaria da lugar a un impacto perjudicial en un grupo o colectivo de personas. Cuando está involucrado un grupo o categoría protegido de personas y no es posible establecer un parámetro de comparación, se debe prescindir de este requisito para probar un caso de discriminación. Esta es una manifestación de la igualdad en sentido material,

que incluso da lugar al mandato de realizar ajustes o tomar acciones positivas con el objeto de lograr que las personas puedan hacerse responsables de sus propias vidas y evitar las barreras impuestas por la sociedad.

5. La prestación de la educación por el Estado debe cumplir con ciertos estándares: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad. La educación debe regirse por otra serie de principios: coherencia con la Constitución, libertad y pluralidad de la oferta educativa, responsabilidad de los padres en asegurar la educación de sus hijos, participación de los padres, obligatoriedad de ciertas materias, contribución de la sociedad a la educación.
6. El derecho a la educación puede colisionar con la libertad de los padres de dirigir la educación de sus hijos y con el principio de autonomía legislativa o gubernamental del Estado para configurar la educación dentro de sus facultades discrecionales. El operador jurídico deberá efectuar un razonamiento de ponderación para determinar la solución a la colisión.
7. El estudio de la sexualidad humana y, en particular, de la orientación sexual, se ha realizado a partir de dos grandes aproximaciones: el esencialismo y el construccionismo. El esencialismo propone que la orientación sexual es un concepto impermeable a la historia y a la cultura y, por tanto, será el mismo independientemente del tiempo y el lugar. El construccionismo plantea que la experiencia de la orientación sexual se interrelaciona y retroalimenta de la cultura, la política y la economía. Para entender la orientación sexual no basta ninguna de dichas aproximaciones, que no son contradictorias sino que abordan distintos aspectos de la sexualidad.
8. Existen en la actualidad por lo menos cuatro aspectos centrales para la comprensión de la orientación sexual. El sexo hace referencia a las características biológicas de las personas que permite agruparlas. El género hace referencia a las

conductas, experiencias, expectativas y reglas socioculturales y psicológicas asociadas al sexo. La identidad de género hace referencia a la profunda experiencia de género que vive cada uno y que puede o no corresponderse con la expectativa social relativa a un sexo determinado. La orientación sexual hace referencia a la atracción sexual y romántica hacia una persona por su sexo o género. En función del sexo, de la identidad de género y de la orientación sexual, existen diversas clasificaciones y variaciones en la experiencia humana. Dichas variaciones son normales y no representan un problema para la funcionalidad del ser humano en sí mismas.

9. Pese a que la diversidad en la sexualidad humana es normal y no representa problemas, existe en la sociedad contemporánea una cultura de discriminación generalizada por la que se afectan los derechos y las expectativas legítimas de vida de las personas por el solo hecho de no ajustarse a la orientación sexual exigida por la sociedad. Se trata de la discriminación por orientación sexual. La discriminación por orientación sexual se puede manifestar de diversas formas y en distintos ámbitos de la vida.
10. La discriminación arraigada en la sociedad se manifiesta también en la escuela. Prevalece en el microsistema de la escuela el acoso escolar homofóbico contra los niños no heterosexuales o que son percibidos como tales. Estos sufren diversos daños psíquicos y en su desempeño académico. En el macrosistema de la sociedad, la escuela y el currículo educativo son un factor de producción y reproducción de la discriminación arraigada en la cultura. Diversos estudios han analizado cómo las instituciones políticas, económicas y culturales se reflejan en la construcción del currículo y permiten que estas sean aprehendidas e internalizadas por los niños. En el caso de la discriminación, el currículo refleja las normas y creencias de la propia sociedad en la que prevalece la discriminación.

11. Así, se ha señalado que el currículo puede coadyuvar a producir y a reproducir la discriminación de dos formas: mediante la desinformación, al transmitir contenidos erróneos sobre la homosexualidad, tal como la asociación con enfermedades, con inmoralidad y con infelicidad, o a través del silencio, al eliminar la homosexualidad del discurso oficial de lo bueno y normal. Los niños reciben el mensaje de que toda vida no-heterosexual es enferma, mala e infeliz.
12. La reproducción de la cultura a través del currículo, no obstante, representa también una oportunidad de cambio. Existen diversas estrategias que atacan los respectivos factores que contribuyen a la prevalencia de la discriminación en la escuela. El currículo escolar inclusivo incorpora contenido sobre diversidad sexual en las diferentes materias escolares. Así, se educa para la comprensión de la orientación sexual y el rechazo a la discriminación no solo en las materias de Educación Cívica o Educación Sexual, sino que se incorpora este contenido también en clases de Matemática, Literatura, Historia y Ciencias. Ello permite normalizar la existencia de personas homosexuales y bisexuales como ciudadanos normales, funcionales y saludables, que los niños no-heterosexuales adquieran representaciones positivas de sus aspiraciones a futuro.
13. El Currículo Nacional para la Educación Básica aprobado en 2016 y modificado en 2017 representa el primer hito en el reconocimiento de la diversidad sexual en la educación básica. El conocimiento y la valoración de la identidad sexual se han incorporado como una capacidad específica que ha de ser adquirida en los últimos años de educación secundaria en el área de Desarrollo Personal, Ciudadanía y Cívica; lo mismo que el rechazo de toda forma de discriminación.
14. Si bien este currículo nacional representa un avance en la erradicación de la discriminación en y desde la escuela,

aún no puede considerarse un punto de llegada. El aprendizaje sobre la orientación e identidad sexual está restringido a los últimos años de educación secundaria y a una sola de las áreas curriculares. Tal como el currículo inclusivo propone, es posible y necesario incorporar contenido sobre diversidad sexual en todas las etapas de aprendizaje y en diversas áreas curriculares. Esto debe lograrse a través de un proceso progresivo y estudiado en función de las posibilidades fácticas que permitan implementar el currículo en la realidad.

15. El principio de igualdad en dignidad, trato y respeto exige la elaboración e implementación de un currículo inclusivo. Por un lado, la discriminación histórica por orientación sexual es, demostradamente, un motivo prohibido de discriminación que se manifiesta de forma particular en las escuelas. En ese sentido, para erradicar la discriminación por orientación sexual en y desde la escuela resulta necesario implementar un currículo inclusivo. Sin perjuicio de ello, su ausencia es un caso de discriminación indirecta, ya que se trata de una medida neutra o igualitaria para el grupo de niños LGB+, frente a su parámetro de comparación en niños heterosexuales que, no obstante, perjudica los derechos de los niños LGB+ de forma particular.
16. El derecho a la educación exige la implementación de un currículo nacional inclusivo. El currículo inclusivo brinda contenidos necesarios para que los niños puedan desarrollarse y convertirse en adultos que se hacen responsables de su propia vida. Ello es requerido además por el principio de aceptabilidad y adaptabilidad de la educación. El currículo inclusivo es mandatorio a partir de la obligación de brindar formación ética y en derechos humanos. Educa a los niños para que aprendan a respetar a todos por su igual valor y dignidad humana, sin discriminación por orientación sexual.

