I·N·F·O·R·M·E
T E M Á T I C O
L·G·B·T 2 0 1 8

DERECHO A LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS LGBT EN EL PERÚ: PERSPECTIVAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

PROMSEX
CENTRO DE PROMOCIÓN Y DEFENSA
DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

"Esta publicación no hace referencia a las personas intersex, pues la situación de derechos de las mismas será abordada en un informe temático posterior. Si bien se usa el acrónimo LGBT, este informe no solo hace referencia a quienes se dentifican como tales, sino que incluye a otras personas que sin autoidentificarse como LGBT subvierten los mandatos de la heteronormatividad, cisnormatividad y del sistema binario."

I·N·F·O·R·M·E
T E M Á T I C O
L·G·B·T 2 0 1 8

DERECHO A LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS LGBT EN EL PERÚ: PERSPECTIVAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

PROMSEX
CENTRO DE PROMOCIÓN Y DEFENSA
DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

INFORME TEMÁTICO DE PERSONAS LESBIANAS GAYS BISEXUALES Y TRANS (LGBT)
DERECHO A LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS LGBT EN EL PERÚ: PERSPECTIVAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

© Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX).
Av. José Pardo 601, oficina 603-604, Miraflores, Lima, Perú.
Teléfono: (51) (1) 447 8668 / Fax: (51) (1) 243 0460.
www.promsex.org

f/promsex
t/promsex

Edición y compilación: Brenda Alvarez Alvarez
Cuidado de edición: Liurka Otsuka Salinas
Asistente de edición: Karen Anaya Cortez

Responsable de recopilación de información: Jhony Juárez

Corrección de estilo y cuidado de edición: Francisco Gonza

Diseño y diagramación: Julissa Soriano

Cuidado de diseño y diagramación: Grecia Delta, Yazmin Trujillo, Karen Anaya, Brenda Alvarez, Jorge Apolaya, George Hale

Coordinación comunicacional: Jorge Apolaya

Fotos:
Alonzo Juarez (pág. 140 y 150)
Colectivo Malabrigo (pág. 63, 109, 113, 115, 125, 138 y 167)
Cristián Cáceres - Piquete Fotográfico (pág. 165)
Christian Inga (pág. 49)
Rochi León (pág. 17, 30, 35, 41, 42, 59, 68, 96 y 148)
Renato Pajuelo - La República (pág. 6)
Revista COSAS (pág. 71)
Sandra Elías (Carátula, pág. 1, 21, 55, 79, 99, 121, 123, 126, 131, 157 y 158)
Wenz Photography (pág. 5, 83 y 92)
Wayka (pág. 26, 51, 65, 91, 95, 110 y 128)
Foto tomada de internet (pág. 67)

Editado por: Promsex
Av. José Pardo 601 oficina 604, Miraflores
Lima – Perú

1a. edición – marzo 2018

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nº: 2018-03555
1000 ejemplares

Se terminó de imprimir en marzo del 2018 en:
Lettera Gráfica S.A.C.
Av. La Arboleda 431, Ate.
Teléfono: (51) (1) 340 2200

Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos – Promsex
Informe temático sobre Derechos Humanos de personas trans, lesbianas, gays y bisexuales en el Perú 2018. Derecho a la igualdad de las personas LGBT en el Perú: perspectivas jurídicas y políticas
1a. ed. Lima, Perú: Promsex 2018
ISBN: 978-612-4106-31-6

ÍNDICE

7 .... INTRODUCCIÓN
REPENSANDO EL DERECHO LA IGUALDAD Y SU GARANTÍA PARA LAS PERSONAS LGBT EN PERÚ
Brenda Alvarez Alvarez, Karen Anaya Cortez y Liurka Otsuka

18 .... CAPÍTULO I

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO NO NORMATIVA EN EL DERECHO PERUANO: AVANCES Y DESAFÍOS

20 .... 1.1 BALANCE CRÍTICO SOBRE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

22 .... La orientación sexual no heterosexual como categoría sospechosa proscrita de discriminación y su protección constitucional
Brenda Alvarez Alvarez

38 .... La identidad de género no normativa y su protección constitucional
Karen Anaya Cortez

50 1.2 LA JUDICIALIZACIÓN COMO HERRAMIENTA PARA LOGRAR LA IGUALDAD

52 .... El caso Armando Zorrilla: una búsqueda judicial de reconocimiento de las uniones de hecho igualitarias en el Perú
Brenda Alvarez Alvarez
Fiorella Zárate Guerrero

64 .... El caso de Ugarteche Aroche versus el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC): La búsqueda de igualdad y libertad para todos
Javier Mujica Petit

76 .... CAPITULO II

CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO PARA GARANTIZAR EL DERECHO A LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS LGBT EN LA NORMATIVA Y EN LA PRÁCTICA

78 .... 2.1 POLÍTICAS PARA LA IGUALDAD

80 .... Ordenanzas regionales: análisis de las políticas que buscan garantizar el derecho a la igualdad de las personas LGBT
David Arguedas
Pamelhy Valle

100 .... Análisis de las "políticas antidiscriminatorias" en los distritos de Miraflores, San Isidro y Pueblo Libre
Karen Anaya Cortez

130 .... 2.2 DE LA PROTECCIÓN A LA DISCRIMINACIÓN

132 .... Desigualdad institucionalizada: batallas por la igualdad en la discusión legislativa sobre la sanción de los "crímenes de odio"
Brenda Alvarez Alvarez
Karen Anaya Cortez

154 .... La "erradicación" de homosexuales y personas trans: análisis de los planes de seguridad ciudadana de Lima Metropolitana y sus distritos
Gabriela J. Oporto Patroni

“

TODAS LAS
PERSONAS NACEMOS
LIBRES E IGUALES

“

TE DIGO LO QUE ES
LA LIBERTAD PARA MÍ:
NO TENER MIEDO

NINA SIMONE

INTRODUCCIÓN

REPENSANDO EL DERECHO A LA IGUALDAD Y SU GARANTÍA PARA LAS PERSONAS LGBT EN PERÚ

¿Cuál es la respuesta del Estado frente a la desigualdad contra los grupos desaventajados, como son las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, en la sociedad peruana? ¿Es el Estado peruano un país igualitario que busca reparar dicha desigualdad? La respuesta puede ser desalentadora en mucho de los casos, si la premisa es que las sociedades democráticas, como el Perú, deberían promover contextos igualitarios que logren de manera efectiva el ejercicio de los derechos de todas y todos sin distinciones de índoles personales e irrazonables; más aún de aquellos grupos que por hechos históricos y políticos —porque la historia es política— se les ha colocado en una situación de opresión respecto de otros grupos. Nos preguntamos entonces: si el Estado conoce de dicha situación de sometimiento, por qué aún se protegen y legitiman discursos desde el propio Estado para seguir manteniendo esta desigualdad. Y, sobre todo, cuáles son las acciones del Estado para solucionar la discriminación estructural que continúa existiendo contra las personas LGBT en el Perú.

1. LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL

En el 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o la Corte) utilizó el término de "discriminación estructural", en el caso Campo Algodonero (Gonzales y otras vs. México) incluyendo así una reflexión sobre la desigualdad estructural; siendo que dicha consideración la fundamentó en la existencia de prácticas sociales basadas en estereotipos de género dominantes. Estereotipos que, además, plasmados de manera directa o indirecta en políticas y normas, agravaban la situación de desventaja (en el ámbito laboral, político, económico, etc.) de las mujeres en México.

Dichos elementos también se consideraron, posteriormente, en el caso Atala Riffo vs. Chile, en la que la Corte reconoció que las personas LGBT eran un grupo socialmente excluido, sometido: "[...] algunos actos discriminatorios [...] se relacionan con la reproducción de estereotipos [...] asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales"[1]. Siendo así que, en ambos casos, la Corte incorporó el dato sociológico sobre la situación de determinados grupos para demostrar su segregación social (discriminación estructural), marcando un análisis diferente más allá de la igualdad asociada a la idea de no discriminación como trato arbitrario desde un enfoque individualista (que, por tanto, no incorpora el dato sociológico). La Corte en la Opinión Consultiva OC-24/2017, sobre derechos de las personas LGTBI, sostiene que será arbitrario aquel "trato diferente desfavorable cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención que aluden a: [...] ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados"[2].

Cabe destacar que el concepto de grupo, definido a partir de su condición de sometido o sojuzgado, es central en esta idea, pues el mismo "reviste las siguientes características: una identidad propia diferente de las identidades de los miembros específicos que lo componen; la identidad y el bienestar del grupo y la identidad y bienestar de sus miembros son interdependiente; los miembros del grupo se identifican por su pertenencia a este y su estatus se ve determinado al menos, en parte, por el estatus del grupo (noción del grupo desventajado de Fiss)"[3].

2. EL ORDEN SEXUAL Y DE GÉNERO NORMATIVO: LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL DE LAS PERSONAS LGBTI Y SU LEGITIMACIÓN EN EL SISTEMA/DISCURSO JURÍDICO

La situación de sometimiento o de grupo en desventaja de las personas LGBTI está ligado a los mandatos del sistema binario del género/sexo, "modelo social y cultural dominante en la cultura occidental que considera que el género y sexo abarcan dos, y solo dos, categorías rígidas, a saber, masculino/hombre y femenino/mujer"[4], así como considera la heterosexualidad como posibilidad única. Este sistema marca las condiciones de vida y existencia de las personas, además de un sistema que segrega a quienes desafíen sus mandatos. Dichos mandatos, como parte del sistema social, son legitimados en el discurso jurídico, que sirve como herramienta

[1] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. 24 de febrero de 2012, párr. 267.
[2] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.* Opinión Consultiva OC-24/2017 solicitada por la República de Costa Rica. 24 de noviembre de 2017, párr. 66.
[3] Saba, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados?* Primera edición. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 59.
[4] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *óp. cit.*, párr. 32.

para el control social de los cuerpos, las subjetividades y sus relaciones, mediante el cual se proyectan los prejuicios sociales que fundamentan prácticas e ideas de sometimiento. Por ello, coincidimos con Wittig cuando señala que, "[...] la diferencia entre los sexos, el hombre, la mujer, la raza, negro, blanco, naturaleza están en el núcleo de este conjunto de parámetros (de las regulaciones de género). Y han formado nuestros conceptos, nuestras leyes, nuestras instituciones, nuestra historia, nuestras culturas"[5]; por lo cual, para ella, la heterosexualidad, por ejemplo, debe ser descrita no como una institución, sino como un régimen político que se basa en la sumisión y en la apropiación[6].

Como sistema ordenador encuentra en el ordenamiento jurídico una de las herramientas más poderosas de legitimización. Claras muestras de ello son, por ejemplo, la asignación binaria del sexo como requisito obligatorio para la garantía del derecho a la identidad de las personas recién nacidas, la protección jurídica exclusiva para parejas de personas de sexo legal distinto, las limitaciones en la adopción de niños por parte de las personas LGBTI, obstáculos judiciales y administrativos para el reconocimiento de las identidades de género, acceso a servicios médicos en el caso de las personas intersex, entre otros.

Es este régimen el que genera un contexto de violencia generalizada y violación sistemática de derechos fundamentales y humanos en el Perú. Como aspecto referencial, pues no se cuenta con información oficial que dé cuenta de la magnitud real del problema, en el año 2016 ocurrieron 18 homicidios[7] motivados en prejuicios contra personas gays (8), mujeres trans (7) y lesbianas (3); así como situaciones de violencia física no terminada en muerte (109)[8], violencia psicológica, suicidios (2)[9], discriminación estatal y privada (90)[10], son algunos casos que se han podido registrar.

Sin embargo, pese a que el ordenamiento jurídico ha sido —y es— una herramienta para "normalizar" las relaciones entre individuos y legitimar posturas políticas sobre el cuerpo. Es en este punto donde también convive el carácter transformador del derecho, pues, así como se puede señalar que el derecho ha sido un instrumento de segregación y discriminación, también es posible pensar que contiene un potencial libertario cuando se logra evidenciar las injusticias históricas a través del cambio de postura: reconocimiento de la subjetividad, dación de derechos explícitos y sanción por la vulneración de esos derechos[11].

[5] Wittig, Monique. *El Pensamiento heterosexual*. Segunda Edición. Madrid: Editorial EGALES, 2010, p. 84.
[6] *Ibíd.*, p. 15.
[7] IESSDEH. Informe anual del Observatorio de Derechos LGBT 2016. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Sexualidad, Sid y Sociedad-CIISSS/UPCH, 2016, p. 15.
[8] IESSDEH. *Loc. cit.*
[9] IESSDEH. *Loc. cit*.
[10] IESSDEH. *Loc. cit*.
[11] Otsuka, Liurka. *El matrimonio igualitario como derecho humano: el caso peruano y la constitucionalidad del matrimonio de parejas del mismo sexo.* Tesis por la Universidad Nacional de San Martin. Buenos Aires: 2017, p. 2.

A AFECTACIONES ESTRUCTURALES, RESPUESTAS ESTRUCTURALES: ¿QUÉ DEBE HACER EL DERECHO EN ESTOS CASOS?

Las personas LGBT, como se ha sostenido, son un grupo excluido sistemáticamente. Ello genera violaciones sistemáticas a sus derechos fundamentales y humanos en perjuicio de quienes hacen parte de estos grupos. Lamentablemente, este contexto ha sido propiciado principalmente por el Estado al asumir el sistema binario del género como mandato y objetivo perfeccionista. Si bien es reciente el debate sobre la nocividad de este sistema de exclusión, y el cuestionamiento a la legitimidad jurídica de la que goza, lo cierto es que es indispensable que desde el Derecho se generen respuestas idóneas para remediar estas graves violaciones a los derechos humanos.

Un primer acercamiento para pensar en los remedios jurídicos demanda entender que las personas que hacen parte de estos grupos "no se autoexcluyen en forma voluntaria y autónoma"[12]. Esta exclusión es generada por circunstancias ajenas al individuo cuya raíz es estructural y que, por tanto, las respuestas, más allá de abordar una circunstancia en concreto, deben atender las causas que generan la exclusión estructural. Asimismo, la desigualdad estructural merece un marco interpretativo distinto a la visión individualista que plantea el trato diferenciado como lesión al derecho a la igualdad.

Por ello, los contextos de desigualdad estructural, como sostiene Saba, "crea[n] desafíos particulares para la administración de justicia"[13], y en general para todo el aparato estatal. En esa medida, en la administración de justicia, por ejemplo, se han diseñado mecanismos de respuesta frente a violaciones masivas y sistemáticas a derechos humanos. Un claro ejemplo de ello es "las sentencias estructurales o garantías de no repetición [que] no es otra cosa que la búsqueda de la mejor interpretación del diseño institucional para lograr la efectiva protección de los derechos fundamentales"[14].Cuyo principal objetivo es evitar que la situación denunciada como injusta se mantenga. En muchos casos estas sentencias disponen la actuación de otros poderes del Estado a fin de corregir la situación de desigualdad.

Partir desde estos supuestos es neurálgico para entender la situación particular de las personas LGBT y, sobre todo, coadyuva a clarificar la ruta que debe seguir el Estado a fin de garantizar el derecho a la igualdad de estos grupos y evitar que su situación de exclusión sea reforzada.

[12] Saba, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados?* Madrid: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 31.
[13] *Ibíd.*, p. 13.
[14] Nash, Claudio y Constanza Núñez. "Sentencias estructurales. Momento de evaluación". En: Revista de Ciencias Sociales. Volumen Monográfico Extraordinario, 2015, p. 272.

3. REPENSANDO EL DERECHO A LA IGUALDAD: DESDE LA PERSPECTIVA "INDIVIDUAL" A UNA "ESTRUCTURAL"

El derecho a la igualdad ante la ley, como derecho fundamental recogido en el artículo 2.2 de la Constitución Política del Perú, se traduce en el reconocimiento "de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole") que, jurídicamente, resulten relevantes"[15]. Proscribiéndose así el trato diferenciado motivado en esas categorías.

El Tribunal Constitucional para realizar el análisis de cuándo un trato diferenciado resulta o no discriminatorio, ha determinado que el parámetro a emplearse es el principio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad[16]. Esto supone advertir que el trato diferenciado carezca de una justificación objetiva y razonable[17].

