

La cuestión de si los homosexuales y lesbianas pueden abiertamente prestar sus servicios en las fuerzas armadas es un asunto que sigue siendo discutido en tribunales y legislaturas alrededor del mundo. Actualmente, al menos veinticinco países aceptan que homosexuales y lesbianas se desempeñen como miembros de las fuerzas armadas.¹ Algunos países nunca tuvieron una prohibición expresa sobre el Servicio Militar, mientras que en otros las prohibiciones fueron derogadas ya sea a través de acciones legislativas o de decisiones judiciales. La cuestión ha sido frecuentemente objeto de acalorados debates. En Corea del Sur, en octubre de 2010, la Comisión de Derechos Humanos consideró que una ley que penalizaba la conducta sexual entre personas del mismo sexo era una violación de los derechos de los soldados homosexuales a la igualdad y privacidad. Menos de seis meses después, en el caso [2008 Hun-Ga21](#), la Corte Constitucional de Corea del Sur llegó a una conclusión opuesta y confirmó la ley.

El impulso de reformas legislativas ha sido originado frecuentemente en procesos judiciales o cuasi-judiciales. En Australia, una marinera llamada Anita Van der Meer se quejó ante Comisión Australiana de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades, después que ella fue amenazada con ser retirada del servicio por su participación en una relación entre personas del mismo sexo. El Gabinete ministerial australiano eliminó la prohibición en 1992. En Canadá, Michelle Douglas fue deshonrosamente retirada del servicio por ser lesbiana. Pese a que ella logró un acuerdo en su caso ante un tribunal, el litigio provocó que el Ejército revisara y cambiara su política. En los Estados Unidos, se promulgó una ley para derogar la ley *Prohibido Preguntar Prohibido Decir* al tiempo que una Corte de apelaciones estaba revisando una decisión de un tribunal de primera instancia que había dejado sin efecto esa legislación.² Más de 13,000 soldados (hombres y mujeres) habían sido dados de baja desde que esa ley se promulgó en 1993.³

En dos decisiones en 1999,⁴ el Tribunal Europeo revocó la prohibición británica, que impedía a las personas homosexuales formar parte de las fuerzas armadas. Los demandantes habían argumentado que las investigaciones sobre su homosexualidad y sus posteriores bajas del servicio militar violaron su derecho a la vida privada bajo el Artículo 8 del la Convenio. El Tribunal determinó que se había dado una injerencia en las vidas privadas de los demandantes pero concluyó que fue por fines legítimos, a saber "el interés de la seguridad nacional" y "la prevención de desórdenes".⁵ No obstante, el Tribunal determinó que dicha injerencia no era necesaria en una sociedad democrática. De conformidad con jurisprudencia del Tribunal Europeo, la prueba de "necesario en una sociedad democrática" significa que la injerencia debe responder a una "necesidad social imperiosa" y ser "proporcional al fin legítimo que se persigue".⁶ Puesto que la restricción era respecto "a la parte más íntima de la vida privada de un individuo", solamente "razones especialmente graves" podrían servir como justificación.⁷ El Tribunal señaló que la principal justificación para mantener la política eran las "actitudes negativas del personal heterosexual hacia aquellos con orientación homosexual".⁸ El Tribunal observó que estas actitudes, aún pudieran ser sinceramente sentidas por aquellos que las expresaban, abarcaban un abanico de expresiones estereotipadas que iban desde la hostilidad hacia aquellos de orientación homosexual hasta expresiones vagas de incomodidad por la presencia de colegas homosexuales. En la medida en que representen un sesgo predispuesto de parte de una mayoría heterosexual hacia una minoría homosexual, estas actitudes negativas

no pueden, en sí mismas, considerarse por El Tribunal como una justificación suficiente para interferir con los derechos de los demandantes, ni más que las actitudes negativas similares hacia personas de distinta raza, origen o color.⁹

Al no haber hallado “evidencia concreta para corroborar el supuesto daño a la moral y la estado anímico y poder de lucha”, el Tribunal Europeo sostuvo que el gobierno no había presentado “razones convincentes y de peso para justificar la política”.¹⁰

En este capítulo, los enfoques judiciales son muy variados. El estándar de prueba para que una ley viole un derecho fundamental en los Estados Unidos de América es similar al adoptado por el Tribunal Europeo. Dicha ley debe fomentar un interés gubernamental importante, la intrusión debe ser significativamente mayor a dicho interés, y la intrusión debe ser necesaria. En el caso [Log Cabin Republicans](#), el Gobierno argumentó que el propósito de la ley *Prohibido Preguntar Prohibido Decir* ('DADT' por sus siglas en inglés) era promover los importantes intereses gubernamentales en la preparación militar y la cohesión de las tropas. En una impugnación anterior y no relacionada a la misma ley, la Corte de Apelaciones del 9º Circuito había aceptado que éstos eran importantes intereses gubernamentales.¹¹ En el caso [Log Cabin Republicans](#), la Corte limitó su análisis al segundo y tercer elementos del estándar de prueba. Halló que el gobierno no había cumplido con su responsabilidad de establecer si la ley promovía estos intereses o era necesaria. Por el contrario, los demandantes introdujeron evidencia significativa estableciendo que la ley DADT afectaba negativamente los intereses del gobierno en la preparación militar y cohesión de las tropas. A través de testimonios de testigos y de documentos, los demandantes demostraron que la ley provocó la baja de miembros calificados y necesarios del servicio; y que los militares habían retrasado el retiro de miembros homosexuales del servicio cuando éstos estaban en misiones en el extranjero en tiempo de guerra, indicando con ello que el Ejército no consideraba necesario dar de baja al personal lésbico u homosexual. El caso [Log Cabin Republicans](#) fue litigado y ganado en base a la importancia de las pruebas aportadas en el expediente. Los demandantes, en [Log Cabin Republicans](#), no invocaron argumentos de igualdad de protección. En el anterior caso de *Witt vs. Rumsfeld* se había desestimado la impugnación de Witt a la igualdad de protección frente a la ley DADT, porque una mayoría de la Corte Suprema en [Lawrence vs. Texas](#) había dejado sin efectos la ley de sodomía de Texas sólo por razones de privacidad y libertad.