17. Las circunstancias que viven las minorías sexuales deriva en que, bajo el examen de proporcionalidad, deba primar el mandato de un currículo inclusivo frente a la autonomía de los padres de dirigir la educación de sus hijos y frente a la discrecionalidad legislativa y administrativa que exige el principio democrático. La afectación de los niños no-heterosexuales en aspectos fundamentales de su vida otorga más peso a este principio.
18. El currículo inclusivo es, entonces, un principio constitucional, un mandato del Estado constitucional y un derecho fundamental de los niños que permite, mas no es suficiente, para lograr una sociedad justa.

Bibliografía general

Textos académicos

Aarnio, A. (1987). *The rational as reasonable. A treatise on legal justification*. Dordrecht: D. Reidel.

Abramovich, V., & Curtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

Agius, S. (2015). *Human rights and intersex people*. Council of Europe.

Alexy, R. (1989). *A theory of legal argumentation. The theory of rational discourse as theory of legal justification*. Oxford: Oxford University Press. Versión en castellano: (1997) *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, R. (2003). Constitutional rights, balancing and rationality. *Ration Juris*, 16(2).

Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.

Alexy, R. (2006). Discourse theory and fundamental rights. En A. Menéndez & E. Oddvar Eriksen. *Arguing fundamental rights*. Dordrecht: Springer.

Alford, R. (2005). In search of a theory for constitutional comparativism. *Scholarly Works*. Paper 466. (<https://scholarship>).

law.nd.edu/law_faculty_scholarship/466/). Recuperado el 10 de junio de 2018.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2011). *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. A/HRC/19/41.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2015). *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. A/HRC/29/23.

American Association of University Women. (2004). How schools shortchange girls: three perspectives on curriculum. En D. Flinders & S. Thornton (Eds.), *The curriculum studies reader*. New York: Routledge Falmer.

American Psychological Association. (2012). Guidelines for psychological practice with lesbian, gay, and bisexual clients. *American Psychologist*, 67(1).

Ansuátegui Roig, F. (2010). Argumentos para una teoría de los derechos sociales. *Revista Derecho del Estado*, 24.

Arango Rivadeneira, R. (2015). Derechos sociales. En J. L. Fabra & V. Rodríguez Blanco. *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Disponible en web: (<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/27.pdf>).

Asís Roig, R. (2008). La concepción dualista de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-Barba. *Entre la ética, la política y el derecho: Estudios en Homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*. I. Madrid: Dykinson.

Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Badget, M. V., Lau, H., Sears, B., & Ho, D. (2007). *Bias in the workplace: consistence evidence of sexual orientation and gender identity discrimination*. Los Ángeles: The Williams Institute – UCLA School of Law.
- Bailey, M., & Pillard, R. (1992). A genetic study of male sexual orientation. *Archives of General Psychiatry*, 48(12).
- Bamforth, N. (1997). *Sexuality, morals and justice. A theory of lesbian and gay rights law*. Londres y Washington: Cassell.
- Banks, J. (2013). Multicultural education: characteristics and goals. En J. Banks & C. McGee Banks. *Multicultural education. Issues and perspectives*. 8.^a edición. New Jersey: Wiley.
- Barak, A. (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra.
- Bauer, G. R., Scheim, A. I., Pyne, J., Travers, R., & Hammond, R. (2015). Intervenable factors associated with suicide risk in transgender persons: a respondent driven sampling study in Ontario, Canada. *BMC public health*, 15(1), 525.
- Beiter, Klaus, D. (2006). *The protection of the right to education by international law. Including a systematic analysis of Article 13 of the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights*. Leiden: Martinus Nijhoff.
- Bernal Pulido, C. (2007). Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española? *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30.
- Biegel, S., & Kuehl, S. (2010). *Safe at school: addressing the school environment and LGBT safety through policy and legis-*

lation. Williams Institute in the UCLA Law School, the National Education Policy Center (NEPC).

Bogdandy, A. von, Morales Antoniazzi, M., & Ferrer Mac-Gregor, E. (Co.). (2017). *Ius constitutionale commune en América Latina*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.

Braslavsky, C. (2003). *The curriculum*. Ginebra: UNESCO International Bureau of Education.

Bristow, J. (1997). *Sexuality*. Londres y New York: Routledge.

Butler, J. (1990). *Gender trouble: feminism and the subversion of identity*. New York: Routledge.

Butler, J. (2007). *El género en disputa*. Traducción: M. Muñoz. Madrid: Paidós.

Cabrera, M. (2015). La guía de educación y diversidad sexual morirá en un cajón. *El Observador*. (<http://www.elobservador.com.uy/la-guia-educacion-y-diversidad-sexual-morira-un-cajon-n299870>). Recuperado el 16 de abril de 2017.

Cáceres, C. F., & Salazar, X. (2012). «Era como ir todos los días al matadero...»: el bullying homofóbico en instituciones educativas públicas de Chile, Guatemala y Perú.

Callan, E. (1997). *Creating citizens. Political education and liberal democracy*. Oxford: Clarendon Press.

Calzo, J. P., Antonucci, T. C., Mays, V. M., & Cochran, S. D. (2011). Retrospective recall of sexual orientation identity development among gay, lesbian, and bisexual adults. *Developmental Psychology*, 47(6), 1658.

Carbonell, M. (2008). Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas. *Estudios constitucionales*, 6(2), 43-71.

Carbonell, M. (2009). Derechos fundamentales en América Latina. Apuntes para una discusión. En M. Carbonell & J. Carpizo. *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Internacional Para la Democracia y la Asistencia Electoral.

Carr, W. (1998). The curriculum in and for a democratic society. *Curriculum Studies*, 6(3).

Carrol, A., & Paoli Itaborahy, L. (2015). *Homofobia de Estado. Un estudio mundial jurídico sobre criminalización, protección y reconocimiento del amor entre personas del mismo sexo*. Ginebra: ILGA.

Cochran, S. (2001). Emerging issues in research on lesbians' and gay men's mental health: does sexual orientation really matter? *American Psychologist*.

Collins, J. (2009). Social reproduction in classrooms and schools. *Annual Review of Anthropology*, 38, 33-48.

Colom Cañellas, A. (1997). *Teorías e instituciones contemporáneas de la educación*. Barcelona: Ariel Educación.

Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (1997). *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Rwanda presentado por el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, Sr. René Degni-Ségui, de conformidad con el párrafo 20 de la resolución S-3/1 de 25 de mayo de 1994*. E/CN.4/1997/61.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*. CP/CAJP/INF. 166/12.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. (1999). *Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 13*. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), (21.º período de sesiones, 1999), U.N. E/C.12/1999/10.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. (2009). *General comment N° 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (artículo 2, para. 2)*. E/C.12/GC/20.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. (1990). *General comment N° 3: The nature of states parties' obligations (artículo 2, para. 1, of the Covenant)*. E/1991/23.

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. (2008). *General comment N° 18: Non-discrimination*. En United Nations. «Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies». HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I).

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. (1987). *Note verbale dated 5 December 1986 from the Permanent Mission of the Netherlands to the United Nations Office at Geneva addressed to the Centre for Human Rights («Limburg Principles»)*. E/CN.4/1987/17.

Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. (2003). *General comment N° 4 (2003): Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child*. CRC/GC/2003/4. (<http://www.refworld.org/docid/4538834f0.html>). Recuperado el 31 de marzo de 2018.

Commissioner for Human Rights. (2009). *Human rights and gender identity*. Estrasburgo: Office of the Commissioner for Human Rights Council of Europe.

Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Debate constitucional – Pleno 1993*. Tomo I. Lima: CCD.

Cortina, C., & Cabré, A. (2007). *Las uniones homosexuales en España. Una caracterización sociodemográfica a partir del censo de 2001*. (<http://www.raco.cat/index.php/Papers/article/download/199154/266418>). Recuperado el 1 de abril de 2017.

Cotino Hueso, L. (2012). El derecho a la educación. En G. Escobar Roca (Dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Navarra: Aranzandi.

Cotton, D., Winter, J., & Bailey, I. (2013). Researching the hidden curriculum: intentional and unintended messages. *Journal of Geography in Higher Education*, 37(2), 192-203.

Cronin, C. (2001). Translator's introduction. En J. Habermas. *Justification and application. Remarks on discourse ethics*. Cambridge: The MIT Press.

D'Augelli, A. (1994). Identity development and sexual orientation: toward a model of lesbian, gay, and bisexual development. En E. Trickett, R. J. Watts & D. Birman (Eds.), *Human diversity: perspectives in context*. San Francisco: Josey Bass.

Dawood, K., Bailey, M., & Martin, N. (2009). Genetic and environmental influences on sexual orientation. En Yong-Kyu Kim (Ed.), *Handbook of behavior genetics*. New York: Springer.

Diamond, L. (2003). What does sexual orientation orient? A biobehavioral model distinguishing romantic love and sexual desire. *Psychological Review*, 110 (1).

Drescher, J. (2013). Controversies in gender diagnoses. *LGBT Health*, 1 (1).

Drescher, J. (2015). Out of the DSM: dephatologizing homosexuality. *Behavioral sciences*, 5.

Drescher, J., Cohen-Kettenis, P., & Winter, S. (2012). Minding the body: situating gender identity diagnoses in the ICD-11. *International Review of Psychiatry*, 24(6), 568-577.

Drummond, K. D., Bradley, S. J., Peterson-Badali, M., & Zucker, K. J. (2008). A follow-up study of girls with gender identity disorder. *Developmental Psychology*, 44(1), 34.

Dworkin, R. (1986). *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press.

Dworkin, R. (2011). *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press. Kindle Edition.

Dworkin, R. (2013). *Taking rights seriously*. New York: Bloomsbury Publishing. Kindle Edition.

Eguiguren Praeli, F. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *Ius et Veritas*, 15.

El Comercio. (2015). Unión civil fue archivada definitivamente por este Congreso. *El Comercio*. Lima. (<http://elcomercio.pe/politica/congreso/union-civil-fue-archivada-definitivamente-este-congreso-noticia-1804160>). Recuperado el 2 de abril de 2017.

El Diario. (2017). *La OMS dejará de considerar la transexualidad un trastorno, pero pasará a llamarla «incongruencia de género»*. (http://www.eldiario.es/sociedad/OMS-considerar-transexualidad-trastorno-condicion_0_607189929.html). Recuperado 18 de marzo de 2017.

Entenza, A. (2014). *Diversidad sexual e identidad de género en la educación. Aportes para el debate en América Latina y el Caribe*. Sao Paulo: Campaña Latinoamericana por el Derecho a la Educación.

Eskridge, W. N. Jr. (1997). *Law and the construction of the closet: American regulation of same-sex intimacy*. Paper 3804, 1880-1946. Faculty Scholarship Series. (<http://digitalcommons>.

law.yale.edu/fss_papers/3804/). Recuperado el 10 de junio de 2018.

Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2006). *El precedente constitucional: sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o de usarlo en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana*. *Estudios Constitucionales*, 4(1). Santiago de Chile.

European Commission. (2015). *Combating sexual orientation discrimination in the European Union*. Luxemburgo: Publication Office of the European Union.

Fausto-Sterling, A. (1993). The five sexes. Why male and female are not enough. *The sciences*. New York: The New York Academy of Sciences.

Fausto-Sterling, A. (2000). *Sexing the body. Gender politics and the construction of sexuality*. New York: Basic Books.

Fernández Revoredo, M. (2014). *La igualdad y no discriminación y su aplicación en la regulación del matrimonio y las uniones de hecho en el Perú*. Tesis para optar el grado de magíster en Derecho. Lima.

Ferrajoli, L. (2001). Derechos fundamentales. En A. de Cabo & G. Pisarello (Eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

Feteris, E. (1999). *Fundamentals of legal argumentation. A survey of theories on the justification of judicial decisions*. Dordrecht: Springer.

Floyd, F., & Stein, T. (2002). Sexual orientation identity formation among gay, lesbian, and bisexual youths: multiple patterns of milestone experiences. *Journal of Research on Adolescence*, 12(2).

Formby, E. (2016). Sexuality education with LGBT young people. En J. Ponzetti (Ed.), *Evidence-based approaches to sexuality education*. New York: Routledge.

Foucault, M. (2012a). *Historia de la sexualidad: el uso de los placeres*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Foucault, M. (2012b). *Historia de la sexualidad: la voluntad de saber*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Fox, C. (2012). *Articulating sexuality: a critical history of gay and lesbian Anthropology*. (<http://digitalcommons.calpoly.edu/socssp/92>). Recuperado el 10 de junio de 2018.

Frans, E. (2016). A practical guide to holistic sexuality education. En J. Ponzetti (Ed.), *Evidence-based approaches to sexuality education*. New York: Routledge.

Fredman, S. (2011). *Discrimination law*. New York: Oxford University Press.

Freud, S. (1992). *Obras completas*. Tomo VII. Buenos Aires: Amortu.

García Pelayo, Manuel (1980). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza.

García Toma, V. (2008). *Los derechos fundamentales en el Perú*. Lima: Jurista Editores.

Gavara de Cava, J. (2005). *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*. Navarra: Aranzandi.