Esta aproximación al derecho a la igualdad, sostiene Saba, "tiene su raíz en una versión individualista de los derechos"[18] por dos motivos:

> [...] por un lado, [se vincula] con una visión descontextualizada de la situación de cada individuo, como contraria a una visión sociológica o contextualizada de una realidad social más amplia que contempla la pertenencia de ese individuo a un grupo sometido a ciertos tratos o prácticas sociales [...] [y], por otro lado, la versión individualista de la igualdad requiere de una supuesta intención de discriminación reconocida a partir de la irrazonabilidad del criterio seleccionado[19]

Así, sostiene Saba, la igualdad ante la ley como no discriminación es un estándar de mínimos que responde a un trato igualitario, libre de arbitrariedades, que es útil en situaciones en las que el trato a examinar no esté dirigido hacia personas o grupos en situación de desigualdad estructural. Este enfoque es insuficiente pues se desatiende las situaciones en las que la desigualdad del trato no se funda sobre la arbitrariedad o el prejuicio, sino que es consecuencia de situaciones de inequidad estructural a las que están sometidos algunos grupos[20].

En esa medida, la concepción del derecho a la igualdad, en contextos de desigualdad estructural, hace necesario un entendimiento diferenciado que se aparte del razonamiento

[15] Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente N 045-2004-PI/TC. 29 de octubre de 2005, fj. 20.
[16] *Ibíd*., fj. 21.
[17] *Ibíd*., fj. 22.
[18] Saba, Roberto. *Óp. cit.*, p. 55.
[19] Saba, Roberto. *Óp. cit.*, p. 59.
[20] Saba, Roberto. *Óp. cit.*, p. 79.

individualista. Este debe traducirse en evitar que se genere un grupo excluido, sometido o sojuzgado y/o se perpetúe esa condición[21]. Perspectiva del derecho a la igualdad que Saba denomina mandato de no sometimiento. El examen que realiza en cada caso será preguntarse si existe o no un contexto de desigualdad, y determinar si la acción o trato redunda en reforzar la situación de exclusión o si esta práctica excluye a un grupo.

Esta perspectiva, también, "obliga a redefinir la concepción de categorías sospechosas"[22], haciendo necesario reflexionar sobre a quiénes se protege bajo una categoría sospechosa y si se está soslayando o no la situación de asimetría entre los colectivos que hacen parte de dicha categoría. Pues "la categoría sospechosa, en sentido individualista (como no discriminación), no se refiere a ninguna clase de personas en particular, sino a aquellas personas que reciben un trato que deriva de una clasificación"[23].

Así, por ejemplo, la categoría orientación sexual busca proteger las diversas manifestaciones, heterosexualidad, homosexualidad, bisexualidad, pansexualidad, entre otras, valorando de modo simétrico sus contextos. En ese entorno, ¿las personas heterosexuales y las personas homosexuales se encuentran en igualdad de condiciones que amerite desde el derecho una protección reforzada para ambas? La respuesta es no. Pues el Estado garantiza y reconoce derechos para las personas heterosexuales, y no así a las de orientación sexual no heterosexual. Así también, desde este enfoque se identifican incongruencias en la implementación de políticas favorables que promuevan tratos diferenciados a favor de los grupos excluidos, pues el acento de protección está puesto en la categoría y no en el contexto.

Es así que las categorías sospechosas, raza, sexo, edad, orientación sexual, identidad de género, entre otras, dotan de protección simétrica a colectivos excluidos y privilegiados. Por lo que esta aproximación "no ofrece un estándar útil para resolver situaciones de desigualdad estructural, sino que conspiran [incluso] contra la aplicación de políticas de trato preferencial a ciertos grupos"[24]. Entonces, la perspectiva del derecho a la igualdad como no sometimiento es el punto de partida para mejorar la comprensión de las desigualdades estructurales y, sobre todo, para que desde el Estado se generen arreglos institucionales necesarios con el fin de erradicar la exclusión y evitar reforzar injusticias estructurales.

La aplicación de esta perspectiva como marco interpretativo del contexto de las personas LGBT supondría efectos trascendentales en el abordaje de la violencia y exclusión estructural de estas personas. Implicaría, por ejemplo, decisiones judiciales que generen remedios estructurales más allá del caso en concreto como la decisión de la Corte Constitucional de Colombia[25] que, en ausencia de acción del Congreso, garantizó igual protección para las parejas del mismo sexo; así

[21] Saba, Roberto. *Óp. cit.*, p. 58.
[22] Saba, Roberto. *Óp. cit.*, p. 81.
[23] Saba, Roberto. *Óp. cit.*, p. 98.
[24] Saba, Roberto. *Óp. cit.*, p. 132.
[25] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU214-16. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm>

como, por señalar solo un ejemplo, protocolos de investigación y de acción judicial diferenciados con el objetivo de garantizar el derecho al acceso a la justicia libre de estereotipos. En el ámbito legislativo, proyectos de ley que sancionen de modo diferenciado los crímenes cometidos por prejuicio contra personas LGBT, propuestas legislativas que habiliten procesos idóneos para que las personas trans accedan a cambios de nombre y sexo de modo expeditos. En el ámbito de las políticas públicas, políticas de refugio diferenciadas para adolescentes LGBT, programas de empleo y formación educativa que impidan que estas personas trunquen sus proyectos de vida a causa de la exclusión.

4. INFORME TEMÁTICO SOBRE EL DERECHO A LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS LGBT EN EL PERÚ

El objetivo del presente informe temático es evaluar, desde una perspectiva jurídica, el cumplimiento del Estado peruano a garantizar el derecho a la igualdad de las personas LGBT como el principio transversal al ejercicio de otros derechos humanos como el derecho a la vida, a la libertad personal, a la intimidad, a formar una familia, al libre tránsito, entre otros. Desde una mirada política, el presente informe plantea la necesidad de reconocer el contexto material en el que viven las personas LGBT en el Perú y, a partir de ello, analizar las estrategias para modificar dicha situación de injusticia, a través de los avances jurídicos como es el caso de reconocimiento del matrimonio igualitario válidamente realizados en el extranjero o la ejecución de herramientas administrativas para sancionar los casos de violencia contra las personas LGBT, debido a que no existe una prohibición explícita de la discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género en el Código Penal. De esta manera, luego de conocer la situación de desigualdad estructural de las personas LGBT en el Perú, a través de los informes anteriores, consideramos que es una oportunidad de analizar lo que el Estado y sus órganos están haciendo realmente para contrarrestar dicha situación.

El presente informe tiene dos capítulos con un total de 8 artículos, cada uno de los capítulos está dividido en dos secciones y cada sección contiene dos artículos. El capítulo primero analiza la protección constitucional de la orientación sexual e identidad de género no normativa, como categorías sospechosas de discriminación en el derecho peruano, con el objetivo de conocer los avances y plantear los desafíos para que los órganos legislativos y judiciales garanticen una correcta aplicación de la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos. De esta manera, la primera parte del capítulo realiza un balance crítico sobre los pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto a dos temas divididos en dos artículos: la orientación sexual y la identidad de género.

Respecto al primer artículo, "La orientación sexual como categoría protegida sospechosa proscrita de discriminación y su protección constitucional", la autora Brenda Álvarez realiza un

recorrido sobre la creación histórica del nuevo sujeto político LGBT que se ha dado a través, por un lado, de la organización social de dichas personas para su visibilidad política y, por otro, del trabajo desplegado para lograr el (re)conocimiento de la situación de violencia y exclusión diaria en la que viven. Esto último como un problema a ser tomado en cuenta por el Estado. De esta manera, dichos grupos de la sexo género diversidad han trabajado para acompañar procesos legislativos de reforma constitucional (2001-2002 y recientemente la del 2017) que se vieron como una oportunidad para incluir la orientación sexual como una categoría sospechosa de discriminación, como lo fue la categoría sexo en su momento, a través del trabajo del movimiento feminista de la época.

No obstante, la dificultad que plantea la modificación del artículo 2º de la Constitución para colocar expresamente la categoría orientación sexual e identidad de género, el Tribunal Constitucional ha venido elaborando sentencias (04) que reconocen la inconstitucionalidad de algunas normas que pretenden sancionar la homosexualidad en los Códigos de Justicia Militar (Expediente Nº 0023-2003-AI/TC), el establecimiento de sanciones administrativas de la Policía Nacional (Expediente. Nº 2868-2004-AA/TC, Expediente Nº 00926-2007-AA) por establecer relaciones homosexuales que contravendrían con el mandato de obediencia y decoro de dicha institución o acciones/resoluciones por parte del Instituto Nacional Penitenciario para negar el derecho de visita íntima de una mujer lesbiana. Sin embargo, el artículo plantea que, pese a estos pronunciamientos, el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, ha sentenciado tímidamente sobre el tema, pues no existe aún una comprensión sobre la situación de desigualdad estructural en la que viven las personas LGBT y, por tanto, sus sentencias se dirigen a una protección individual y no estructural, provocando que no se remedie la situación de desigualdad fundante en estos grupos.

El segundo artículo de esta sección "La Identidad de género en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" elaborado por Karen Anaya, continúa con el análisis de las sentencias que el Tribunal Constitucional ha emitido sobre la identidad de género con el objetivo de evaluar los pronunciamientos de este órgano en el tiempo y el tratamiento en sus resoluciones sobre la situación de desprotección estructural en la que se encuentra las personas trans. De esta manera, se trabajan tres (3) sentencias: el caso de Karen Mañuca (Expediente Nº 2273-2005-PHC/TC), el caso P.E.M.M. (Expediente Nº 00139-2013-PA/TC) y el caso Romero Saldarriaga (Expediente Nº 06040-2015-PA/TC). El artículo hace hincapié que el discurso jurídico ha servido como una herramienta que refuerza la diferencia sexual binaria y, por ende, patologiza las identidades trans por desestabilizar dicho sistema. De esta manera, concluye que la identidad de género no ha sido abordada por el TC desde la vulneración al derecho/principio de igualdad y no discriminación a partir de reconocer la situación de desigualdad estructural de las personas trans, sino que cuando lo ha hecho, como en el caso de Karen Mañuca, ha sido desde una perspectiva individual, es decir desde el análisis de la irrazonabilidad de la restricción al derecho a la identidad.

La segunda parte del capítulo muestra, a través de dos casos (Armando Zorrilla y Ugarteche Arroche), el uso del litigio para lograr la igualdad de las personas LGBT. Como citan las

autoras Brenda Álvarez y Fiorella Zárate, el principal objetivo del litigio estratégico es cuestionar la consideración de justicia del *status quo* creando uno nuevo más acorde con los ideales constitucionales. De esta manera, esta sección muestra el avance en la materia vía judicialización y lo pendiente a resolver por los órganos de justicia. Los artículos abordan los derechos a formar una familia y al libre desarrollo de la personalidad desde dos instituciones diferentes reconocidas por la Constitución: la unión de hecho y el matrimonio, pero que a través de la interpretación carente de una mirada progresiva de los derechos humanos ha restringido por años (y lo continúa haciendo) el acceso a derechos de las personas LGBT.

De esta manera, el primer artículo de esta segunda sección aborda la obligación de administrar justicia cuando exista una omisión legislativa o una laguna del derecho respecto a la regulación de la unión de hecho de parejas del mismo sexo. Y, se señala que existe la obligación del juez de no solo detectar las vulneraciones de derechos fundamentales de las personas LGBT, sino que es necesario que este brinde una solución al caso en concreto de acuerdo con el derecho nacional e internacional.

Por su parte, en el segundo artículo de dicha sección "El caso Ugarteche Arroche vs. el RENIEC", Javier Mujica releva los avances de la Sentencia del 7º Juzgado Constitucional respecto al caso de Ugarteche contra el RENIEC. Afirma, claramente, la necesidad de asumir una interpretación evolutiva sobre la institución de la familia, acorde a los cambios en la sociedad. Asimismo, la sentencia manifiesta el deber de interpretar los derechos reconocidos en la Constitución "de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú". Sin embargo, pese a que la Sentencia manifiesta una postura positiva y de acuerdo con derecho sobre el reconocimiento de parejas del mismo sexo, todavía queda un largo trecho por recorrer.

El segundo capítulo tiene como objetivo analizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado peruano para garantizar la igualdad de las personas LGBT, tanto en la norma como en la práctica, desde el análisis de casos y estadísticas concretas arrojadas por entes del Estado y la Sociedad Civil.

En el artículo "Ordenanzas regionales: Análisis de las políticas que buscan garantizar el derecho a la igualdad de las personas LGBT", escrito por Pamelhy Valle y David Arguedas, se expresa que "se ha sostenido que el Perú es un país que ha crecido económicamente y que ello debía suponer una mejora en la calidad de vida de su población. Sin embargo, la realidad ha ido demostrando que existe una serie de desafíos que aún deben ser enfrentados, entre ellos la situación de vulnerabilidad de diferentes grupos frente a la discriminación, en especial la de las lesbianas, gays, bisexuales y trans (LGBT)".

Por otra parte, Valle y Arguedas, en este artículo analizan 17 políticas regionales que garantizan una protección frente a la discriminación basada en la orientación y/o identidad de género de las personas. Con ello pretenden evidenciar los esfuerzos de algunos gobiernos regionales de

adecuar el ejercicio de sus competencias normativas para prevenir y erradicar la discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género dentro de su jurisdicción. Abordan las ordenanzas regionales antidiscriminatorias, y, a partir de estas, analizan cómo se ha incorporado la orientación sexual y la identidad de género en las ordenanzas regionales, haciendo un recorrido de las sanciones y el impacto que estas ordenanzas tienen a favor de las personas LGBT.

El informe continúa en su capítulo II, en la sección primera, con el análisis que hace Anaya Cortez en su artículo sobre las "políticas anti discriminatorias" en los distritos de Miraflores, San Isidro y Pueblo Libre, la autora expresa que pese a que existe un gran gorro de protección internacional que reconoce y restituye los derechos de las personas LGBT, que históricamente han sido excluidos y despojados por las sociedades heteropatriarcales de Latinoamérica y especialmente por la sociedad del Perú, a través de sus discursos y acciones políticas pretenden invisibilizar la discriminación que cotidianamente esta población sufre.

Sigue diciendo que, el Estado peruano, pese a que hace un reconocimiento explícito de algunos derechos de las personas LGBT, estos no llegan a materializarse, puesto que en la práctica existe un sinnúmero de obstáculos (el racismo, la división de clases: social y económica, la religión, etc.). La autora sugiere que en ese contexto una alternativa son las ordenanzas municipales (normativa expedida por los gobiernos locales, que tiene aplicación en su jurisdicción), pudiendo estas usarse como herramientas de reconocimiento y reivindicación para la protección de los derechos de las personas LGBT, y, que se sancione a los que cometen esta discriminación en los sectores públicos como: en el transporte público, discotecas, bares, entre otros. La autora finaliza con las tareas pendientes del Estado peruano. Sugiere que los gobiernos locales pueden convertirse en aliados reales para alcanzar la igualdad para las personas LGBT en el país.

En la sección *de la protección a la discriminación* se plantea reflexionar sobre los avances y retrocesos en el ámbito legislativo para sancionar los crímenes de odio o violencia por prejuicio por orientación sexual e identidad de género, a través del artículo "Desigualdad Institucionalizada: Discusión legislativa sobre la sanción a los "crímenes de odio"", elaborado por Brenda Álvarez y Karen Anaya. Con el objetivo de analizar el artículo 1º del Decreto Legislativo 1323 que incorporó la sanción de la discriminación por orientación sexual e identidad de género, así como narrar el debate que este Decreto Legislativo suscitó en el Pleno del Congreso. Las autoras plantean en su artículo una serie de preguntas cuestionadoras sobre estos hechos que nos permiten evidenciar la desigualdad enquistada en el Estado a través de sus órganos de poder, como es el caso del legislativo.

Continuando con el análisis sobre la desigualdad institucionalizada, Gabriela Oporto elabora el artículo "La "erradicación" de homosexuales y personas trans: Análisis de los planes de seguridad ciudadana de Lima Metropolitana y sus distritos", en el que se hace evidente, como a través de una serie de prácticas oficiales como los Planes de Seguridad Ciudadana, que aún hasta hoy, y pese a existir un reconocimiento por parte de los órganos de derechos humanos de que la homosexualidad y la transgeneridad no son delitos (todo lo contrario, la orientación

sexual e identidad de género tienen protección constitucional e internacional), son perseguidas por los funcionarios de las Municipalidades con el objetivos de "garantizar" dicha seguridad ciudadana, "erradicando" a los homosexuales y travestis. De esta manera, como recoge Oporto en su artículo, existen once (11) planes (de 47 planes analizados) que hacen referencia a la erradicación de homosexuales o travestis, siendo el distrito de La Victoria el que reporta un mayor número de personas reprimidas por esta causa: 1466 homosexuales en el 2014, 715 en el 2015 y 456 en el 2016.