En Corea del Sur, la Corte Constitucional, por una pequeña mayoría, confirmó la constitucionalidad del Artículo 92 del *Código Penal Militar* en el caso [2008 Hun-Ga21](#). El Gobierno había argumentado exitosamente que la ley era necesaria para preservar el estado anímico de las tropas y la cohesión de las unidades. La Corte consideró que éste era un objetivo legítimo y que la ley era un medio proporcional para alcanzar tal objetivo. Aunque solamente se prohibía la conducta sexual entre personas del mismo sexo, la Corte consideró que la orientación sexual no estaba protegida bajo la Constitución y, por lo tanto, había discriminación. Cuatro jueces tuvieron opiniones disidentes en razón de que la ley era inconstitucionalmente vaga, toda vez que no distinguía entre el sexo consensuado y el no consensuado.

En los casos colombianos y peruanos, la defensa de las leyes en cuestión por los respectivos gobiernos fue mínima. En el caso colombiano, la Procuraduría General de la Nación intervino a favor del demandante que impugnaba la ley. “En 1994, al

resolver una demanda interpuesta por un miembro de la Policía sancionado por "prácticas homosexuales" en virtud del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional, la Corte Constitucional colombiana precisó que sí bien los actos sexuales, tanto homosexuales como heterosexuales, realizados durante servicio o en instalaciones militares o policiales podían constituir faltas disciplinarias, otra cuestión diferente era excluir de la función militar o policial a una persona por su homosexualidad, lo cual sería contrario a "las exigencias constitucionales de tolerancia, igualdad, intimidad, libre desarrollo de la personalidad, que deben poner en práctica todas las instituciones sociales."¹² Esta interpretación fue reafirmada en 1999 por la Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad de varias normas del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Militares. La Corte Constitucional reiteró que la homosexualidad no puede ser contemplada por sí misma como una conducta reprochable, pero sí la ejecución pública de actos sexuales- ya sean homosexuales o heterosexuales, dentro de las instalaciones militares o durante el servicio.¹³ En el caso peruano, la Defensoría del Pueblo presentó una acción de inconstitucionalidad contra varias disposiciones de la legislación penal militar ante el Tribunal Constitucional. Una de las normas impugnadas permitía a los tribunales militares sancionar "las prácticas homosexuales entre militares, aun cuando éstas se realicen fuera de un local militar." El Tribunal Constitucional consideró que la norma era inconstitucional porque violaba el principio de igualdad.¹⁴ El razonamiento en ambos casos enfatizaba los requisitos de igualdad formal.

Pese a que el Tribunal Constitucional no indicó específicamente si la orientación sexual estaba incluida en el Artículo 2(2) de la Constitución del Perú, sí determinó que una diferencia en trato basada a la orientación sexual era inconstitucional. El Tribunal indicó: "Si lo antijurídico es la práctica de una conducta deshonesta, no existe razón objetiva ni base razonable, para que se sancione sólo las efectuadas entre personas del mismo sexo. Este razonamiento se profundizó en el caso *C.F.D.A. contra el Director de Instrucción y Doctrina de la Policía Nacional*, en la que el Tribunal Constitucional indicó que el trato discriminatorio basado en la orientación sexual era contrario a la Constitución."¹⁵

¹ Nathaniel Frank, "Gays in Foreign Militaries 2010: A Global Primer" ('Homosexuales en Milicias Extranjeras 2010: ') (Palm Center, University of California en Santa Barbara, Febrero de 2010), Apéndice.

² La ley de derogación de la política *Prohibido Preguntar Prohibido Decir* (DADT) fue aprobada por ambas cámaras del Congreso de los EE.UU. en diciembre de 2010. La derogación total debe ocurrir dentro de 60 días siguientes a la certificación del Secretario de Defensa y del Jefe del Estado Mayor Conjunto.

³ 'US Senate lifts don't ask don't tell gay soldier ban' ('Senado de los EE.UU. elimina la política de *Prohibido Preguntar Prohibido Decir* entre soldados homosexuales') Noticias de la BBC (18 de diciembre, 2010).

⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 27 de septiembre de 1999, [Lustig-Prean y Beckett vs. Reino Unido](#), Solicitudes Nos. 31417/96 y 32377/9; y Sentencia de 27 de septiembre de 1999, [Smith y Grady vs. Reino Unido](#), Solicitudes Nos. 33985/96 y 33986/96.

⁵ [Lustig-Prean](#), párrafo 67.

⁶ [Lustig-Prean](#), párrafo 80.

⁷ [Lustig-Prean](#), párrafo 82.

⁸ [Lustig-Prean](#), párrafo 89.

⁹ [Lustig-Prean](#), párrafo 90.

¹⁰ [Lustig-Prean](#), párrafos 92 y 98.

¹¹ *Witt vs. Rumsfield*, 527 F.3d 806, Corte de Apelaciones de los EE.UU. del 9º Circuito, 2008.

¹² Sentencia No. T-097/94 de 7 de marzo de 1994.

¹³ Sentencia C-507/99 de 14 de julio de 1999.

¹⁴ Sentencia de 9 de junio de 2004, EXP. N.º 0023-2003-AI/TC, *Lima, Defensoría del Pueblo*.

¹⁵ Sentencia de 9 de diciembre de 2009, Exp. Nº 00926-2007-PA/TC, *Lima C.F.A.D.*