Gay, G. (2004). The importance of multicultural education. En D. Flinders & S. Thornton (Eds.), *The curriculum studies reader*. New York: Routledge Falmer.

Grández Castro, P. (2010). *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*. Lima: Palestra.

Grández Castro, P. (2016). Tribunales kelsenianos y precedente. En *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*. Lima: Palestra.

Greppi, A. (2002). Los nuevos y los viejos derechos fundamentales. En M. Carbonell (Ed.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Guastini, R. (1999). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Guastini, R. (2010). *Interpretación, Estado y Constitución*. Lima: Ara Editores.

Guastini, R. (2015). La interpretación de la Constitución. En *Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho*, 3.

Gutmann, A. (1987). *Democratic education*. New Jersey: Princeton.

Habermas, J. (1996). *Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press.

Habermas, J. (2001). *Justification and application. Remarks on discourse ethics*. Cambridge: The MIT Press.

Habermas, J. (2007). Discourse ethics: notes on a program of philosophical justification (C. Lenhardt & SW Nichol森, Trad.) Moral consciousness and communicative action. Cambridge: Polity Press.

Halmai, G. (2012). The use of foreign law in constitutional interpretation. En M. Rosenfeld & András Sajó. *The Oxford handbook of constitutional comparative law*. Oxford: Oxford University Press.

Hamer, D. H., Hu, S., Magnuson, V. L., Hu, N., & Pattatucci, A. M. (1993). A linkage between DNA markers on the X chromosome and male sexual orientation. *Science*, 261(5119), 321-327.

Hart, H.L.A. (1994). *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press.

Hatzenbuehler, M. (2009). How does sexual minority stigma «get under the skin»? A psychological mediation framework. *Psychological Bulletin*, 135(5).

Hatzenbuehler, M. L., McLaughlin, K. A., Keyes, K. M., & Hasin, D. S. (2010). The impact of institutional discrimination on psychiatric disorders in lesbian, gay, and bisexual populations: a prospective study. *American Journal of Public Health*, 100(3), 452-459.

Haywood, Chris, & Mac An Ghail, M. (1995). The sexual politics of the curriculum: contesting values. *International Studies in Sociology of Education*, 5(2).

Hernández Guanche, V. (2009). Intersexualidad y prácticas científicas: ¿ciencia o ficción? *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, 8(1). Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.

Hernando Nieto, E. (2008). Neoconstitucionalismo y teoría de la argumentación jurídica: ¿son realmente proyectos convergentes? *Ius et Veritas*, 36.

Holmes, S., & Sunstein, C. (1999). *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company.

Huerta Guerrero, L. (2005). El derecho a la igualdad. *Pensamiento Constitucional*, XI(11).

International Commission of Jurists. (2007). *Los Principios de Yogyakarta: principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*.

International Commission of Jurists. (2009). *Sexual orientation, gender identity and International Human Rights Law – Practitioners Guide Nº 4*. Ginebra.

Katz, J. (1990). The invention of heterosexuality. *Socialist Review*, 20.

Ketting, E., Friele, M., Michielsen, K., & European Expert Group on Sexuality Education. (2016). Evaluation of holistic sexuality education: a European expert group consensus agreement. *The European Journal of Contraception & Reproductive Health Care*, 21 (1), 68-80.

Kinsey, A. C., Pomeroy, W. B., Martin, C. E., & Gebhard, P. H. (1993). Sexual behavior in the human female. En W. Rubenstein, *Lesbians, gay men and the law*. New York: The New Press.

Kogan, L., Fuchs, R., & Lay, P. (2011). *Sistemas abiertos y/o encubiertos de discriminación en el entorno laboral de pequeñas, medianas y grandes empresas en Lima Metropolitana*. Documento de discusión DD/11/08. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. (<http://hdl.handle.net/11354/368>). Recuperado el 10 de junio de 2018.

Kosciw, J. G., Greytak, E. A., Giga, N., Villenas, C., & Danischewski, D. (2016). *The 2015 National School Climate Survey. The experiences of lesbian, gay, bisexual, transgender, and queer youth in our nation's schools*. New York: GLSEN.

Kosciw, J. G., Greytak, E. A., Palmer, N. A., & Boesen, M. J. (2014). *The 2013 National School Climate Survey: the experiences of lesbian, gay, bisexual and transgender youth in our nation's schools*. New York: GLSEN.

Kymlicka, W. (2002). *Contemporary political philosophy. An introduction*. 2.^a edición. New York: Oxford University Press.

La República. (2017). Pleno aprobó derogatoria del DL 1323 en un duro golpe a la lucha contra los crímenes de odio. En *La República*. (<http://larepublica.pe/politica/872359-pleno-debate-derogatoria-del-dl-1323-sobre-los-crimenes-de-odio-en-vivo>). Recuperado el 30 de setiembre de 2017.

Landa Arroyo, C. (2003). La constitucionalización del derecho peruano. *Revista Derecho PUCP*, 71.

Landa Arroyo, C. (2010). Los precedentes constitucionales en el caso de Perú. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 14. Madrid.

Le Vay, S. (1991). A difference in hypothalamic structure between heterosexual and homosexual men. *Science*.

Le Vay, S. (1996). Queer science. The use and abuse of research into homosexuality. *The Washington Post*. (<http://www.washingtonpost.com/wp-srv/style/longterm/books/chap1/queerscience.htm>). Recuperado el 10 de junio de 2018.

Levinson, M. (2004). *The demands of liberal education*. New York: Oxford University Press.

Levy, S. R., Lytle, A., Shin, J. E., & Hughes, J. M. (2016). Understanding and reducing racial and ethnic prejudice among children and adolescents. En N. Todd (Ed.), *Handbook of prejudice, stereotyping and discrimination*. 2.^a edición. New York: Psychology Press.

MacCormick, N. (2003). *Legal reasoning and legal theory*. Kindle Edition. Oxford: Clarendon Press.

Macedo, S. (1995). Liberal civic education and religious fundamentalism: the Case of God v. John Rawls? *Ethics*, 105 (3).

Martínez Pujalte, A. (2005). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trujillo: Tabla XIII Editores.

Mayo, C. (2013). Queer lessons: sexual and gender minorities in multicultural education. En J. Banks & C. McGee Banks (Eds.), *Multicultural education. Issues and perspectives*. 8.^a edición. New Jersey: Wiley.

Mays, V., & Cochran, S. (2001). Mental health correlates of perceived discrimination among lesbian, gay and bisexual adults in the United States. *American Journal of Public Health*, 91 (1).