En suma, este documento está dirigido no solo a dar cuenta del cumplimiento de los estándares de igualdad para las personas LGBT, sino también busca llamar la atención en los activistas, la comunidad jurídica y defensores de derechos humanos por la sexo género diversidad para aunar esfuerzos en la vigilancia de las normas y políticas públicas y la incansable exigencia de sus derechos humanos para la población LGBT. Así también, hacer eco en los tomadores de decisiones para que desde sus lugares (Congreso, órganos jurisdiccionales, ministerios, municipalidades, entre otros) garanticen el cumplimiento de las normas de derechos humanos y de sus propias políticas públicas que buscan solucionar problemas que afectan a grupos más vulnerables de la sociedad peruana como las personas LGBT y evitar/remediar las resoluciones contradictorias con el principio/derecho de igualdad y no discriminación que mantienen la estructura de jerarquías de un grupo sobre otro.

Finalmente, se agradece la colaboración de las autoras y los autores que realizaron los artículos que conforman el presente Informe Temático LGBT, 2017 "Derecho a la igualdad de las personas LGBT en el Perú: perspectivas jurídicas y políticas".

CAPÍTULO 1

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO NO NORMATIVA EN EL DERECHO PERUANO: AVANCES Y DESAFÍOS

1.1

BALANCE CRÍTICO SOBRE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1.2

LA JUDICIALIZACIÓN COMO HERRAMIENTA PARA LOGRAR LA IGUALDAD

1.1

BALANCE CRÍTICO SOBRE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

LA ORIENTACIÓN SEXUAL COMO CATEGORÍA SOSPECHOSA PROSCRITA DE DISCRIMINACIÓN Y SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

LA IDENTIDAD DE GÉNERO NO NORMATIVA Y SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

“

[..] ¿QUÉ CONSTITUYE UNA VIDA INTELIGIBLE Y QUÉ NO, Y CÓMO LAS SUPOSICIONES ACERCA DEL GÉNERO Y LA SEXUALIDAD NORMATIVOS DECIDEN POR ADELANTADO LO QUE PASARÁ A FORMAR PARTE DEL CAMPO DE LO “HUMANO” Y DE LO “VIVIBLE”?

(JUDITH BUTLER. EL GÉNERO EN DISPUTA, PREFACIO, PP.26)

1.1.1

LA ORIENTACIÓN SEXUAL COMO CATEGORÍA SOSPECHOSA PROSCRITA DE DISCRIMINACIÓN Y SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

BRENDA ALVAREZ ALVAREZ [26]

1. INTRODUCCIÓN

En el pasado siglo XX, las luchas sociales por el reconocimiento de la igualdad legal y material han ido emergiendo en nuestra región y en el Perú. En las últimas décadas, entre los movimientos sociales que han levantado demandas de igualdad, encontramos, principalmente, al movimiento feminista y al movimiento por la diversidad sexual, también conocido como movimiento de lesbianas, gays, bisexuales y trans (en adelante, LGBT)[27]. Según Vargas, la existencia de estos "nuevos movimientos", "ha venido a cuestionar radicalmente la forma como están estructuradas las sociedades"[28].

El movimiento feminista y el movimiento por la diversidad sexual han tenido como propuesta política la politización de lo privado y la ruptura de la heterosexualidad como única forma válida y legítima de sexualidad. El movimiento feminista develó la estructura de sometimiento

[26] Abogada con especialidad en Género, Derechos Humanos y Constitución por el Centro de Estudios Constitucionales, diplomada en Pluralismo Jurídico y Derecho Indígena por la Pontificia Universidad Católica del Perú; con estudios en la Maestría en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en diversidad sexual y de género y coordinadora del área legal del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos - PROMSEX.

[27] Si bien las demandas de las personas con características sexuales que difieren del estándar de corporalidad, entendidos como los parámetros femeninos o masculinos, denominadas también como intersex, han cobrado visibilidad en las últimas décadas a lo largo del mundo, lo cierto es que en el Perú no se han identificado organizaciones o demandas sobre el reconocimiento de derechos de estas personas. Por ello, en la redacción de este artículo no se incorporará la sigla I en el acrónimo que hace referencia a los movimientos por la sexo género diversidad.

[28] Vargas, Virginia. *Feminismos en América Latina: Su aporte a la política y a la democracia*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales, 2008, p. 34.

de las mujeres respecto a los hombres. El movimiento por la diversidad sexual, por su parte, ha luchado por el reconocimiento de la orientación sexual y la identidad de género no heterosexuales frente al imperio de la heterosexualidad como sistema ordenador de la vida social, logrando superar en alguna medida la patologización y la criminalización de las expresiones de la diversidad sexual y posicionando un discurso de reivindicación de derechos fundamentales.

Según Vargas, "estos nuevos movimientos sociales generan nuevas preguntas y abren nuevos espacios de análisis y discusión, poniendo en relieve los vínculos existentes entre la vida cotidiana y las relaciones de poder dentro de las cuales es posible lograr la transformación social"[29]. Es así como las más grandes demandas al derecho a la igualdad en el Perú han sido, y vienen siendo, protagonizadas por estos movimientos planteando retos al igualitarismo constitucional de modo particular en sociedades profunda y estructuralmente desiguales como la peruana.

EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR SEXO

Un claro ejemplo es la acción política del movimiento feminista que ha tenido impacto en los textos constitucionales de 1979 y 1993. Esto lo registra los Diarios de los Debates de la Asamblea Constituyente 78-79, en la 4ta sesión del 28 de septiembre, de la Comisión de Constitución y Reglamento de la Asamblea Constituyente de 1978[30], en la que se debate sobre la incorporación constitucional del reconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres.

En esta sesión, el constituyente Ernesto Alayza Grundy[31], del Partido Popular Cristiano (PPC), refirió que diversos grupos "femeninos"[32] habían hecho llegar un volumen considerable de cartas a varios asambleístas mostrando preocupación por los intereses de la mujer en el proceso de elaboración de la Constitución. La intención de Alayza era encausar estas preocupaciones, ya que constituía una problemática que merecía el interés de la Asamblea, propuesta que tuvo eco en algunos y algunas asambleístas.

Es así como, tras haber encontrado interlocutores políticos en la Asamblea Constituyente, entre ellos las dos únicas asambleístas mujeres, Gabriela Porto de Power y Magda Benavides, se crea la Subcomisión de Estudio de la Condición Jurídica de la Mujer, que se encargó de recibir las comunicaciones de las organizaciones de mujeres feministas con el objetivo de analizar, recomendar y dar opinión sobre los temas que atañen a la mujer, haciendo llegar la información

[29] Vargas, Virginia, *loc. cit.*
[30] República del Perú. *Diario de los debates de la Asamblea Constituyente 1978*. Tomo I. Perú: Publicación oficial. En: <http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const79DD/AsamConst/TomoCompletoAsamblea/TomoI.pdf>
[31] Ernesto Alayza Grundy se desempeñaba como segundo vicepresidente de la Junta Directiva de la Asamblea Constituyente.
[32] Nombre que le asigna el constituyente a los grupos de mujeres feministas que habían hecho llegar cartas a la Asamblea a fin de que se reconozca la situación de discriminación de las mujeres en la sociedad peruana.

a las Comisiones pertinentes para su incorporación en el proyecto del texto constitucional. De esta manera, se logró incorporar por primera vez, en el texto constitucional, el reconocimiento del derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación por sexo. Este resultado fue un avance constitucional pues, pese a que se plantea la categoría simétrica sexo (que hace referencia tanto a hombres como a mujeres), el objetivo de la cláusula buscó generar protección para las mujeres dentro del catálogo de derechos fundamentales[33].

El texto constitucional de 1979 no sería nuestra más lograda obra constitucional de la historia republicana del Perú, si no hubiese reconocido el derecho a la igualdad ante la ley y el mandato de no discriminación de las mujeres, y esto no habría sido posible sin el quehacer político del movimiento feminista. La Constitución de 1979 tuvo repercusiones en la vida de las niñas y mujeres de nuestro país, pues, al reconocer la igualdad ante la ley y prohibición de discriminación por sexo, dio sustento a posteriores medidas —aunque todavía insuficientes— avocadas a erradicar la exclusión de las mujeres. Si bien, entonces, no podemos afirmar que actualmente las mujeres peruanas son absolutamente iguales, incluso ante la ley, sí podemos afirmar que, como sociedad, existen avances significativos encaminados a lograr la igualdad material entre hombres y mujeres cisgénero[34].

Por otra parte, el movimiento por la diversidad sexual, debido a las propias condiciones de exclusión y violencia que vivían sus integrantes, no fue un actor político en la inclusión de la orientación sexual y la identidad de género como categorías constitucionalmente protegidas en el artículo 2 de las constituciones de 1979 y de 1993. Sin embargo, en la última década, gracias a la visibilidad de diversos colectivos de personas LGBT (apoyado esto por el avance en materia de igualdad y no discriminación de las personas LGBT a nivel internacional), las agendas del movimiento de diversidad sexual han cobrado relevancia en la disputa por el derecho a la igualdad en el Perú, presentándose como el reto más desafiante de la Constitución de estos tiempos, y como una de las deudas pendientes de la democracia.

A continuación, se hará una revisión, en primer lugar, del surgimiento de un nuevo sujeto político: las personas lesbianas, gays, bisexuales (LGB), que han venido reclamando de forma visible, durante los últimos veinte años, el reconocimiento de sus derechos fundamentales, así como condiciones de vida dignas, dadas las actuales escenarios de violencia y discriminación en las que viven. A pesar de que la disputa frente a la heterocisnormatividad ha sido protagonizada de manera conjunta entre LGB y las personas trans, este artículo no abordará las discusiones jurídicas respecto a la identidad de género como categoría prohibida de discriminación.

[33] Los anteriores textos constitucionales solo incorporaron derechos parciales, como el derecho a la educación primaria para las mujeres (Constitución de 1920) y el derecho al voto de las mujeres en elecciones municipales (Constitución de 1933).

[34] Se entenderá por persona cisgénero "cuando la identidad de género de la persona corresponde con el sexo asignado al nacer. El prefijo "cis" es antónimo al prefijo "trans". Extraído de los conceptos utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>

En segundo lugar, revisaremos cómo, en coherencia histórica con la aparición de este nuevo sujeto político, es recién en el proceso de reforma constitucional del año 2002 que aparece el primer intento de incluir a la orientación sexual como categoría protegida en el artículo 2, inciso 2, del texto constitucional. Y, finalmente, se hará un recorrido por las sentencias del Tribunal Constitucional que se han pronunciado, desde el año 2004 en adelante, sobre el reconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación de personas LGBT.

2. LA DIVERSIDAD SEXO GENÉRICA Y EL DERECHO A LA IGUALDAD

Como se advierte en líneas anteriores, el impacto de la reivindicación del derecho a la igualdad planteada por los movimientos sociales tiene un correlato en las reformas constitucionales. Según Cuba, "para las poblaciones que han sido más invisibilizadas, la visibilidad constituye una acción política de primer orden, un punto obligatorio en la agenda de las organizaciones LGTB [...]. Cuando la gran mayoría de una comunidad oprimida no puede posicionarse pública y políticamente como sujeto, ni posicionar sus demandas, resulta complicado hacer política"[35].

En esa línea argumentativa, la construcción de un sujeto(a) político(a) requeriría de dos elementos principales: primero, la organización de dicho colectivo social y su visibilidad política; y, segundo, el reconocimiento de la situación de exclusión o violación de derechos de un determinado colectivo social, lugar desde el que su enunciación política será posible para la generación de sus prerrogativas al Estado.

En el Perú las prácticas de exclusión hacia las comunidades LGBT son de larga data. Las particularidades de esta exclusión y la negación, incluso, de su existencia, fueron y siguen siendo obstáculo para su agrupamiento y organización debido al estigma social. Es por ello que, después de la dictadura militar, en el marco de la emergencia de los movimientos por la diversidad sexual en Norteamérica, Europa y Latinoamérica, "recién en el año 1981, un grupo de gais funda la Acción para la Liberación Homosexual (ALPHO), y un año después, octubre de 1982, un grupo de jóvenes gais de izquierda funda el Movimiento Homosexual de Liberación, años más tarde siendo denominado el Movimiento Homosexual de Lima (MHOL)"[36]. Por otro lado, debido al avance del movimiento feminista latinoamericano, surge el Grupo de Autoconciencia Lésbica Feminista (GALF), fundado en el año 1984, siendo el primer grupo de lesbianas del Perú[37].

[35] Cuba, Lucero. *Entre orgullos y resistencias: una aproximación al movimiento LGTB en el Perú*. Lima: PDTG (Programa Democracia y Transformación Global), 2012, p. 18.
[36] Mezarina Chávez, Julián Alberto. "El activismo como estilo de vida: el proceso de formación y la práctica activista de los miembros de la Articulación de Jóvenes LGTB en Lima". Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016, p. 48.
[37] Cuba, Lucero. *Óp. cit.*, p. 38.

Posteriormente, en la década de los 90, durante el gobierno de Alberto Fujimori, "se despide a Óscar Ugarteche, economista y asesor del gobierno de ese entonces, cuando hizo pública su homosexualidad y su calidad de fundador del MHOL"[38], "poniéndose en evidencia un sistema de extorsión a empresarios, políticos y artistas homosexuales"[39]. Dicho despido fue la primera demostración de la homofobia institucional instalada en aquel gobierno, seguido del despido de 117 diplomáticos. El entonces Presidente de la República, Alberto Fujimori, explicaría a la prensa nacional que los despidos de los diplomáticos fueron, entre otras razones, a causa de su homosexualidad haciendo referencia a unas supuestas "prácticas sexuales dudosas"[40].

En ese contexto, el 28 de junio de 1995 se realizó la primera manifestación pública de personas homosexuales por el día del orgullo gay en el Perú. Dicha manifestación dista mucho de las actuales marchas multitudinarias del movimiento por el reconocimiento de la igualdad, pues en aquella época solo 15 valientes personas se expusieron públicamente para exigir ser consideradas libres e iguales.

Recuperada la democracia, en el 2002[41] se abre paso al proceso de Reforma Constitucional. El movimiento LGBT participó activamente de este proceso, formando el Frente por el Derecho a ser Diferente (FREDIF) y, en este marco, emprendieron la campaña "ES HORA DE ESTAR" que

[38] Infante, Gio. "Es suicida ser gay y votar por Fujimori". *La Mula*. 2011. En: <https://gioinfante.lamula.pe/2011/06/04/es-suicida-ser-gay-y-votar-por-fujimori/gioinfante>
[39] Mezarina Chávez, Julián. *Óp. cit.*, p. 52.
[40] Infante, Gio. "Es suicida ser gay y votar por Fujimori". *La Mula*. 2011. En: <https://gioinfante.lamula.pe/2011/06/04/es-suicida-ser-gay-y-votar-por-fujimori/gioinfante>
[41] Mezarina Chávez, Julián. *Óp. cit.*, p. 55.

buscaba incluir, en el proceso de la Reforma Constitucional, la no discriminación por orientación sexual en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución, con el objetivo de que se reconozca la igualdad entre personas heterosexuales y no heterosexuales y se proscriba la discriminación hacia las personas de orientación sexual no normativa. Sin embargo, a pesar de sus esfuerzos, en la propuesta de reforma aprobada por la Comisión de Constitución, la orientación sexual no fue incluida expresamente como una categoría prohibida de discriminación.

3. SOBRE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES Y PROTECCIÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO COMO CATEGORÍAS PROHIBIDAS DE DISCRIMINACIÓN

La incorporación en el debate de reforma constitucional sobre la orientación sexual e identidad de género, como categorías sospechosas de discriminación en el artículo 2 de la Constitución, es reciente. Esto debido a dos razones principales: primero, que las demandas de igualdad de los colectivos LGBT han cobrado mayor fuerza a mediados de la década de los 90 y, segundo, que la oposición al reconocimiento de la desigualdad social y jurídica en la que se encuentran estas personas ha logrado excluirlas de todo proceso de reforma e inclusión en el texto constitucional.

De una revisión de los diarios de debates de la Asamblea Constituyente de 1979 y del Congreso Constituyente Democrático de 1993, no se advierte la presencia de discursos ni propuestas de reforma en el texto constitucional que involucren un reconocimiento de la orientación sexual e identidad de género como categorías prohibidas de discriminación. No obstante, en el proceso de reforma constitucional de 2002, que como bien sabemos no concluyó satisfactoriamente, se logró evidenciar la presencia de esta demanda en el debate. A continuación, veremos el desenlace de este proceso gracias a la participación de los colectivos LGBT y el apoyo de algunos parlamentarios aliados.

LA TRUNCA REFORMA CONSTITUCIONAL 2001 – 2002 Y EL INTENTO DE UNA CONSTITUCIÓN MÁS IGUALITARIA

Recuperada la democracia, en el gobierno de transición del Dr. Paniagua, se crea la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional[42]. Posteriormente, y luego del trabajo de la Comisión de Constitución, el ex presidente Alejandro Toledo aprobaría la Ley Nº 27600, "Ley que suprime la firma de Alberto Fujimori de la Constitución Política de 1993 y establece proceso de Reforma Constitucional", con el objeto de encargar a la Comisión de Constitución, Reglamento

[42] Aprobada mediante Decreto Supremo Nº 018-2001-JUS, de fecha 26 de mayo de 2001.

y Acusaciones Constitucionales hacer una revisión integral y participativa de la Constitución de 1993 y proponer al Pleno del Congreso un proyecto de reforma total de la Constitución.

Esta Comisión estuvo presidida por Henry Pease, del partido Perú Posible, quien elaboró una propuesta de Anteproyecto de Ley de Reforma de Constitución Política del Perú, documento que fue un punto de partida para la discusión legislativa. Dicho texto, respecto al derecho a la igualdad, planteaba lo siguiente:

> En el derecho a la igualdad
>
> 2. A la igualdad. Está prohibida toda forma de discriminación por motivo de origen, filiación, raza, ***género,*** características genéticas, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad o de cualquier otra índole, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, además adoptará medidas positivas a favor de grupos discriminados o marginados. (Resaltado y cursivado nuestro).

Llamó la atención de esta propuesta la eliminación de la categoría sexo y la incursión de la categoría "género". Si bien se puede pensar, imaginar, que el incluir género como causa prohibida de discriminación se estaría incluyendo también a las personas LGBT, en estricto esto no fue así. Sin embargo, alrededor de esta modificación se suscitaron sendos debates entre algunos juristas y parlamentarios, siendo uno de los opositores a la incorporación de esta categoría el entonces parlamentario Luis Solari, quien manifestara que incluir esa categoría implicaría incorporar "la ideología de género" en el texto constitucional, idea que él rechazaba furibundamente.

En base a esta propuesta, diversos colectivos LGBT enviaron cartas solicitando que se incluya a la orientación sexual e identidad de género como causas prohibidas de discriminación en el nuevo texto constitucional con el único objetivo de que se proscriba cualquiera de las distinciones de hecho o jurídicas contra el colectivo LGBT. Posterior a estos debates, finalmente la Comisión elaboró el proyecto de ley de reforma de la Constitución, y el artículo que establece el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación viró en su redacción, optando por una fórmula abierta al eliminar todas las categorías prohibidas de discriminación:

> Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:
> A la igualdad ante la ley. Está prohibida toda forma de discriminación que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona. El Estado y la sociedad promueven las condiciones y medidas positivas para que real y efectivamente nadie sea discriminado.

Estando listo el proyecto de ley, la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales procedió a la elaboración del Dictamen. Para esto, la Comisión habilitó diversos

mecanismos de participación ciudadana, entre ellos la realización de foros de discusión y también recibió opiniones de la sociedad civil a fin de ser incorporados en el Dictamen. En este proceso, participó el Movimiento Homosexual de Lima, que hizo llegar a la Comisión su propuesta de incluir a la orientación sexual e identidad de género como categorías prohibidas de discriminación. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos de esta organización, reflejados en su consigna "Por una Constitución que nos incluya", la Comisión decidió no incorporar la prohibición de la discriminación por orientación sexual en la propuesta del Dictamen.

El 11 de julio de 2002, el entonces congresista Javier Diez Canseco presentó el "Dictamen en minoría sobre el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución". Uno de los aspectos que este dictamen planteó fue visibilizar —y no diluir— todas las formas de discriminación que oprimen a la mayoría de la población del Perú, como medio para reconocerlas y combatirlas mejor. Respecto al artículo 2 inciso 2 del texto constitucional, que establece el derecho a la igualdad y no discriminación, Diez Canseco diría en su Dictamen que:

> En materia de discriminación, el Dictamen en mayoría de la Comisión de Constitución apela a una redacción de corte totalmente genérico que —so pretexto de incluirlas a todas— en realidad *invisibiliza* las que concreta, mayoritaria y cotidianamente agravian a la mayor parte de las y los ciudadanos del Perú.
> Nuestra propuesta opera con un criterio diferente; iluminando, en cuanto le resulta posible, todas las formas de discriminación sobre las que las políticas públicas deben operar para superar las enormes brechas que atraviesan nuestra sociedad y dividen a los peruanos y peruanas[43].

Como se evidencia del texto, el congresista Diez Canseco se mostró en contra de la medida adoptada por la Comisión de Constitución al eliminar las categorías prohibidas de discriminación. Propuesta que pretendía ser "justa" o "intermedia" debido a los debates suscitados. Sin embargo, Diez Canseco rechazó esta propuesta y consideró que era el momento histórico propicio para avanzar hacia una sociedad más igualitaria, y que la Constitución debía responder a esta demanda. En este sentido, en el texto propuesto por su dictamen en minoría, incorporaría a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación:

> Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:
>
> 2. A la igualdad de derechos, libertades y oportunidades. Está prohibida toda forma de discriminación por motivo de origen, filiación, identidad étnica y cultural, *género, orientación sexual*, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad o de cualquier otra índole, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona. (Cursivado nuestro).

[43] República del Perú. Congreso de la República. Javier Diez Canseco. *Dictamen en minoría sobre el proyecto de Ley de Reforma de la Constitución*. En: <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2002/debate_constitucional/aportes_congresistas/Javier-Diez-Canseco.pdf>

> El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva adoptará medidas positivas a favor de grupos discriminados o marginados.

Finalmente, en el Pleno del Congreso, no prosperó la propuesta planteada por el congresista Diez Canseco, aprobándose el Dictamen de la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales. De esta manera, se eliminaron todas las categorías planteadas y se postergó la oportunidad de reconocer la condición de desigualdad estructural de las personas LGBT, a través de la prohibición de toda forma de discriminación hacia sus integrantes. Finalmente, la propuesta de reforma de la Constitución no prosperó, quedando vigente el texto constitucional de 1993.

EL 2017: LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 2.2 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LA INCORPORACIÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO COMO CATEGORÍAS PROTEGIDAS

La última propuesta de modificación constitucional para incorporar la orientación sexual como categoría protegida de discriminación, ha tenido lugar en el actual periodo parlamentario en la autoría del congresista Richard Arce Cáceres del grupo parlamentario Nuevo Perú. El 24 de julio de 2017 se ingresó a trámite el Proyecto de Ley 1697-2016-CR, "Ley que promueve la igualdad ante la ley y la no discriminación en razón a la orientación sexual e identidad de género y que modifica el numeral 2 del artículo 2 la Constitución Política"[44]. La fórmula legal propuesta por el

[44] Proyecto de Ley suscrito por Mario José Canzio Álvarez, Manuel Enrique Dammert Ego Aguirre, Marisa Glave Remy, Indira Isabel Huillca Flores, Edgar Américo Ochoa Pezo, Oracio Ángel Pacori Mamani, Tania Edith Pariona Tarqui, Alberto Eugenio Quintanilla Chacón y Horacio Zeballos Patrón.

proyecto de ley solo incorporó la orientación sexual como categoría protegida, dejando de lado la identidad de género. Por esta razón el autor decidió solicitar el retiro de trámite el proyecto[45].

Sin embargo, con el objeto de corregir el contenido de la propuesta, el 25 de julio, el congresista Arce ingresa a trámite el Proyecto de Ley 1704/2016-CR "Ley que promueve la igualdad ante la ley y la no discriminación en razón a la orientación sexual, identidad de género y que modifica el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política"[46], que incorpora en la propuesta legal la orientación sexual e identidad de género como categorías protegidas de discriminación. A la fecha, este proyecto aún no ha sido dictaminado a ninguna Comisión y, al parecer, correrá la misma suerte que las iniciativas de reforma constitucional.

Como vemos, en el ámbito parlamentario las posibilidades de reforma constitucional o modificación para una posible incorporación de estas categorías al texto constitucional no han tenido mucho éxito. En contraposición a ello, desde el año 2004, el Tribunal Constitucional, como órgano de control de la Constitución, ha tenido la oportunidad de pronunciarse en reiteradas ocasiones a favor de la garantía a su derecho a la igualdad de las personas LGBT.

4. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SUS APROXIMACIONES AL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Si bien el texto vigente de la Constitución no incorpora como categorías prohibidas de discriminación a la orientación sexual e identidad de género (en adelante OSIG), y mucho menos pone énfasis de protección en las OSIG no normativas —homosexualidad, bisexualidad, identidades de género no binarias o las identidades trans—, ningún análisis riguroso puede concluir que las acciones u omisiones que perpetúen la situación de exclusión de las personas LGBT encuentren legitimidad constitucional. Es en esa línea argumentativa que, a razón de casos individuales, el Tribunal Constitucional (en adelante TC), desde el año 2004 ha emitido importantes pronunciamientos.

La primera vez que el Tribunal conoce y se pronuncia sobre la violación de derechos a razón de la OSIG no normativa, es en la sentencia recaída en el Expediente Nº 0023-2003-AI/TC[47].

[45] Solicitud de retiro de trámite fue ingresada con fecha 22 de agosto del mismo 2017, a pedido del congresista autor del proyecto. Congreso de la República. Expediente del Proyecto de Ley 01697-2016-CR. En: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0169720170724.pdf>

[46] República del Perú. Congreso de la República. Proyecto de Ley Nº 1704/2016-CR. En: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL017042017075.pdf>

[47] República del Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente Nº 0023-2003-AI/TC. 9 de junio de 2004. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00023-2003-AI.html>

En este fallo**,** el TC declaró la inconstitucionalidad de diversos artículos del Código de Justicia Militar[48], entre ellos el primer párrafo del artículo 269º del Código de Justicia Militar que sostenía:

> Artículo 269º.- El militar que practicare actos deshonestos o contra natura con persona del mismo sexo, dentro o fuera del lugar militar, será reprimido con expulsión de los Institutos Armados si fuese Oficial y con prisión si fuese individuo de tropa.

Según la demandante, en este caso la Defensoría del Pueblo, dicho artículo vulneraba principios de exclusiva protección de bienes jurídicos como la dignidad de la persona (art. 1º de la Constitución), así como la cláusula de igualdad (inc. 2, art. 2º) por reprimir las prácticas homosexuales entre militares, aun cuando estas se realicen fuera de un local militar. El argumento del demandante para sostener la constitucionalidad del primer párrafo de artículo 269º fue que "la homosexualidad es la expresión de una escala de valores que no resulta adecuada a las exigencias de vida militar"[49].

Al respeto, el TC concluyó declarar inconstitucional dicho artículo considerando que:

> […] es inconstitucional, por afectar el principio de igualdad, que sólo se haya previsto como una conducta antijurídica —no importa ahora si en el sentido de naturaleza disciplinaria o como figura delictiva— la práctica de un acto deshonesto contra una persona del mismo sexo, y no, por el contrario, con igual razón, la práctica deshonesta contra una persona de sexo diferente. *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*. (Cursivado nuestro).

> […] Y, finalmente, es inconstitucional, por afectar el principio de igualdad, que se haya previsto que los actos sexuales contra natura, realizados en sede militar, sean considerados como faltas disciplinarias y/o delitos (según se trate de un oficial o agente de serenazgo la tropa), y no se haya previsto en iguales términos —en rigor, como un supuesto de falta disciplinaria—, la práctica, en general, de cualquier relación sexual en sede militar, no destinada a esos fines[50].

[48] Acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos II y III del Título Preliminar del Decreto Nº Ley 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar; primer y segundo párrafo del artículo 374º; cuarto y quinto párrafo del artículo 375º, y los artículos 269º, 378º y 387º del Decreto Ley Nº 23214, Código de Justicia Militar; la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley Nº 27860 del Ministerio de Defensa, en la parte referida al Consejo Supremo de Justicia Militar; así como el segundo y último párrafo del artículo 6º, los párrafos primero, segundo y tercero del artículo 7º, el segundo párrafo del artículo 8º, los incisos 1), 6), 14), 15),19) y 20) del artículo 12º, el inciso 2) del artículo 14º, el primer y segundo párrafo del artículo 22º, el primer y tercer párrafo del artículo 23º, el segundo, cuarto y quinto párrafo del artículo 31º, el segundo párrafo del artículo 32º, los literales a), b) y c) del artículo 65º, el segundo párrafo del artículo 75º y los artículos 15º, 38º , 62º , 63º , 65º, 66º , 67º, 69º y 81º de la mencionada Ley Orgánica de la Justicia Militar.
[49] *Ídem.*, fj. 87.
[50] *Ídem,* fj. 87, literal c y g.

Si bien el pronunciamiento no abunda en un análisis de la situación de desigualdad estructural de las personas lesbianas, bisexuales y gays, respecto a las personas heterosexuales, este es el primer caso en el que el Tribunal considera que el trato diferenciado que encuentra motivación en la orientación sexual no normativa es inconstitucional por vulnerar el derecho a la igualdad. Así, también, de la ausencia del análisis de la desigualdad estructural se deja apreciar, además, que no se establecen medidas de no repetición destinadas a modificar la desigualdad estructural que motiva la vulneración al derecho a la igualdad que se identifica.

En la sentencia recaída en el Expediente Nº 2868-2004-AA/TC[51], el TC declara inconstitucional la sanción administrativa de pase a retiro de José Antonio Álvarez Rojas impuesta por la Policía Nacional del Perú por no haber cursado la solicitud de matrimonio a sus superiores pidiendo la autorización para contraer matrimonio y por haber mantenido una relación de convivencia con Keli Micheli Rojas Minchola, quien, según el demandado, se trataría de una persona trans; lo que a valoración del organismo sancionador, dichas conductas constituían faltas al mandato de obediencia y el decoro de la Policía Nacional del Perú.

En este pronunciamiento el Tribunal analiza la legitimidad del trato diferenciado debido a la "preferencia sexual" y cómo constituye una vulneración al principio/derecho a la dignidad de la persona y la libertad. Si bien se sigue la argumentación del caso anterior, lo cierto es que el Tribunal no analiza en modo estricto la vulneración del derecho a la igualdad, como tampoco profundiza su análisis en cómo Álvarez Rojas hace parte de un grupo de personas cuya orientación sexual no es normativa y que, por dicha, razón se encuentra en una situación especial de vulneración en la esfera social en general y, en particular, en el espectro sancionador de la Policía Nacional.

Por otro lado, el Tribunal opta por reforzar la protección de la categoría orientación sexual, valorando de modo simétrico a las orientaciones sexuales normativas y no normativas. Desconoce así las afectaciones estructurales respecto de las segundas; a pesar de que en los hechos del caso este aspecto queda puesto en evidencia, pues la sanción policial no castiga las orientaciones sexuales en su conjunto, solo lo hace con aquellas disidentes. Este aspecto queda expuesto en el siguiente considerando:

> [...] el Tribunal no alienta que, al interior de las instalaciones de la Policía Nacional del Perú, sus miembros puedan efectuar prácticas homosexuales; tampoco, por cierto, heterosexuales [cf. ordinal "g" del fundamento jurídico 85 de la STC 0023-2003-AI/TC]. Lo que juzga inconstitucional es que, inmiscuyéndose en una esfera de la libertad humana, se considere ilegítima la opción y preferencia sexual de una persona y, a partir de allí, susceptible de sanción la relación que establezca con uno de sus miembros.

[51] República del Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente Nº 2868-2004-AA/TC. 24 de noviembre de 2004. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02868-2004-AA.html >

> Por tanto, este Tribunal considera que es inconstitucional que el recurrente haya sido sancionado por sus supuestas relaciones "sospechosas" con un transexual[52].

En marzo de 2009 el TC expide la sentencia recaída en el Expediente Nº 01575-2007 PHC/TC[53], en el marco de un proceso constitucional de *habeas corpus* interpuesto contra el Director Regional y el Director General de Tratamiento del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), con el objeto de solicitar que se le restituya el derecho al beneficio penitenciario de visita íntima a Marisol Elizabeth Venturo Ríos, persona privada de su libertad condenada por el delito de terrorismo, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la integridad personal y a la no discriminación por razón de su orientación sexual no normativa (que en la demanda es denominada género)[54].