- McCrudden, C., & Prechal, S. (2009). *The concepts of equality and non-discrimination in Europe: a practical approach*. European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality.
- McGarry, R. (2013). Build a curriculum that includes them all. *Kappan Magazine*, 94(5).
- Meix Cereceda, P. (2014). *El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mérida Jiménez, R. (2002). Prólogo. En R. Mérida Jiménez (Ed.), *Sexualidades transgresoras. Una antología de estudios queer*. Barcelona: Icaria Editorial.
- Meyer, E. (2010). *Gender and sexual diversity in schools*. New York: Springer.
- Meyer, I. (2003). Prejudice, social stress, and mental health in lesbian, gay, and bisexual populations: conceptual issues and research evidence. *Psychology Bulletin*, 129(5).
- Meyerowitz, J. (2008). A history of «gender». *The American Historical Review*, 113(5), 1346-1356.
- Moschella, M. (2016). *To whom do children belong. Parental rights, children education, and children autonomy*. New York: Cambridge University Press.
- Nogueira Alcalá, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México: Universidad Autónoma de México.
- Nozick, R. (2003). *Anarchy, State, and utopia*. Kindle Edition. New York: Basic Books.
- Nussbaum, M. (2010). *From disgust to humanity. Sexual orientation and constitutional law*. New York: Oxford University Press.
- Olson, K. (2016). Mental health of transgender children who are supported in their identities. *Pediatrics*, 137(3).

Olweus, D. (2005). Bullying en la escuela: datos e intervención. *Violencia y escuela*. Valencia: Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia.

Organización Internacional del Trabajo. (2015). *ORGULLO (PRIDE) en el trabajo: un estudio de la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Argentina*. Ginebra: OIT.

Palmer, N. A., Kosciw, J. G., & Boesen, M. J. (2017). Disrupting hetero-gender-normativity: the complex role of LGBT affirmative supports at school. En S. Russell & S. Horn, *Sexual orientation, gender identity, and schooling. The nexus of research, practice and policy*. New York: Oxford University Press.

Pérez-Luño, A. (1991). Las generaciones de derechos humanos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 10.

Peces-Barba, Gregorio (1999). *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado.

Pérez-Wicht Arispe, J. (2017). *Identidad sexual y satisfacción de pareja en hombres homosexuales de Lima Metropolitana*. Tesis para optar por el título de licenciado en Psicología. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. (http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/9832/Perez-Witch%20Arispe_Identidad_sexual_satisfacci%C3%B3n1.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Recuperado el 4 de marzo de 2018.

Perú21. (2017). Reniec decidió no reconocer a madres lesbianas en el DNI de su hijo. *Perú 21*. (<http://peru21.pe/actualidad/reniec-decidio-no-reconocer-madres-lesbianas-dni-su-hijo-2268964>). Recuperado el 2 de abril de 2017.

Pettigrew, T. (1998). Intergroup contact theory. *Annual Review of Psychology*.

Portocarrero Quispe, J. (2013). Racionalidad procedimental y ponderación de derechos fundamentales. En P. Grández &

Félix Morales (Eds.), *La argumentación jurídica en el Estado constitucional*. Lima: Palestra.

Poteat, P. (2017). Understanding and reducing homophobic harassment and victimization in schools. En R. Stephen y S. Horn, *Sexual orientation, gender identity, and schooling. The nexus of research, practice and policy*. New York: Oxford University Press.

Pozzolo, S. (2011). *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima: Palestra.

Prieto Sanchís, L. (2002). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra.

PROMSEX. (2016). *Estudio Nacional sobre Clima Escolar en el Perú 2016*. Lima: PROMSEX.

Rahman, Q., & Wilson, G. (2013). Born gay? The psychobiology of sexual orientation. *Personality and individual differences*.

Rawls, J. (1999). *A theory of justice*. Cambridge: The Belknap Press.

Rawls, J. (2005). *Political liberalism*. New York: Columbia University Press.

Raz, J. (1972). Legal principles and the limits of law. *The Yale Law Journal*, 81 (5).

Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación. (2010). *Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación*. Documento A/65/162.

Rey Martínez, F. (2018). Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018. *Revista de Derecho político*, 100.

Rivers, I. (1997). Lesbian, gay and bisexual development: theory, research and social issues. *Journal of Community & Applied Social Psychology*, 7.

Roberts, A. L., Austin, S. B., Corliss, H. L., Vandermorris, A. K., & Koenen, K. C. (2010). Pervasive trauma exposure among US sexual orientation minority adults and risk of posttraumatic stress disorder. *American Journal of Public Health*, 100(12), 2433-2441.

Rubin, G. (1975). *The traffic in women: notes on the «political economy» of sex*. En K. Sacks & R. R. Reiter, *Toward an Anthropology of women*. New York: Monthly View Press.

Rubin, G. (1984). Thinking sex: notes for a radical theory of the politics of sexuality. *Social Perspectives in Lesbian and Gay Studies: a reader*, 100-133.

Sadowski, M. (2016). *Safe is not enough. Better schools for LGB-TQ students*. Cambridge: Harvard University Press.

Sagüés, N. (2007). *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

Sanchís, L. P. (2016). Los derechos sociales como derechos fundamentales. En *Liber amicorum: homenaje al profesor Luis Martínez Roldán* (pp. 589-605). Ediciones de la Universidad de Oviedo. (<http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponencia%20Prieto%20Sanchi%CC%81s.pdf>). Recuperado el 16 de julio de 2017.

Scott, J. W. (1986). Gender: a useful category of historical analysis. *The American Historical Review*. American Historical Association, 91(5).

Sears, B., & Mallory, C. (2011). *Documented evidence of employment discrimination & its effects on LGBT people*. Los Ángeles: The Williams Institute – UCLA School of Law.

Shapiro, D. (2007). *Is the welfare state justified?* Cambridge: Cambridge University Press.

Siles Vallejos, A. (2010). *El amor prohibido: uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo en el derecho constitucional peruano*. Lima: PROMSEX.

Skelton, A. (1997). Studying hidden curricula: developing a perspective in the light of postmodern insights. *Curriculum Studies*, 5(2).

Snapp, S., & Russell, S. (2017). Inextricably linked. The shared story of ethnic studies and LGBTQ-inclusive curriculum. En S. Russell & S. Horn, *Sexual orientation, gender identity, and schooling. The nexus of research, practice and policy*. New York: Oxford University Press.

Spitzer, R. (2003). Can some gay men and lesbians change their sexual orientation? 200 participants reporting a change from homosexual to heterosexual orientation. *Archives of Sexual Behavior*, 32(5).

Stabback, P. (2016). *What makes a quality curriculum?* Ginebra: UNESCO International Bureau of Education.

Style, E. (1988). Curriculum as window and mirror. *Oak Knoll School monograph Listening for All Voices Summit*. New Jersey. Disponible en web: (http://webapp1.dlib.indiana.edu/virtual_disk_library/index.cgi/4273355/FID840/eqtyres/erg/111548/1548.htm)

Taruffo, M. (2012). El precedente judicial en los sistemas del civil law. *Ius et Veritas*, 45.