El Tribunal en este pronunciamiento considera que la restricción absoluta de la visita íntima constituye una vulneración al derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando esta restricción está motivada por la orientación sexual de la persona. Si bien el Tribunal no realiza un análisis detenido sobre la vulneración del derecho a la igualdad, a pesar de que este fue invocado en la demanda[55], considera que no puede haber un trato diferenciado motivado en la orientación sexual de las personas para negar o permitir la visita íntima. Es así como sostiene:

> [...] la permisión de la visita íntima no debe sujetarse a ningún tipo de discriminación, ni siquiera aquellas que se fundamenten en la orientación sexual de las personas privadas de su libertad. En estos casos la autoridad penitenciaria, al momento de evaluar la solicitud de otorgamiento, deberá exigir los mismos requisitos que prevé el Código de Ejecución Penal y su Reglamento para las parejas heterosexuales[56].

Si bien del criterio del Tribunal se desprende un análisis que identifica la desigualdad estructural de las personas de orientación sexual no normativa respecto de las personas heterosexuales, su análisis sigue considerando la categoría orientación sexual como una categoría simétrica. Tampoco considera que este tipo de actos o disposiciones acentúan la situación de exclusión de este grupo de personas. Por lo que la comprensión de la vulneración del derecho a la igualdad es, como se advierte, insuficiente.

Sin embargo, interesa que en este pronunciamiento, aunque tímidamente, el análisis sobre la vulneración del derecho a la igualdad, más allá resolver el caso en concreto y determinar las infracciones constitucionales desde la dimensión individual, extiende su razonamiento a

[52] *Ídem*, fj 24.
[53] República del Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente Nº 01575-2007-PHC/TC. 20 de marzo de 2009. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01575-2007-HC.html>
[54] El presente análisis no abordará la vulneración al derecho a la igualdad respecto a la condición de sentenciada por la comisión del delito de terrorismo a pesar de ser un extremo desarrollado en extenso en el fallo.
[55] República del Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia del Expediente Nº 01575-2007-PHC/TC. 20 de marzo de 2009. FJ2. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01575-2007-HC.html>
[56] *Ídem*, fj 28.

proscribir las diferenciaciones en el acceso a la visita íntima entre las personas heterosexuales y no heterosexuales privadas de su libertad.

Finalmente, en uno de los últimos fallos en los que el TC se pronuncia armónicamente, la sentencia del Expediente Nº 00926-2007-AA, el Tribunal —aunque en votos particulares— ordena la restitución de un alumno de la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional de Puente Piedra, quien habría sido destituido por la Dirección de Instrucción y Doctrina Policial por considerar que habría cometido faltas muy graves contra la moral policial (contra el decoro) al haber mantenido relaciones homosexuales con otro alumno fuera y dentro del centro de formación.

Los fundamentos jurídicos empleados en la resolución de este caso son de vital importancia. En el voto singular del magistrado Mesía Ramírez, se establece que la orientación sexual no heterosexual no es una enfermedad, sino que constituye parte fundamental del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Además, sostiene que en un Estado Constitucional de Derecho no se pueden tolerar actos discriminatorios que vulneren el ejercicio de este derecho:

> Al respecto, considero imperativo afirmar que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, una anormalidad o una anomalía que deba ser curada o combatida. La homosexualidad, la heterosexualidad o el celibato son opciones sexuales legítimas cuya decisión corresponde única y exclusivamente al fuero íntimo y subjetivo de la persona. El ejercicio de esta libertad, dentro de los límites establecidos por la ley, tiene su razón de ser en el derecho a la intimidad y al libre desenvolvimiento de la personalidad.

> Por ello, *cualquier mecanismo de discriminación que tenga como origen la opción sexual, sea a través de normas, reglamentos, prácticas estigmatizadoras o segregacionistas, así como de un lenguaje ofensivo, es contrario a la Constitución y vulneratorio de los derechos fundamentales de la persona*[57]. (Cursivado nuestro).

Asimismo, sostuvo que:

> Lo anterior implica que en el marco del Estado social y democrático de derecho, ningún ser humano debe verse limitado en el libre desenvolvimiento de su personalidad e identidad sexual. Es una obligación del Estado el proteger el ejercicio de este derecho, así como el de derogar o eliminar las medidas legales o administrativas que puedan verse como una traba para su ejercicio, sin que esto implique un abuso del mismo. Esto quiere decir que l*a identidad sexual se basa no sólo en elementos eminentemente objetivos, sino que incluye factores subjetivos o psicológicos*, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros[58]. (Cursivado nuestro).

Sin duda, la jurisprudencia constitucional ha sido armónica en considerar que la orientación sexual, sea la heterosexual, homosexual u otra, es categoría protegida de tratos diferenciados injustificados. Ello significa que, en suma, a juicio e interpretación del Tribunal, el ejercicio de la orientación sexual es legítimo y se enmarca en el ejercicio del derecho al libre desarrollo a la personalidad en relación con el derecho a la dignidad, libertad, igualdad; entre otros. Incluyendo a esta categoría el marco de protección del artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú; desprendiéndose de ello el mandato de no discriminación motivado en esta categoría.

Sin embargo, es importante mencionar que el control judicial de constitucionalidad, realizado por el Tribunal en los casos mencionados, se adscribe al "modelo de máxima autorrestricción". Así, de acuerdo a este modelo, Saba indica lo siguiente:

> Implica que los remedios que los Tribunales determinan en un caso específico se limitan a órdenes de no hacer que tienden a restablecer el derecho afectado, medidas compensatorias para los casos en los que haya mediado daño o sanciones penales, pero no incluyen medidas reparatorias o de otro carácter destinadas a modificar condiciones estructurales que obra como causa detonante de la lesión del derecho en cuestión[59].

[57] República del Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente Nº 00926-2007-PA/TC. 3 de noviembre de 2009, fj 23.
[58] *Ídem,* fj 57.
[59] Saba, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados?* Madrid: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 257.

5. REFLEXIONES FINALES

De la revisión de estas sentencias se puede advertir que en ninguno de los fallos el Tribunal identifica con claridad que la arbitrariedad en el trato está motivada por la segregación estructural de las orientaciones sexuales no hegemónicas y no de las orientaciones sexuales en general. Por ello, en los fundamentos jurídicos el abordaje de las orientaciones sexuales es simétrico, aun cuando los hechos del caso muestran lo contrario.

Este abordaje es inadecuado y muestra la deficiencia de nuestro Tribunal en la comprensión de las lesiones estructurales a la igualdad que, como el contexto de las personas LGBT en el Perú, pueden ser puestas en evidencia en casos individuales o en políticas públicas judicializadas, como el caso de la sentencia del Expediente Nº 0023-2003-AI/TC. Esto último explica la ausencia de sentencias estructurales que vayan a modificar las causas fundantes de la desigualdad en la valoración de las orientaciones sexuales no normativas.

Siendo más paradigmático aún pues, el total de las sentencias emitidas por el Tribunal en esta materia provienen de demandas contra instituciones del Estado que criminalizan el ejercicio del derecho a vivir plenamente las orientaciones no normativas. Este es un llamado de atención a la justicia constitucional a fin de que mejore sus marcos comprensivos de las lesiones estructurales al derecho a la igualdad y provea de remedios judiciales adecuados, destinados a erradicar las causas de la desigualdad, así como a proveer protección a estos colectivos históricamente excluidos y vulnerados, más allá del caso en concreto.

1.1.2

LA IDENTIDAD DE GÉNERO NO NORMATIVA Y SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

KAREN ANAYA CORTEZ [60]

1. LA IDENTIDAD NUNCA FUE UN DERECHO: HERRAMIENTAS QUE TRANSFORMAN LA SIGNIFICACIÓN SOCIAL DEL CUERPO

La identidad de género, como parte del derecho a la identidad, nunca fue un derecho, sino hasta el momento en que su ejercicio fue reclamado por la lucha de las personas trans en tribunales nacionales, incluido en el ámbito de la medicina y la psiquiatría que patologiza su identidad. Así, en lugar de un derecho, fue una herramienta para la construcción social de la diferencia sexual que se utilizó para establecer como mandato social los 'cuerpos que importan' en el marco de un sistema binario obligatorio. Por ello, desde el discurso jurídico, se construyen los sujetos legales 'varón' y 'mujer', como los únicos posibles; siendo que, además, la conceptualización y regulación de la relación entre los mismos está marcada por el elemento esencial de la heteronormatividad binaria, entendida como natural. Ahí reside su peligrosidad, pues considerar los sistemas de diferenciación sexual como naturales supone "afirma(r) que existe un 'ya ahí' de los sexos, algo que procede a cualquier pensamiento, a cualquier sociedad"[61], que impidió (y continúa impidiendo) por años que las personas trans puedan ser entendidas como sujetos capaces de autodeterminarse.

Siendo que el cuerpo y, específicamente, los órganos genitales (denominados alegóricamente como 'reproductivos') son la base de la asignación social del sexo (y de la diferenciación sexual), mediante el discurso legal, médico y biológico actual, la posibilidad de existencia de los sujetos

[60] Bachillera en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Investigadora del Grupo de investigación en Derecho, Género y Sexualidad de la PUCP (DEGESE). En la actualidad cursa la Maestría en Estudios de Género de la PUCP. Asesora legal en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, diversidad sexual y de género, del Área Jurídica del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX).
[61] Wittig, Monique. *El Pensamiento heterosexual*. Segunda Edición. Madrid: Editorial EGALES, 2010, p. 24.

es partidaria de un proceso de binarización y heterosexualización con tres efectos: i) *la legítima corrección* de aquellos cuerpos y expresiones/identidades que se entienden como anormales, indeterminados o patológicos, ii) *el determinismo biológico*, por el cual se entiende que los roles asignados a la diferenciación sexual y a esta misma se desprenden de 'la biología' o lo 'natural', por tanto, inmodificable y iii) *la constante eliminación discursiva, legal y material* de aquellos que solo pueden ser vistos desde el ordenamiento sexual como 'lo imposible' o no permitido.

Así pues, como herramienta de la diferenciación sexual obligatoria, el derecho a la identidad no permitía el reconocimiento de la comprensión que cada persona pudiera tener sobre sí misma. (Tampoco se pensaba siquiera en que ello pudiera ser posible). Por el contrario, la identidad de género (binaria) se entendía como ya dada, siendo así que 'varones' y 'mujeres' solo constituían la materialización de la sociedad heterosexuada binaria, que revestía a la identidad como un falso derecho, imposible de cuestionar.

Es así como, frente a la diversidad de subjetividades y corporalidades que nacen sin una asignación sexual (razón por lo cual se afirma que nacemos no binarios), la limitación violenta que impone la categorización binaria como un mandato sobre nuestros cuerpos, no es más que la aplicación del denominado derecho a la identidad (antes de su subversión).

Siendo así, pareciera que el cuerpo no llega a ser sujeto dentro del sistema social sin que antes el poder (ejercido mediante las normas) haya recaído sobre el mismo, es decir, no existe como sujeto antes que la ley cruce el cuerpo signándolo, pues, es parte de las funciones asumidas o encargadas al Estado para la construcción de la diferenciación social —sexual— y su legitimación. Es, en ese sentido, que el discurso jurídico es una herramienta que ha servido históricamente, desde su aparición, para legitimar la significación social del cuerpo que responda al sistema heterosexual binario y sus exigencias.

En ese marco, como afirma Wittig, "la categoría 'sexo' es una categoría totalitaria que para probar su existencia tiene sus inquisidores, su justicia, sus tribunales, su conjunto de leyes, sus terrores, sus torturas, sus mutilaciones, sus ejecuciones, sus policías"[62]. Siendo, por ello, que el reclamo de las personas trans para modificar la categoría 'sexo' en sus documentos legales, las ha llevado a verse expuestas ante terceros (tribunales, por ejemplo) que deciden sobre ellas —negando su dignidad—, solicitándoles medios probatorios patologizantes (basado en el discurso médico) y tortuosos (como la mutilación genital mediante operaciones quirúrgicas para modificar su cuerpo), que exigen alcanzar estándares corporales funcionales al sistema binario, en la medida de lo posible (rechazándose - generalmente- por los tribunales la denominación 'mujer' a una persona con pene o 'varón' a una persona con vagina). No entender dicho entramado, ni considerarlo al momento de analizar la vulneración de derechos de las personas que buscan el reconocimiento de su identidad de género, supone continuar legitimando mediante el discurso jurídico el falso derecho a la identidad como herramienta de los mandatos del sistema heterosexual binario.

[62] *Ibíd*., p. 28.

2. ANÁLISIS SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO DESDE LA DESIGUALDAD ESTRUCTURAL

SI NACEMOS NO BINARIOS, ¿QUÉ FUNDAMENTA LA ASIGNACIÓN SEXUAL?: ORIGEN DE LA EXCLUSIÓN ESTRUCTURAL

La significación social de los cuerpos, como decíamos anteriormente, responde a objetivos sociales propios del sistema vigente caracterizado como heterosexuado binario. Nuestros cuerpos son la forma de exteriorizarnos. Por tanto, la asignación de la diferenciación sexual y los procesos por los cuales la misma sufre una suerte de 'publicidad social' (marcada en documentos legales, en la forma en que somos vestidos, denominados, etc.), llama la atención y nos cuestiona sobre su importancia material para el funcionamiento social.

El hecho de que sea un mandato —social— exteriorizar y sellar legamente, e incluso médicamente (mediante cirugías a bebés intersex, por ejemplo), quien se 'es' responde a la necesidad de mantener el funcionamiento de un sistema donde la exteriorización formal de ciertas características humanas hace posible su continuidad, en tanto refuerzan la idea de heterosexualidad y binariedad como ya dadas o naturales.

Anteriormente se asignaba el sexo "como consecuencia de la capacidad formativa; una vez más, ser varón es ser padre; mientras que las dificultades para diagnosticar el sexo de una mujer surgían de analizar si 'era incapaz de ser justamente activa o pasiva refiriéndose al coito sexual'"[63]. Así pues, "durante buena parte del siglo XVII, ser hombre o mujer era ostentar un rango social, asumir un rol cultural, y no pertenecer orgánicamente a uno u otro de los dos sexos. El sexo era todavía una categoría sociológica y no ontológica"[64]. Sin embargo, con posterioridad, ya desde el siglo XIX la conducta no era importante, pues la cuestión del sexo era biológica, es decir, basada en el reconocimiento anatómico y fisiológico de la persona.

De ese modo, si bien los órganos genitales antes certificaban explícitamente el estatus legal y social (no hacían referencia a un sexo ontológico) de las personas, solo recientemente, los órganos son vistos únicamente como signo de lo corporal–'natural', siendo las ciencias biológicas las llamadas a certificarlo.

Así, frente a la asignación sexual basada en la genitalidad, Wittig acertadamente pregunta "¿por qué no nombramos rasgos sexuales a nuestras bocas, manos y culos? —y responde—

[63] Laqueur, Thomas. *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*. Valencia: Ediciones Cátedra, 1994, p. 236.
[64] *Ibíd*., p. 246.

[...] únicamente nombramos sexual —léase, sentimos sexual— los rasgos funcionales para la actividad reproductiva"[65].

Siendo así, la finalidad de la asignación sexual parece responder a la necesidad del funcionamiento y permanencia de los ideales sociales heteronormativos binarios, cuyos estándares excluyen indefectiblemente a determinadas subjetividades (trans, no binarias, etc.). Por ello, coincidimos con Wittig en que la categoría sexo no es más que el producto de la sociedad heterosexual. Siendo que, por ejemplo, la noción de 'mujer' no tiene sentido más que en los sistemas heterosexuales de pensamiento (idea sobre la que fundamenta la afirmación de que las lesbianas no son 'mujeres'). Esto cobra mayor claridad cuando quienes defienden la *inmodificabilidad del sexo* por ser 'natural', y rehúyen a la posibilidad de la indeterminación (en cuerpos intersexuales, por ejemplo), usan como argumento, la protección de 'la familia natural' (es decir, heterosexual) y el cuidado de la niñez —producto 'natural' de las relaciones heterosexuales—.

Por ello, Wittig denuncia que "lo que creemos que es una percepción directa y física, no es más que una construcción sofisticada y mítica, una 'formación imaginaria' que reinterpreta rasgos físicos (en sí mismos tan neutrales como cualquier otro, pero marcados por el sistema social) por medio de la red de relaciones con que se los percibe"[66]. En ese mismo sentido, Laqueur señala que "los órganos de la reproducción no son sino un signo, entre muchos, del lugar del cuerpo en un orden cósmico, cultural, que trasciende a la biología"[67], aunque sea el discurso de esta última el que se quiera imponer en la actualidad.

[65] Butler, Judith. "Variaciones sobre sexo y género: Beauvoir, Wittig y Faucault". *El género. La construcción de la diferencia sexual*. Lamas, Marta (comp.). México: Porrua, 1996, p. 314.
[66] Wittig, Monique. *El Pensamiento heterosexual*. Segunda Edición. Madrid: Editorial EGALES, 2010, p. 34.
[67] Laqueur, Thomas. *Óp. cit.*, p. 55.

DESMITIFICANDO EL ORDEN NATURAL

La existencia de las personas trans, de género no binario, entre otras, destruye la idea social que constituye a la binariedad heterosexuada como "natural", pues la cuestiona y subvierte. Sin embargo, históricamente, ello no ha podido ser develado con facilidad, pues nuestras existencias son manipuladas "hasta tal punto que nuestro cuerpo deformado es lo que llaman 'natural', tan manipuladas que finalmente la opresión parece ser una consecuencia de esta 'naturaleza' (que es solamente una idea)"[68].

Así pues, debemos señalar que "es la opresión la que crea el sexo y no al revés. Lo contrario vendría a decir que es el sexo lo que crea la opresión, o decir que la causa (el origen) debe encontrarse en el sexo mismo, en una división natural de los sexos que preexistiría a la sociedad". Pero ello no es así, pues conforme hemos venido señalando, su existencia responde a las exigencias del sistema heterosexual binario instaurado e impuesto mediante diversas herramientas desde el discurso médico y jurídico, principalmente. Pese a ello, como decíamos, confrontar dicha idea de división sexual natural puede ser complejo, pues "la primacía de la diferencia es tan constitutiva de nuestro pensamiento que le impide realizar ese giro sobre sí mismo que sería necesario para su puesta en cuestión, para captar precisamente el fundamento constitutivo"[69].

De hecho, confrontar dicha idea es más complejo cuando la construcción social de la diferencia sexual se fundamenta luego a través del discurso científico, médico, biológico, legal, etc.

[68] Wittig, Monique. *Óp. cit.*, p. 32.
[69] *Ibíd.*, p. 22.

(herramientas del sistema); es decir, discursos que han permeado lo social hasta llegar a considerarse prácticamente incuestionables y neutrales: ideas de dominación sutilmente enfrascadas en discursos que apelan a la idea del 'orden natural'[70].

Sin embargo, es necesario señalar que diversas autoras feministas, incluso desde un diálogo con el discurso biologicista, han emprendido la develación de dichos pensamientos dominantes, cuestionando su legitimidad y neutralidad. Fausto-Sterling señala, por ejemplo, que, "clasificar a una persona como hombre o mujer es una decisión social. Podemos utilizar el conocimiento científico para ayudarnos a tomar la decisión, pero solo nuestras creencias sobre el género —no la ciencia— pueden definir nuestro sexo**.** *Asimismo, nuestras creencias sobre el género afectan de entrada, qué tipo de conocimiento los científicos pueden producir sobre el sexo*"[71] (cursivado nuestro).

Es por ello que, las exigencias de "adecuación genital" y la "demostración de una determinada expresión de género" —femenina o masculina— demandadas (por tribunales) a las personas que no se han querido someter a determinados tratamientos quirúrgicos u hormonales, por ejemplo, demuestra la tortuosidad del sistema jurídico, para el cual la deformación obligatoria de nuestros cuerpos constituye la única posibilidad de entendernos como "naturales" o "posibles" en el marco de las categorías jurídicas 'varón' y 'mujer', funcionales al sistema sexual binario dominante.

3. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA IDENTIDAD DE GÉNERO: UNA MIRADA DESDE LA DESIGUALDAD ESTRUCTURAL

En los siguientes 3 casos que versaron sobre solicitudes de cambio de nombre y/o sexo en los documentos legales, se podrá observar, principalmente, que no existe un análisis sobre el derecho a la igualdad que de manera determinante fundamente la resolución de los casos por parte del Tribunal Constitucional. Es más, en ningún caso se resuelve señalando que en el país la imposibilidad de las personas trans de modificar su nombre y/o sexo en documentos legales configure una cuestión de "estado de cosas inconstitucional", que permita o exhorte al poder legislativo a regular el acceso a ello. Esto último, sería sin duda, una omisión basada en la falta de análisis de los casos desde la perspectiva del derecho a la igualdad como no sometimiento: analizando no solo la situación individual de quien demandaba, sino del grupo social excluido que se encuentra en iguales condiciones.

[70] *Ibíd.*, p. 24
[71] Fausto-Sterling, Anne. *Sexing the Body*. New York, United States: Brown University, 2000, p. 3.

CASO KAREN MAÑUCA (EXPEDIENTE Nº 2273-2005-PHC/TC)

En 2005 Karen Mañuca interpuso demanda de *habeas corpus* contra el jefe del RENIEC por negarle el duplicado de su DNI desde hacía más de cuatro años, debido a que su identidad se encontraba cuestionada. El jefe del RENIEC respondió señalando que se canceló su DNI por haber realizado múltiples inscripciones, es decir, varios números de DNI con nombre masculino y femenino. Por lo cual, se declaró improcedente su demanda por considerar que la demandante no había esclarecido su verdadera identidad. Frente a lo cual, interpone recurso de agravio constitucional.

ANÁLISIS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	OBSERVACIONES SOBRE LA DESIGUALDAD ESTRUCTURAL	RESOLUCIÓN DEL CASO
El Tribunal analiza lo siguiente: **1) El derecho a la dignidad** 1.1 La realización de la dignidad es una obligación jurídica que no se satisface con la mera declaración, sino que los poderes encargados deben garantizar el goce de esos derechos y los niveles adecuados de protección. **2) El derecho a la identidad** 2.1 El derecho a la identidad tiene múltiples dimensiones: objetivas y subjetivas. 2.2 Se constata que la demandante tuvo múltiples inscripciones y que el RENIEC tiene la facultad de depurar ese registro quedando solo la primera inscripción como válida. 2.3 Independientemente de los supuestos de ilícitos penales que el RENIEC imputaba a la demandante, la responsabilidad de la administración es de proveer a toda persona un documento de identificación.	1) No se realiza un análisis sobre la desigualdad estructural en la que viven las personas trans para señalar una violación al principio de igualdad y no discriminación. 2) Los derechos analizados: dignidad e identidad son reflexionados a partir del paradigma de una igualdad formal, es decir, en la medida de la irrazonabilidad de la prohibición.	Fundada la demanda.

Elaborado por: Liurka Otsuka
Fuente: Tribunal Constitucional

CASO P.E.M.M. (EXPEDIENTE Nº 00139-2013-PA/TC)

En el año 2010, en representación de P.E.M.M, se interpone una demanda de amparo contra el RENIEC y el Ministerio Público, solicitando el cambio de sexo de masculino a femenino en su DNI, ya que en un proceso anterior se había realizado el cambio de prenombre y una anotación en la partida de nacimiento. Posteriormente, aunque la Corte Superior de Justicia de San Martin declaró fundada la demanda entendiendo el sexo como un elemento dinámico (sexo psicológico y social), y fundamentando que es la persona quien decide libre y voluntariamente a qué sexo pertenecer, en la Corte Superior de Justicia de San Martin se declaró improcedente la demanda por considerar que el amparo no era la vía idónea para pedir el cambio de sexo.

Por ello, la parte demandante interpuso un recurso de agravio constitucional.

ANÁLISIS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	OBSERVACIONES SOBRE LA DESIGUALDAD ESTRUCTURAL	RESOLUCIÓN DEL CASO
El Tribunal analiza lo siguiente: **1) Vulneración del derecho a la identidad** 1.1 El derecho a la identidad es un atributo esencial de la persona. 1.2 El DNI permite que el derecho a la identidad se haga efectivo. 1.3 El sexo forma parte de la identidad. 1.4 El sexo tiene carácter objetivo y proviene de una realidad biológica. Por lo tanto, es indisponible en el registro civil, lo que no significa que no se pueda rectificar cuando existe un error en la inscripción, es decir, básicamente cuando existe un error de apreciación como los casos de intersexualidad. 1.5 El demandante solo sustenta su cambio de sexo basado en el orden psicológico mas no cromosómico, hormonal, gonádico o morfológico. 1.6 El demandante es transexual y la transexualidad es un trastorno mental, es decir, no existe ninguna patología anatómica o genética.	1) No se analiza la irrazonabilidad de una interpretación restringida del acceso al cambio de nombre y sexo de las personas trans, a través del principio de igualdad y no discriminación. 2) Tampoco se analiza la violación del principio y no discriminación a partir del reconocimiento de una situación de desigualdad estructural de las personas trans.	Infundada la demanda. La sentencia es doctrina jurisprudencial obligatoria para los jueces y tribunales del país.

→

→

ANÁLISIS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	OBSERVACIONES SOBRE LA DESIGUALDAD ESTRUCTURAL	RESOLUCIÓN DEL CASO
1.7 El Tribunal señala que es inadecuado pensar que un problema mental se solucionará con una reasignación de sexo por lo que cabe más bien abogar por un tratamiento psicológico-psiquiátrico que ayude a aceptar al paciente la realidad de su sexo. 1.8 No hay certeza sobre el sexo que debe prevalecer en estas circunstancias, es decir, el sexo psicológico sobre el cromosómico. Por lo tanto, el derecho no puede abandonar la realidad científica de que en la personas es su sexo biológico o cromosómico; que el mismo es indisponible y que sirve para organizar. 1.9 El Tribunal evalúa los impactos colectivos de dar una respuesta favorable: 1) cualquier persona puede cambiar a voluntad su sexo; 2) aceptar el matrimonio de las personas del mismo sexo. Voto singular de Eto Cruz y Mesía Ramírez: Si bien los organismos de derechos humanos no reconocen el cambio de sexo como un derecho, sí recogen el derecho a la identidad de género que es un presupuesto para su admisión. La autonomía de las personas trans requiere tener una autonomía moral que solo puede ser respetada si su condición es respetada por el ordenamiento jurídico cuando éste admite su derecho a la identidad, a ser reconocido según su subjetividad. Por lo que la restricción a la identidad de género a un grupo específico es una forma de discriminación, dado que su autonomía moral y el desarrollo a su personalidad se verían restringidos.		

Elaborado por: Liurka Otsuka
Fuente: Tribunal Constitucional

CASO ROMERO SALDARRIAGA (EXPEDIENTE Nº 06040-2015-PA/TC)

En el año 2012, Romero, una persona trans, interpuso demanda de amparo contra el RENIEC y el Ministerio Público por habérsele denegado la solicitud de cambio de nombre y sexo en sus documentos de identidad. Y, siendo así que en el 2015 la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martin declaró improcedente su pretensión, presentó un recurso de agravio constitucional. En ese sentido, el TC evaluó su afectación de los derechos a i) el libre desarrollo de la personalidad y ii) el acceso a la justicia.

ANÁLISIS DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	OBSERVACIONES SOBRE LA DESIGUALDAD ESTRUCTURAL	RESOLUCIÓN DEL CASO
El TC analiza tres puntos: **1) La necesidad del cambio de la doctrina jurisprudencial de la Sentencia 0139-2013-PA/TC.** 1.1 Que determinaba dos cosas: 1) el sexo es inmutable y 2) cualquier variación en la identidad debe ser entendida como un "trastorno" o una "patología". 1.2 Respecto al sexo, el TC determina que tener una interpretación rígida de los derechos de la Constitución puede bloquear el acceso a la justicia. Por el contrario, a nivel internacional, existe jurisprudencia que reconoce el derecho al cambio de sexo. 1.3 A partir de esta sentencia se entiende que el sexo no es inmutable y que el concepto de sexo no es meramente físico, sino está compuesto por un ámbito social y psíquico. 1.4 El Tribunal señala que existen órganos internacionales como la APA y OMS que muestran evidencias de que el transexualismo no es una patología o están en camino de reconocerla, respectivamente. 1.5 La transexualidad debe ser entendida como una disforia de género y no como una enfermedad. **2) ¿Existe otra vía idónea?** 2.1 El Tribunal considera que sí existía una vía idónea para realizar el cambio de sexo y de nombre y que no fueron utilizadas por el demandante. Por lo que pueden realizar esta clase de pedidos en las vías judiciales ordinarias.	1) Se realiza un análisis sobre la necesidad de cambiar la doctrina jurisprudencial de 2013, por el avance jurídico sobre el derecho a la identidad de género. 2) No se realiza un análisis sobre la posible afectación al derecho de igualdad y no discriminación que la negación de cambio de nombre y sexo en los documentos de identidad de una persona trans pueda tener. 3) Tampoco se reconoce y analiza la situación de precariedad y desprotección jurídica en la que viven las personas trans en el mundo y en el Perú. 4) Tampoco se realiza un análisis sobre la reiterada utilización del Derecho y otros mecanismos sociales que fundamentan la discriminación de las personas con una identidad de género no normativa. El Tribunal no se plantea la siguiente pregunta: ¿Según el contexto en el que se vive, negar el cambio de nombre y sexo para las personas trans contribuyen a la exclusión de este grupo de la sociedad, a tratarlos diferentes por considerarlos inferiores frente a otros grupos? 5) El fundamento de voto de Ledesma (que no pretende cambiar la dirección de la sentencia) realiza un análisis sobre la situación de sojuzgamiento de las personas trans.	Fundada en parte por haberse acreditado la afectación al derecho a la justicia Deja sin efecto la doctrina jurisprudencial anterior Declara improcedente el cambio de sexo y nombre y deja la posibilidad de hacerla valerla en la vía judicial que corresponda.

→

→

ANÁLISIS DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	OBSERVACIONES SOBRE LA DESIGUALDAD ESTRUCTURAL	RESOLUCIÓN DEL CASO
Fundamento de voto de Ledesma: La interpretación evolutiva de la norma constitucional es relevante cuando se trata de la protección de las personas de grupos minoritarios, ya que se encuentran en una situación histórica de postergación en virtud de las condiciones legales que se les ha impuesto. Existe una obligación estatal de protección de las personas trans. Es clara la situación de vulnerabilidad de las personas trans: 1) la patologización de la situación de las personas transgéneros que estigmatiza y discrimina; 2) discriminación a la educación o a los puestos de trabajo, denegando una adecuada prestación de esos derechos con el argumento de la imposibilidad de poder identificar adecuadamente al beneficiario; 3) el maltrato y acoso en distintos ambientes; 4) afectación a sus derechos políticos, por la discordancia física y el sexo que figura en su DNI. Ello expone a la persona a múltiples cuestionamientos o a ser acusadas de suplantamiento de identidad; 5) la situación de discriminación se agrava cuando se identifica casos de discriminación múltiple, p. ej., niños/as trans y las propias mujeres. Mandato de no discriminación y el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas trans: El mandato de no discriminación se extiende a los casos de identidad de género porque está en función de la tutela reforzada que merecen los colectivos que están en una evidente situación de desigualdad. Entonces, la posibilidad de poder modificar los datos personales relativos al nombre y sexo es solo el inicio del cumplimiento de obligaciones que el Estado debe cumplir.	6) Por tanto, esta sentencia no tiene efectos colectivo para las personas trans, pues se declara fundada la demanda respecto a la violación del derecho de acceso a la justicia; y, respecto al derecho a la identidad (cambio de nombre y sexo), declara la ejecución de una vía judicial ordinaria y no el proceso de amparo como una vía idónea para este tipo de procesos. 7) Esta sentencia no tiene efectos colectivos para las personas trans, pues cada persona trans que quiera cambiar su nombre y/o su sexo va a tener que iniciar un proceso judicial (que no es el amparo), pero que es diferente a las personas heterosexuales y/o cisgéneros.	

4. REFLEXIONES FINALES

El discurso jurídico, como herramienta de la diferenciación sexual binaria, ha impuesto como un falso derecho la identidad de género de las personas. Dicho discurso impone que la única posibilidad de significación social de los cuerpos es la que se construye con base a las exigencias del sistema heterosexuado binario, fuera del cual los sujetos que la subvierten quedan excluidos de manera estructural.

La asignación del sexo binario es social y no responde a una determinación natural sobre los cuerpos; siendo que, cuando el discurso jurídico contempla dicho estándar de significación de los cuerpos, únicamente está reproduciendo la legitimación y continuidad del mandato heterosexual binario construido contemporáneamente.