Thornton, S. (2004). Silence on gays and lesbians in social studies curriculum. D. Flinders & S. Thornton (Eds.), *The curriculum studies reader*. New York: Routledge Falmer.

Tilcsik, A. (2011). Pride and prejudice: employment discrimination against openly gay men in the United States. *American Journal of Sociology*, 117(2). Chicago: The University of Chicago.

Torres Reyes, A. (2015). Menos del 2% de los matrimonios son entre personas del mismo sexo. *El País*. (http://politica.el-pais.com/politica/2015/06/26/actualidad/1435331440_101223.html). Recuperado el 1 de abril de 2017.

Tyler, R. (2013 [1949]). *Basic principles of curriculum and instruction*. Londres: University of Chicago Press. Kindle Edition.

UNESCO. (1974). *Recomendación sobre la educación para la comprensión, la cooperación y la paz internacionales y la educación relativa a los derechos humanos y las libertades fundamentales aprobada por la Conferencia General en su decimoc-tava reunión*. París: UNESCO.

UNESCO. (2009). *International technical guidance on sexuali-ty education* (Vol. I.). París: UNESCO.

UNESCO. (2012). *Review of homophobic bullying in educatio-nal institutions. Prepared for the international consultation on homophobic bullying in educational institutions*. Río de Janei-ro, Brazil, 6-9 December 2011. París: UNESCO.

UNESCO. (2013a). *Herramientas de formación para el desarro-llo curricular: una caja de recursos*. Ginebra: UNESCO.

UNESCO. (2013b). *Respuestas del sector de educación frente al bullying homofóbico*. Cuadernillo N.º 8. Santiago de Chile: UNES-SCO. (<http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002229/222918S.pdf>). Recuperado el 1 de abril de 2017.

UNESCO. (2014). *Teaching respect for all*. Implementation gui-de. París: UNESCO.

UNESCO. (2015a). *El bullying homofóbico y transfóbico en los centros educativos. Taller de sensibilización para su preven-ción. Guía de facilitación*. Santiago de Chile: UNESCO.

UNESCO. (2015b). *La violencia homofóbica y transfóbica en el ámbito escolar: hacia centros educativos inclusivos y seguros en América Latina*. Santiago de Chile: UNESCO.

UNESCO. (2016). *Out in the open. Education sector responses to violence based on sexual orientation and gender identity/expression*. París: UNESCO.

US Equal Employment Opportunity Commission. *Examples of court decisions supporting coverage of LGBT-Related discrimination under Title VII*. (https://www.eeoc.gov/eeoc/newsroom/wysk/lgbt_examples_decisions.cfm). Recuperado el 8 de abril de 2017.

US Equal Employment Opportunity Commission. (2016). What you should know about EEOC and the enforcement protections for LGBT workers. (https://www1.eeoc.gov/eeoc/newsroom/wysk/enforcement_protections_lgbt_workers.cfm?renderforprint=1). Recuperado el 8 de abril de 2017.

Vance Jr., S. R., Cohen-Kettenis, P. T., Drescher, J., Meyer-Bahlburg, H. F., Pfäfflin, F., & Zucker, K. J. (2010). Opinions about the DSM gender identity disorder diagnosis: results from an international survey administered to organizations concerned with the welfare of transgender people. *International Journal of Transgenderism*, 12 (1), 1-14.

Vierdag, E.W. (1973). *The concept of discrimination in international law*. La Haya: Martinus Nijhoff.

Viggiani, G. (2013). *Domestic and dating violence against LBT women in the EU*. Internacional: Creative Commons Attribution-Non Commercial No Derivatives 4.0. (<http://www.bleedingglove.eu/wp-content/uploads/2016/04/Research-book-ENG.pdf>). Recuperado el 19 de mayo de 2018.

Weichselbaumer, D. (2001). *Sexual orientation discrimination in hiring*. Working Paper N° 0021. Linz: Johannes Kepler University of Linz.

Whitam, F., Diamond, M., & Martin, J. (1993). Homosexual orientation in twins: a report on 61 pairs and three triplet sets. *Archives of Sexual Behavior*, vol. 22, N.º 3.

Williams, C. (2014). *Gender performance: the transadvocate interviews Judith Butler*. (<http://transadvocate.com/gender-per>

formance-the-transadvocate-interviews-judith-butler_n_13652.htm). Recuperado el 19 de marzo de 2017.

Wróblewsky, J. (1992). *The judicial application of law*. Dordrecht: Springer.

Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

Zucker, K. (2003). The politics and science of «reparative therapy». *Archives of Sexual Behavior*, vol. 32, N.º 5.

Zucker, K. (2008). On the natural history of gender identity disorder in children. *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, vol. 47, N.º 12.

Zucker, K. (2015). The DSM-5 diagnostic criteria for gender dysphoria. En C. Trombetta, M. Bertolotto & G. Liguori, *Management of gender dysphoria*. Milan: Springer.

Zucker, K. J., Cohen-Kettenis, P. T., Drescher, J., Meyer-Bahlburg, H. F., Pfäfflin, F., & Womack, W. M. (2013). Memo outlining evidence for change for gender identity disorder in the DSM-5. *Archives of Sexual Behavior*, 42 (5), 901-914.

Normas

Constitución Política del Perú (1993).

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1965.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979.

Currículo Nacional de la Educación Básica. Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, 2016.

Decreto legislativo que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género. Decreto Legislativo 1323, 2017.

Ley General de Educación. Ley 28044, 2003.

Ministerio de Desarrollo Social de Uruguay (2014) *Guía Educación y Diversidad sexual*. Montevideo: Ministerio de Desarrollo Social.

Ministerio de Educación de Chile (2014). *Orientaciones para el diseño e implementación de un Programa complementario al currículum en Sexualidad, Afectividad y Género*.

Reglamento de la Ley General de Educación. Decreto Supremo N° 011-2012-ED, 2012.

Resolución Ministerial N° 159-2017-MINEDU, 2017.

World Conference on Education for All (1990). *World declaration on education for all. Meeting basic learning needs*. Tailandia.

Jurisprudencia

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Cecilia Derksen v. The Netherlands*. Comunicación N° 976/2001. Decisión, 15 de junio de 2004.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Edward Young v. Australia. Views under article 5, paragraph 4, of the Optional Protocol*. Documento N° CCPR/C/78/D/941/2000, 18 de setiembre de 2003.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Juliet Joslin et al. v. New Zealand. Views under article 5, paragraph 4, of the Optional Protocol*. Documento N° CCPR/C/75/D/902/1999, 30 de julio de 2002.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Rupert Althammer et al. v. Austria*. Comunicación No 998/2001. Decisión, 22 de setiembre de 2003.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Simunek et al. v. The Czech Republic*. Comunicación N° 516/1992. Decisión, 31 de julio de 1995.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Toonen v. Australia*. Comunicación N° 488/1992, 1994.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Zwaan de Vries v. The Netherlands*. Comunicación N° 182/1984. Decisión, 28 de setiembre de 1984.

Comité de Ministros del Consejo de Europa. *Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) v. Croatia*. Resolución CM/ResChS(2009)7, 21 de octubre de 2009.

Committee on the Rights of Persons with Disabilities. *Gemma Beasley v. Australia*. Comunicación N° 11/2013. Decisión, 1 de abril de 2016.

Committee on the Rights of Persons with Disabilities. *Liliane Gröninger v. Alemania*. Comunicación N° 2/2010. Decisión, 4 de abril de 2014.

Corte Constitucional de Colombia. *Luis Felipe Rodríguez Rodas et al.* Sentencia SU214/16. Colombia, 28 de abril de 2016.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Atala Riffo e hijas v. Chile*. Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de febrero de 2012.

Corte Superior de Justicia de Lima. Cuarta Sala Civil. Óscar Ugarteche Galarza. Expediente N° 22863-2012-0-1801-JR-CI-08. Resolución N° 25, 19 de enero de 2018.

Corte Suprema de Canadá. *Chamberlain v School District N°36*. 2002 SCC 86 (CanLII). Sentencia, 20 de diciembre de 2002.

Corte Suprema de Estados Unidos. *Bowers v. Hardwick*. 478 U. S. 186 (1986). Sentencia de 31 de marzo de 1986.

Bibliografía

Corte Suprema de Estados Unidos. *Brown et al. v. Board of Education of Topeka et al.* 447 U.S. 483 1953, Sentencia de 17 de mayo de 1954.

Corte Suprema de Estados Unidos. *Griggs v. Duke Power Co.* Sentencia de 8 de marzo de 1971.

Corte Suprema de Estados Unidos. *Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558 (2003). Sentencia de 26 de junio de 2003.

Corte Suprema de Estados Unidos. *Obergefell et al. v. Hodges et al.* 576 U. S. ____ (2015). Sentencia de 26 de junio de 2015.

Sétimo Juzgado Constitucional de Lima. Óscar Ugarteche Galarza. Resolución N° 13, Lima, 21 de diciembre de 2016.

Suprema Corte Nacional de Justicia de México. *Acción de inconstitucionalidad 2/2010*. México D.F., 16 de agosto de 2010.

Suprema Corte Nacional de Justicia de México. *Tesis jurisprudencial 43/2015*. México, 19 de junio de 2015.

Tribunal Constitucional del Perú. *Alida Cortez Gómez de Nano*. Expediente N° 0964-2002-AA/TC. Sentencia, 17 de marzo de 2003.

Tribunal Constitucional del Perú. *Andrea Celeste Álvarez Villanueva*. Expediente N° 1423 -2013 -PA/TC. Sentencia, 9 de diciembre de 2015.

Tribunal Constitucional del Perú. Ángel Guillermo Herrera Otiniano y más de 5,000 ciudadanos (Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador). Expediente N° 0011-2002-AI. Sentencia, 10 de junio de 2002.

Tribunal Constitucional del Perú. *Azanca Alhelí Meza García*. Expediente N° 2945-2003-AA. Sentencia, 20 de abril de 2004.

Tribunal Constitucional del Perú. *Cámara Peruana de la Construcción*. Expediente N° 0261-2003-AA/TC. Sentencia, 26 de marzo de 2003.

Tribunal Constitucional del Perú. *Centro Cultural de Música y Danza Expresiones Andinas*. Expediente N° 03850-2011-PA/TC. Sentencia, 24 de octubre de 2011.

Tribunal Constitucional del Perú. Colegio de abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos c/. Congreso de la República. Sentencia, 3 de junio de 2005.

Tribunal Constitucional del Perú. *Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.* Expediente N° 1209-2006-PA/TC. Sentencia, 14 de abril de 2006.

Tribunal Constitucional del Perú. *Congresistas de la República (Ley de reforma magisterial 2)*. Expediente N° 0020-2012-P1/TC. Sentencia, 16 de abril de 2014.

Tribunal Constitucional del Perú. *Empresa Pesquera San Fermín S.A.* Expediente N° 02835-2010-PA/TC. Sentencia, 13 de diciembre de 2011.

Tribunal Constitucional del Perú. *Eyler Torres del Águila*. Expediente N° 0858-2003-AA/TC. Sentencia, 24 de marzo de 2004.

Tribunal Constitucional del Perú. *Feliciano Contreras Arana*. Expediente N° 04646-2007-PA/TC. Sentencia, 17 de octubre de 2007.

Tribunal Constitucional del Perú. *Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses*. Expediente N° 2192-2004-AA /TC. Sentencia, 11 de octubre de 2006.

Tribunal Constitucional del Perú. *Héctor Ricardo Faisal Fracalossi*. Expediente N° 1013-2003-HC/TC. Sentencia, 30 de junio de 2003.

Tribunal Constitucional del Perú. *Intendencia de Aduana de Tacna*. Expediente N° 01407-2007-PA/TC. Sentencia, 8 de agosto de 2008.

Tribunal Constitucional del Perú. *Jane Margarita Cósar Camacho y otros*. Expediente N° 02437-2013-PA/TC. Sentencia, 16 de abril de 2014.

Bibliografía

Tribunal Constitucional del Perú. *José Enrique Crousillat López Torres*. Expediente N° 03660-2010-PHC/TC. Sentencia, 25 de enero de 2011.

Tribunal Constitucional del Perú. *José Luis Corea Condori*. Expediente N° 2016-2004-AA/TC. Sentencia, 29 de enero de 2004.

Tribunal Constitucional del Perú. *José Miguel Morales Dasso en representación de cinco mil ciudadanos*. Expediente N° 0048-2004-PI/TC. Sentencia, 1 de abril de 2005.

Tribunal Constitucional del Perú. *Karen Mañuca Quiroz Cabanillas*. Expediente N° 2273-2005-PHC/TC. Sentencia, 20 de abril de 2006.

Tribunal Constitucional del Perú. *La Defensoría del Pueblo (demandante) c. Municipalidad Distrital de Miraflores (demandada)*. Expediente N° 00053-2004-PI/TC, Sentencia, 16 de mayo de 2005.

Tribunal Constitucional del Perú. *Larry Jimmy Ormeño Cabrera*. Expediente 4232-2004-AA/TC. Sentencia, 3 de marzo de 2005.

Tribunal Constitucional del Perú. *Manuel Anicama Hernández*. Expediente N° 1417-2005-PA/TC. Sentencia, 8 de julio de 2005.