Finalmente, el Tribunal Constitucional peruano, en la resolución de casos sobre identidad de género, no ha realizado un análisis sobre la vulneración del derecho a la igualdad. Por lo tanto, la situación de las personas trans, impedidas de cambiar sus datos legales debido a la imposición de una identidad de género al nacer, no ha podido ser revertida de manera estructural a favor de su autodeterminación.

1.2

LA JUDICIALIZACIÓN COMO HERRAMIENTA PARA LOGRAR LA IGUALDAD

CASO ARMANDO ZORRILLA: UNA BÚSQUEDA JUDICIAL DE RECONOCIMIENTO DE LA UNIÓN DE HECHO IGUALITARIA EN EL PERÚ

EL CASO UGARTECHE-AROCHE VS. EL REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACIÓN Y ESTADO CIVIL (RENIEC): LA BÚSQUEDA DE IGUALDAD Y LIBERTAD PARA TODOS

> “
>
> (...) DEL PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA DERIVA LA PLENA AUTONOMÍA DE LA PERSONA PARA ESCOGER CON QUIÉN QUIERE SOSTENER UN VÍNCULO PERMANENTE Y MARITAL, (...) UNIÓN DE HECHO O (...) MATRIMONIO. ESTA ELECCIÓN LIBRE Y AUTÓNOMA FORMA PARTE DE LA DIGNIDAD DE CADA PERSONA Y ES INTRÍNSECA A LOS ASPECTOS MÁS ÍNTIMOS Y RELEVANTES DE SU IDENTIDAD Y PROYECTO DE VIDA
>
> **(CORTE IDH. 2018. OPINIÓN CONSULTIVA Nº 24, PÁRR. 225)**

1.2.1

CASO ARMANDO ZORRILLA: UNA BÚSQUEDA JUDICIAL DE RECONOCIMIENTO DE LA UNIÓN DE HECHO IGUALITARIA EN EL PERÚ

BRENDA ALVAREZ ALVAREZ [72] Y FIORELLA ZÁRATE GUERRERO [73]

1. EL LITIGIO ESTRATÉGICO ESTRUCTURAL COMO HERRAMIENTA PARA LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA IGUALDAD PARA LAS PERSONAS LGTBI

El litigio estratégico o denominado también litigio de derecho público es, según Bergallo, "el reclamo judicial en la forma de acciones individuales o colectivas que buscan la transformación estructural de instituciones del Estado en pos del respeto de derechos y valores democráticos consagrados en la Constitución"[74]. Este tipo de litigio busca evidenciar la existencia de desequilibrios institucionales y estructurales que se traducen en la violación de derechos humanos de ciertos ciudadanos. De esta manera, "[...] —a diferencia del litigio tradicional bipolar entre dos personas físicas o jurídicas, con intereses diametralmente opuestos y en donde la opinión del tribunal se limita a las partes involucradas— es un multipolar, atípico, en donde los hechos que se discuten se relacionan en general con el

[72] Abogada con especialidad en Género, Derechos Humanos y Constitución por el Centro de Estudios Constitucionales, diplomada en Pluralismo Jurídico y Derecho Indígena por la Pontificia Universidad Católica del Perú; con estudios en la Maestría en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en diversidad sexual y de género y coordinadora del área legal del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos - PROMSEX. Abogada del caso.

[73] Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con maestría en Derecho Constitucional por la Universidad Castila – La Mancha (España). Actualmente abogada en litigio estratégico en Promsex. Abogada del caso.

[74] Bergallo, Paola. "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina". *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*, paper 45. En: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1044&context=yls_sela>

funcionamiento de instituciones públicas complejas, y los remedios requieren cambios estructurales de largo plazo"[75].

Según el planteamiento de Owen Fiss, el principal objetivo del litigio estratégico estructural es "cuestionar la presunción de armonía extra litigio"[76] —fuera del litigio o caso en concreto—, es decir, cuestionar la consideración de justicia del status quo, creando un "nuevo status quo, más acorde con los ideales constitucionales"[77]. Este tipo de litigio, por ejemplo, ha logrado, por un lado, poner en evidencia las situaciones de desigualdad estructural como la política de segregación de la población por motivos raciales traducido en la prohibición de matrimonios interraciales; y, por otro, cambiar el paradigma de segregación a un nuevo contexto en el que se proscriben este tipo de medidas, como fue el caso Loving contra Virginia (1967), resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Conscientes de que la situación de exclusión estructural de las personas LGBT en la esfera social y en el ámbito jurídico, la búsqueda de herramientas para impulsar cambios estructurales se hizo necesaria. Entre estas herramientas, el litigio estratégico estructural ha sido uno de los principales mecanismos empleados en el reconocimiento del derecho a la igualdad, en relación con el derecho a la protección jurídica de las uniones no heterosexuales. Ejemplos paradigmáticos son las decisiones judiciales de Estados Unidos, México, Brasil, Argentina y Colombia.

En esa medida la judicialización del reconocimiento de la unión de hecho de Armando es un litigio estructural, pues busca cuestionar este aparente *statu quo* de justicia que deja por fuera de su protección a las personas que rompen el paradigma "perfeccionista" de la heterosexualidad. Asimismo, busca garantizar los derechos de Armando y abrir camino a la garantía del derecho a la igualdad de las personas de orientación sexual no heterosexual que, como Armando, construyen proyectos de vida en conjunto sin protección jurídica alguna.

2. ANTECEDENTES DEL CASO

Armando Zorrilla mantuvo una relación sentimental y convivió por casi 26 años con una persona de su mismo sexo hasta el momento del fallecimiento de este último, ocurrido en enero de 2015, producto de una sorpresiva y penosa enfermedad. En dicho lapso, con el fruto del trabajo de ambos, adquirieron ciertos bienes de considerable valor. Bienes que fueron inscritos solo a nombre de su pareja por no existir alternativas jurídicas de protección de sus derechos, sin imaginar lo que vendría después.

[75] Bergallo, Paola. *El litigio estratégico como herramienta para la exigibilidad del derecho a la educación: posibilidades y obstáculos*. Buenos Aires: ADC / Asociación por los Derechos Civiles, p. 9.
[76] Ramírez, Beatriz. "El estado de cosas inconstitucional y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público. Una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana". Pontifica Universidad Católica del Perú, 2013, p. 119.
[77] Fiss, Owen en Beatriz Ramírez. "El estado de cosas inconstitucional y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público. Una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana". Pontifica Universidad Católica del Perú, 2013, p. 119.

Tras la muerte de su compañero, tales bienes y, en general, todos los derechos personales y patrimoniales les fueron atribuidos a la sucesión intestada del causante, conformada por sus dos hijos. Armando fue totalmente invisibilizado, desconociéndose el cariño y la ayuda mutua que, como pareja, se prodigaron por tantos años, y viéndose despojado de la totalidad del patrimonio que junto a su pareja se habían encargado de formar.

En noviembre de 2015, se interpuso una demanda a fin de que se reconozca la unión de hecho que Armando conformó por tantos años con su pareja y que, a partir de ello, el patrimonio adquirido por ambos se sujete al régimen de sociedad de gananciales, se incorpore en el proceso de declaración sucesoria y se le declare como beneficiario de la pensión de sobrevivencia generada por el causante ante la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

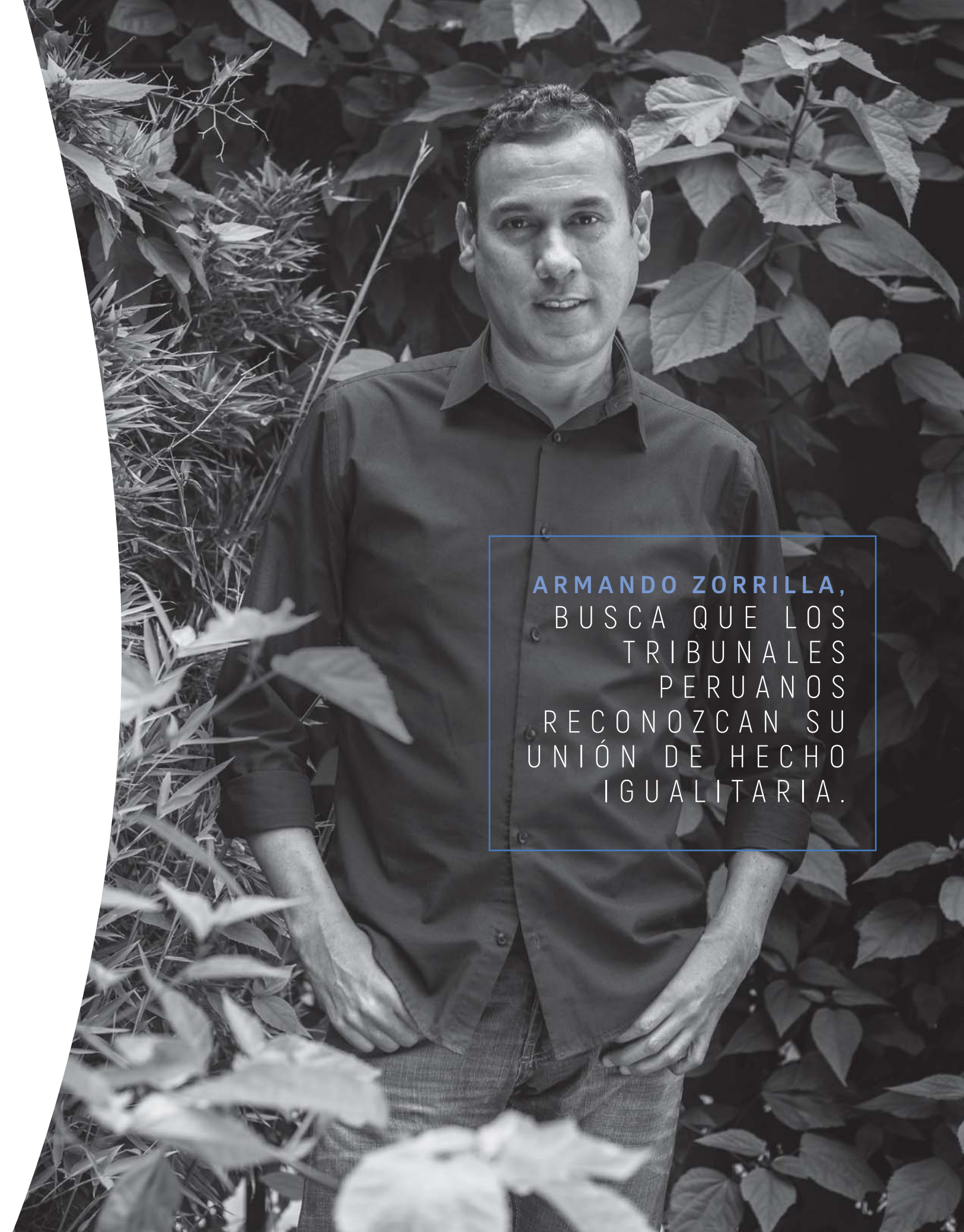
No obstante, dos años después, dicha causa aún se encuentra en etapa de calificación, siendo que el juez de primera instancia declaró improcedente la demanda por considerar que Armando no tenía legitimidad para obrar, pues esta solo es reconocida para parejas heterosexuales, decisión que fue apelada ante la instancia superior y al ser resuelta en apelación fue, a su vez, declarada nula por haberse vulnerado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de Armando. La Sala ordenó que el *A quo* emita nueva resolución dando respuesta a la solicitud de control de convencionalidad que fue solicitada en la demanda. Sin embargo, el *A quo* declaró, nuevamente, improcedente la demanda, vulnerando el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, al aplicar de manera incompleta el control de convencionalidad y reincidir en la vulneración del derecho a tutela jurisdiccional de Armando por ser homosexual.

Frente a tal falta de voluntad del Poder Judicial de proteger a las parejas del mismo sexo, que claramente son discriminadas por la legislación existente, inobservando su deber de administración de justicia, el derecho a la igualdad del demandante y desconociendo los estándares internacionales de derechos humanos sobre la materia, se interpuso, nuevamente, recurso de apelación, el cual debe ser resuelto próximamente.

3. ANÁLISIS JURÍDICO

LA CONSTITUCIONALIDAD DEL RECONOCIMIENTO DE LA UNIÓN DE HECHO PARA PAREJAS NO HETEROSEXUALES

En el Perú la unión de parejas no heterosexuales no encuentra protección legal. Si bien el texto Constitucional reconoce el derecho a la igualdad ante la ley, las protecciones jurídicas civiles, sea en modo de matrimonio civil o unión de hecho, se encuentran restringidas para todas aquellas parejas que rompan el paradigma de la heterosexualidad que el sistema jurídico protege y promueve.



ARMANDO ZORRILLA, BUSCA QUE LOS TRIBUNALES PERUANOS RECONOZCAN SU UNIÓN DE HECHO IGUALITARIA.

El *corpus iuris* constitucional reconoce protección jurídica a las uniones voluntarias de dos personas que persigan hacer vida en común a través de la figura del matrimonio (art. 4º[78] de la Constitución) o de la unión de hecho (art. 5º[79] de la Constitución). A su vez, el artículo 326º del Código Civil regula la denominada unión de hecho como "la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto se aplica".

Sin embargo, la referencia a las características de los contrayentes "un varón y una mujer" que realiza el artículo 5º de la Constitución y el artículo 326º del Código Civil, no puede interpretarse como prohibición de la extensión de esta figura a las parejas no heterosexuales. Solo significa que debe considerarse prohibida cualquier limitación o restricción de reconocimiento jurídico a las parejas constituidas por personas heterosexuales[80]. Además, este artículo debe ser interpretado de modo armónico y sistemático con el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 2.2[81] de la Constitución, mandato que exige interpretar las reglas e instituciones constitucionales, como la unión de hecho, de acuerdo con el principio de igualdad y no discriminación. Es decir, que su aplicación no debe producir distinciones arbitrarias.

Asimismo, el mandato contenido en el artículo 4º de la Constitución no hace referencia a un tipo único de familia, ni mucho menos lo restringe a la unión entre personas del mismo sexo. El Tribunal Constitucional ha consagrado una noción dinámica de la misma al señalar que:

> Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado *familias reconstituidas*[82]. (Subrayado nuestro).

[78] Artículo 4º.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. (Subrayado nuestro).
[79] Artículo 5º.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. (Subrayado nuestro).
[80] República del Perú. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Opinión sobre el Proyecto de Ley 2647/2013-CR que establece la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo. Informe Nº 2014-JUS/DGDH, 2014, p. 18. En: <http://3.elcomercio.e3.pe/doc/0/0/8/5/1/851029.pdf>; y Álvarez Álvarez, Brenda. "La constitucionalidad del reconocimiento de la unión de hecho de parejas del mismo sexo: Una aproximación de la interpretación constitucional a razón del caso Armando Zorrilla". *Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica* 269 (2016): 155-171, p.164.
[81] Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:
2. 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.
[82] República del Perú. Tribunal Constitucional. STC Expediente Nº 09332-2006-PA/TC, fj 7.

En conclusión, "el modo correcto de interpretar la Constitución (y el art. 326º del Código Civil) será aquella interpretación que persiga una pretensión de justicia: en este caso, dotar de protección jurídica a las uniones de hecho de parejas de sexo distinto, como a las parejas del mismo sexo, y eliminar cualquier resquicio de discriminación que resulte de un errado ejercicio interpretativo"[83].

LA OBLIGACIÓN DE ADMINISTRAR JUSTICIA CUANDO EXISTA VACÍO O DEFICIENCIA DE LA LEY EN RELACIÓN CON LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

El artículo 326º del Código Civil regula y contempla los alcances de la unión de hecho en nuestro país, sin embargo, al señalar que es aquella "mantenida por un varón y una mujer" conlleva "una omisión legislativa al excluir la unión de hecho entre personas del mismo sexo"[84]. No obstante, de ninguna manera dicha omisión puede servir de excusa por parte de los jueces para dejar de impartir justicia, como equivocadamente pretendió hacer quien conoció la demanda de Armando. Efectivamente, el juzgado de primera instancia, a pesar de detectar que existía una omisión legislativa en el artículo 326º del Código Civil, en su último pronunciamiento señaló que no correspondía al juez realizar la labor del legislativo, puesto que para extender los efectos de la unión de hecho a las parejas del mismo sexo sería necesario realizar una modificación a la norma.

Así, según el criterio del juez, las omisiones legislativas se erigen más bien como una barrera a su deber de impartición de justicia (art. 139º inc. 8 de la Constitución Política), desatendiendo lo establecido por el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, el cual señala que: "los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho, y preferentemente, los que inspiran el derecho peruano", y el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en similar sentido.