Tribunal Constitucional del Perú. *Marthyori del Rosario Pacheco Cabuana*. Expediente N° 01151-2010-PA/TC. Sentencia, 30 de noviembre de 2010.

Tribunal Constitucional del Perú. *Más de 5000 ciudadanos*. Expediente N° 0008-2003-AI/TC. Sentencia, 16 de julio de 2003.

Tribunal Constitucional del Perú. *Más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República (Barrera electoral)*. Expediente N° 0030-2005-PI/TC. Sentencia, 2 de febrero de 2006.

Tribunal Constitucional del Perú. *Miguel Armando Cadillo Palomino*. Expediente N° 2317-2010-AA/TC. Sentencia, 3 de setiembre de 2010.

Tribunal Constitucional del Perú. *Nidia Yesenia Baca Barturén*. Expediente N° 05527-2008-PHC/TC. Sentencia, 11 de febrero de 2009.

Tribunal Constitucional del Perú. *Organización Magíster S.A.C.* Expediente N° 03869-2012-PA/TC. Sentencia, 6 de agosto de 2004.

Tribunal Constitucional del Perú. *P.E.M.M.* Expediente N° 0139 2013-PA/TC. Voto singular de los magistrados Eto Cruz y Mesía Ramírez. Sentencia, 18 de marzo de 2014.

Tribunal Constitucional del Perú. *Pedro Andrés Lizana Puellas*. Expediente N° 5854-2005-PA/TC. Sentencia, 8 de noviembre de 2005.

Tribunal Constitucional del Perú. *Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (Ana Romero Saldarriaga)*. Expediente N° 06040-2015-PA/TC. Voto singular de la Magistrada Marianella Ledesma. Sentencia, 21 de octubre de 2016.

Tribunal Constitucional del Perú. *Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (Ana Romero Saldarriaga)*. Expediente N° 06040-2015-PA/TC. Sentencia, 21 de octubre de 2016.

Tribunal Constitucional del Perú. *Rosa Bethzabé Gambini Vidal*. Expediente 05652-2007-PA/TC. Sentencia, 6 de noviembre de 2008.

Tribunal Constitucional del Perú. *Sindicato Nacional de Tecnólogos Médicos de la Seguridad Social*. Expediente N° 02370-2007-PA/TC. Sentencia, 7 de noviembre de 2007.

Tribunal Constitucional del Perú. *Treinta y un congresistas de la República*. Expediente N° 00002-2008-PI/TC, 9 de setiembre de 2009.

Tribunal Constitucional del Perú. *Víctor Manuel Otoya Petit*. Expediente N° 0606-2004-AA/TC. Sentencia, 28 de junio de 2004.

Bibliografía

Tribunal Constitucional del Perú. *Víctor Segundo Roca Vargas*. Expediente N° 5033-2006-PA/TC. Sentencia, 29 de agosto de 2006.

Tribunal Constitucional del Perú. *Yeny Zoraida Huaroto Palomino y otra*. Expediente N° 0091-2005-PA/TC. Sentencia, 18 de febrero de 2005.

Tribunal Constitucional del Perú. *Yolanda Lara Garay*. Expediente N° 03052-2009-PA/TC. Sentencia, 14 de julio de 2010.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *A.D.T. v. United Kingdom*. (Solicitud N° 35765/97). Sentencia, 31 de julio de 2000.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *B. v. France*. Serie A N° 232-C. Sentencia, 25 de marzo de 1992.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Case “Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium (Merits)*. (Demandas N° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64). Sentencia, 23 de julio de 1968.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Case of Campbell and Cosans v. The United Kingdom* (Demandas N° 7511/76; 7743/76). Sentencia, 25 de febrero de 1982.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Case of Valsamis v. Greece*. (Solicitud N° 21787/93). Sentencia, 18 de diciembre de 1996.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*. Sentencia, 21 de diciembre de 1999.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Christine Goodwin c. Reino Unido*. Solicitud N° 28957/95. Sentencia, 11 de julio de 2002.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Connors v. The United Kingdom*. (Solicitud N° 66746/01). Sentencia, 27 de agosto de 2004.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *D.H. et al v. The Czech Republic* (Solicitud N° 57325/00). Sentencia, 13 de noviembre de 2007.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Dudgeon v. El Reino Unido* (Solicitud N° 7525/76). Sentencia, 22 de octubre de 1981.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *E.B. v. Francia*. Solicitud N° 43546/02. Sentencia, 22 de enero de 2008.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Folgerø v. Norway*. (Solicitud N° 15472/02). Sentencia, 29 de junio de 2007.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Gaygusuz v. Austria*. Solicitud N° 17371/90. Sentencia, 16 de setiembre de 1996.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Grant c. Reino Unido*. Solicitud N° 32570/03. Sentencia, 23 de mayo de 2006.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*. Demandas N° 5095/71; 5920/72; 5926/72. Decisión, 7 de diciembre de 1976.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Kozak v. Polonia*. Solicitud N° 13102/02. Sentencia, 2 de junio de 2010.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *L. c. Lituania*. Solicitud N° 27527/03. Sentencia, 11 de septiembre de 2007.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Modinos v. Cyprus* (Solicitud N° 15070/89). Sentencia, 22 de abril de 1993.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Norris v. Ireland*. (Solicitud N° 10581/83). Sentencia, 26 de octubre de 1988.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Oliari et al. v. Italia*. Demandas N°18766/11 y 36030/11. Sentencia, 21 de julio de 2015.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* . Sentencia, 21 de diciembre de 1999.

Bibliografía

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Sejdić y Finci v. Bosnia Herzegovina*. Solicitud N° 27996/06 y 34836/06. Sentencia, 22 de diciembre de 2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Sidabras y Džiautas v. Lituania*. Solicitud N° 55480/00 y 59330/00. Sentencia, 27 de julio de 2004.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Vallianatos et al. v. Grecia*. Demandas N°29381/09 and 32684/09. Sentencia, 7 de noviembre de 2013.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *van Kück v. Germany*. Solicitud N° 35968/97. Sentencia, 12 de junio de 2003.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Weller v. Hungría*. Solicitud N° 44399/05. Sentencia, 31 de marzo de 2009.

Tribunal Europeo de Justicia. *Carole Louise Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd*. ECLI:EU:C:1994:300. Sentencia, 14 de julio de 1994.

Tribunal Europeo de Justicia. *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, C-177/88 [1991] IRLR 27. Sentencia, 8 de noviembre de 1990.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE

TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA

PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156 - BREÑA

CORREO E.: tareagrafica@tareagrafica.com

PÁGINA WEB: www.tareagrafica.com

TELÉFS. 332-3229 / 424-8104 / 424-3411

DICIEMBRE 2020 LIMA - PERÚ



ISBN: 978-612-4440-09-0



9 786124 440090