Al ser el derecho y, en específico las normas, creaciones humanas, puede ocurrir que numerosos hechos de la vida no se encuentren previstos en estas[85] por distintos motivos, entre estos, los inagotables supuestos que son incluso imprevisibles al momento de la redacción de la norma o, de otro lado, la evolución de las sociedades; no existiendo para ellos, por tanto, una norma expresa[86]. En ese sentido, puede ocurrir que exista una ausencia de regulación o que, existiendo, esta sea imperfecta. Ante ambos casos nuestro ordenamiento jurídico establece el deber de impartir justicia, ya que de lo contrario se estaría incurriendo en el delito de denegación y retardo de justicia, de acuerdo con el artículo 422º del Código Penal[87].

[83] Alvarez Alvarez, Brenda. *Óp. cit.*, p.162.
[84] *Ibíd.*, pp. 162–163.
[85] Ledesma Narváez, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil: Análisis artículo por artículo*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 44.
[86] *Ídem.*
[87] *Ídem.*

La omisión advertida en el artículo 326º del Código Civil es un vacío o "laguna del derecho", aunque es necesario aclarar que la doctrina hace una sutil distinción entre ambas, con lo cual, para el presente caso, es más propio hablar de la segunda alternativa, dado que esta se configura cuando nos encontramos ante un suceso para el cual no existe norma jurídica aplicable. Pero, a diferencia del vacío, se considera que esta debería estar regulada por el ordenamiento[88], como ocurre en el caso de análisis, ya que se encuentran en juego derechos fundamentales de personas históricamente marginadas y, de una lectura sistemática de nuestra Constitución y de los estándares internacionales de derechos humanos, se desprende que no hay motivo para hacer diferenciación entre las uniones de hecho heterosexuales y aquellas entre personas del mismo sexo.

Ante ello, deben utilizarse métodos y procedimientos de integración, entre los cuales se encuentra, como primera opción —de acuerdo a lo desarrollado por doctrina uniforme— la analogía, método consistente en aplicar al hecho generador de la laguna jurídica la misma consecuencia que corresponde a otro hecho ya regulado y que es semejante. Y solo de no ser posible, corresponde recurrir a los principios generales del Derecho y la costumbre, de acuerdo a lo establecido en las disposiciones que contemplan el deber de impartición de justicia[89].

Así pues, mal hace un Juez al considerar que los vacíos o deficiencias de las normas constituyen una barrera a su labor de impartición de justicia, ya que, por el contrario, es en esos casos cuando se hace imprescindible su labor no solo como mero aplicador del derecho, sino como intérprete del mismo, debiendo para ello hacer uso de las herramientas de integración puestas a su disposición. Ya no es suficiente un juez boca de la ley, pues para el juez actual su independencia e imparcialidad se traduce en la exigencia de racionalidad de las decisiones, lo cual se encuentra vinculado a la argumentación jurídica[90].

En ese sentido, debe recordarse que algunos efectos de la unión de hecho de parejas heterosexuales han sido establecidos a nivel jurisprudencial, y no a nivel legislativo, tal como ocurrió con el derecho a recibir pensión de viudez[91], sin que ello haya significado una intrusión en la labor legislativa. Con lo cual, es perfectamente posible y necesario que un juez respetuoso de los derechos fundamentales, haciendo una interpretación *pro homine*, establezca a nivel jurisprudencial aquello que hasta la fecha no se ha hecho a nivel legislativo; esto es, dotar de protección legal a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo.

[88] Gutiérrez, Walter. *La Constitución Comentada: Análisis artículo por artículo*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 525.
[89] *Ídem*.
[90] Morales Godo, Juan. "La función del juez en una sociedad democrática". Revista de la Maestría de Derecho Procesal 1, Vol. 4 (2010): 1-34, p. 32. En: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2397/2348>
[91] República del Perú. Tribunal Constitucional. STC Expediente Nº 06572-2006-PA/TC, de fecha 6 de noviembre de 2007. Posteriormente, este criterio ha sido adoptado como precedente por el Tribunal Administrativo Previsional a través de su Resolución Nº 0987-2017-ONP/TAP.

Finalmente, el juez debe garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de los recurrentes por igual, así como los derechos fundamentales que puedan verse involucrados. Pero, principalmente, debe cumplir con su deber constitucional de impartición de justicia, exista norma o no; sea ésta deficiente o no.

EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y EL DERECHO A LA IGUALDAD

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva está reconocido en el inciso 3 del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, indicando que "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional"; así como en el artículo 1º del Título Preliminar del Código Procesal Civil, se prescribe que "Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso". Esto último también se ve reflejado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional señalando que en el derecho a la tutela jurisdiccional concurren una serie de derechos entre los que destaca, como principal punto, el acceso a la justicia. Siendo imperativo que este derecho sea interpretado armónicamente con los derechos fundamentales.

En ese sentido, la decisión reiterada del Juzgado de considerar improcedente la demanda de reconocimiento de unión de hecho, basándose en la orientación sexual de Armando, parte de un error de interpretación. Ello en razón de que la correcta observancia del debido proceso, y el derecho a la tutela jurisdiccional que tiene todo sujeto, implica que la orientación no heterosexual no sea considerada como obstáculo al momento de recurrir al órgano jurisdiccional, con el objeto de que se le imparta justicia con base en las garantías mínimas que

se aplican a todos los sujetos de derecho que hacen uso —o solicitan— de la intervención del Estado para resolver conflictos de intereses que incertidumbre jurídica.

Acceso que, debido a la sesgada interpretación del Juzgado al interpretar discriminatoriamente el referido derecho, ha sido vulnerado por esa instancia jurisdiccional, transgrediendo de esta manera los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la Convención) que dispone: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que amparen actos que violen sus derechos fundamentales [...]", como indica el Tribunal Constitucional[92].

APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS A LA PAREJA DEL MISMO SEXO

El control de convencionalidad implica el deber de contrastar las normas jurídicas internas aplicables a un caso concreto y a la Convención. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solo el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), como intérprete último de la Convención. Es decir, para realizar una interpretación adecuada de derechos, *pro homine*, los operadores de justicia necesariamente deben dar una mirada a los estándares establecidos a nivel internacional que resulten vinculantes a nuestro país, los cuales, incluso, son considerados como parte de nuestro derecho interno. Efectivamente, ello se desprende del artículo 55º de la Constitución Política, el cual señala que: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional". Asimismo, de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la cual señala que: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú"; y del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual, incluso, contempla la vinculatoriedad de la jurisprudencia de los tribunales internacionales sobre derechos humanos, tales como la Corte IDH.

En efecto, en este punto es preciso prestar atención a lo señalado por la Corte IDH respecto del control de convencionalidad, dado que la misma ha afirmado que los jueces y tribunales internos están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, así como los tratados internacionales, como es el caso de la Convención Americana, puesto que al haber sido ratificado por el Estado, también están sometidos a ella. Siendo así, entonces, obligación del Estado velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean

[92] República del Perú. Tribunal Constitucional. STC Expediente Nº 1042-2002-AA/TC. 6 de diciembre de 2002. Visto 9 de diciembre de 2015. En: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01042-2002-AA.pdf>

mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, debiendo tener en cuenta no solo el tratado, sino también la interpretación que sobre la misma ha hecho la Corte IDH[93].

De lo anterior, se desprende que el control de convencionalidad ejercida por los operadores de justicia nacionales debe constar de los siguientes dos pasos: (i) poner en evidencia que una determinada norma nacional se encuentra o no adecuada, o resulta o no conforme con lo dispuesto por las disposiciones internacionales vinculantes para el Estado peruano; y (ii) resolver el caso concreto de acuerdo a estas disposiciones vinculantes, habiendo verificado previamente la compatibilidad o no de las disposiciones dictadas a nivel nacional con aquellas vinculantes para el Estado peruano en el sistema interamericano y/o universal de derechos humanos. Como vemos, esta verificación implica un ejercicio de interpretación de la cual provendrán determinadas consecuencias jurídicas.

No obstante, volviendo al caso que nos ocupa, cabe indicar que el juez de primera instancia aplicó el referido control de convencionalidad de manera incompleta, y por tanto errónea, dado que su análisis se quedó en el primer paso. Así pues, se limitó a evidenciar la incongruencia entre la norma nacional, con los tratados internacionales sobre la materia, y los estándares establecidos por la Corte IDH, los cuales, vale decir, fueron invocados oportunamente por la defensa, siendo lo más saltantes aquellos contenidos en las sentencias de los casos Duque vs. Colombia y Atala Riffo vs. Chile.

En este punto debe resaltarse que, en la primera de ellas, se ha establecido como estándar que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención, con lo cual ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno puede disminuir o restringir de modo alguna los derechos de una persona a partir de tales categorías[94]. Mientras que, en la segunda —además de reconocer la orientación sexual e identidad de género como categorías protegidas de discriminación por la Convención—, se estableció que la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. Esta falta de consenso de ninguna manera puede conducir a abstenerse de decidir, debiendo remitirse para ello a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado a través de la Convención Americana[95].

Por otro lado, tal como el propio Tribunal Constitucional ha establecido recientemente, el concepto constitucional de familia se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, el mandato constitucional de protección a la familia no se dirige a

[93] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. fj 124.
[94] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de febrero de 2016. fj 104.
[95] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo* y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, fj 92.

un modelo de familia único sino a la diversidad de formas familiares que se presenten en la realidad, debiendo tomarse en cuenta que su contenido se traduce en relaciones afectivas, con proyección y planes de vida en común, y cuya protección se materializa en su fortalecimiento como núcleo, así como en la garantía y el respeto de los derechos individuales de sus miembros[96].

Efectivamente, de lo anterior, el juez de primera instancia en el caso de Armando advirtió que existía una omisión legislativa en cuanto a la regulación de la unión de hecho entre personas del mismo sexo, señalando que la misma tenía como fundamento la protección histórica de la familia matrimonial, entre varón y una mujer. Con esto, según el propio razonamiento del juez, dicha justificación resultaba discriminatoria y afectaba la dignidad de las personas al ser contraria a la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos; sin embargo, no realizó el segundo paso del control de convencionalidad —como ya se ha señalado—, bajo el entendido de que al ser necesario una modificación legislativa que incluyera la regulación de los efectos de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, resolver el presente caso se encontraba fuera de sus manos.

Frente a ello, cabe decir que la sola realización del primer paso, esto es, el contraste y a la luz de ello, la detección de vulneraciones a derechos fundamentales constituye un importante avance. Sin embargo, es importante hacer hincapié que la labor del juez no se agota con ello, sino que es necesario que este brinde una solución al caso concreto acorde a derecho, más aún si ya se había logrado detectar que la exclusión advertida vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación, puesto que la diferenciación, aparentemente hecha en la norma, no soportaba análisis alguno al no existir justificación válida.

De ninguna manera puede decirse que la no regulación de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo debe ser dejada al arbitrio del legislador. Como se ha señalado antes, dicha exclusión configura una laguna del Derecho, con lo cual, necesariamente debe ser atendida por las instancias jurisdiccionales, al significar la misma un atentado al derecho a la igualdad y no discriminación, la dignidad y la autonomía. Ello se desprende de una interpretación sistemática de la Constitución, la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH; debiendo los jueces, en consecuencia, aplicar la analogía para reconocer estas uniones de hecho y dotarlas de efectos jurídicos por tratarse de supuestos semejantes.

La Corte IDH en su reciente Opinión Consultiva OC-24/17, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, opinión vinculante al Estado peruano, determinó que una interpretación restrictiva del concepto de familia que excluya a parejas del mismo sexo es contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos. Así también sostuvo que "establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo

[96] Fernández Revoredo, Marisol. "La Igualdad y no discriminación y su aplicación en la regulación del matrimonio y las uniones de hecho en el Perú". Pontificia Universidad Católica del Perú. 2014, pp. 93-94.

sexo en la forma en que puedan fundar una familia –sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil– no logra superar un *test* estricto de igualdad [...] pues, no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional"[97].

Finalmente, el caso materia de análisis se constituye en "la oportunidad" del sistema de justicia peruano para remediar la situación de desigualdad jurídica en el que las personas no heterosexuales se encuentran, ello en aplicación del control de convencionalidad.

[97] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 solicitada por la República de Costa Rica "Identidad de Género, e Igualdad y No Discriminación a Parejas del Mismo Sexo ". 24 de noviembre de 2017, párr. 220.

1.1.2

EL CASO UGARTECHE–AROCHE VS. EL REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACIÓN Y ESTADO CIVIL (RENIEC): LA BÚSQUEDA DE IGUALDAD Y LIBERTAD PARA TODOS

JAVIER MUJICA PETIT [98]

1. INTRODUCCIÓN

"Todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". Así reza el primer artículo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), aprobada en 1948, hace casi ya setenta años[99]. Se trata de un enunciado basado en "el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

Pero la familia humana. ¿Quién hace parte y quién no de la familia humana? ¿Qué personas y cuáles no deben ser objeto de nuestro tratamiento fraternal? Parecería obvio que —como dice la DUDH— *todas* las personas hacen parte de la familia humana. Y si es así, a todas ellas es a quien debemos un trato fraternal. Un trato basado en el reconocimiento de que —tanto ellas como nosotros— nacimos libres e iguales en dignidad y derechos. Así pues, resulta inadmisible que se atribuya a una parte de la familia humana menos libertad e igualdad en dignidad y derechos que al resto, ya que —como postula la DUDH— todos y todas deben ser

[98] Presidente del Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos – Perú EQUIDAD y abogado de Óscar Ugarteche Galarza en el proceso que da pie a este artículo.

[99] La DUDH apeló a una fórmula similar a la empleada por la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, cuyo artículo primero indicaba "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común".

tratados fraternalmente y considerados iguales en dignidad y derechos, con independencia de cuál sea su raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o de cualquier otra índole o condición.

En nuestro país, infortunadamente, las cosas no ocurren así. En el Perú, las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI) son sistemáticamente discriminadas y estigmatizadas en base a prejuicios sobre su orientación sexual e identidad de género; y, frecuentemente, viven expuestas a la violación impune de, prácticamente, todos sus derechos y libertades fundamentales[100].

Uno de esos derechos es el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia. Derecho que ha sido ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos[101] a partir del reconocimiento de que elegir un cónyuge y disponer de la libertad de

[100] Según un informe de la Defensoría del Pueblo, "En el Perú la "Encuesta para medir la opinión de la población peruana en relación con los Derechos Humanos", llevada a cabo por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en el año 2013, arrojó información importante sobre la situación de exclusión y discriminación que sufren determinados grupos vulnerables, entre ellos las personas LGBTI. El 93 % de los encuestados/as indicó que este colectivo se encuentra más expuesto a la discriminación, así como al maltrato físico (88 %), al maltrato verbal (92 %), a las amenazas (84 %) y al chantaje (78 %). Adicionalmente, un porcentaje significativo de encuestados/as mostraron una actitud discriminadora cuando se les consultó de manera impersonal sobre aspectos relacionados con este grupo, pues un 45 % considera que las personas LGBTI no deberían ser docentes en colegios y un 59 % que no deben tener derecho al matrimonio civil". Defensoría del Pueblo, Serie Informes Defensoriales – Informe Nº 175, septiembre de 2016, pp. 16-17.

[101] Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948. Artículo 16º: "1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948. Artículo VI: "Toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella".

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966. Artículo 23º: "1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos".

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 10: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges [...]".

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969. Artículo 17º: "1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo".

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador, 1988. *Artículo* 15º: "1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material. 2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna. [...]".

poder contraer matrimonio con él —quien quiera que este sea— resulta esencial en la vida de cualquier persona para afirmar su dignidad e igualdad como ser humano.

En su Sentencia en el caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha afirmado que el derecho a la protección de la familia, establecido en el artículo 17º de la CADH y en el artículo 15º del "Protocolo de San Salvador", dota de contenido al derecho a la identidad[102]. Y ha indicado, asimismo, que toda persona tiene derecho a vivir o mantener contacto directo o relaciones personales con *su familia*, dado que esta, al ser un elemento natural y fundamental de la sociedad, en principio, está "llamada a satisfacer [las] necesidades materiales, afectivas y psicológicas" de todo ser humano[103].

Cabe precisar que, aunque varias de las normas internacionales de derechos humanos que amparan el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia hacen referencia a que las condiciones requeridas para el ejercicio de este derecho serán definidas por las leyes internas[104], dicha expresión ("leyes internas") incluye las disposiciones de la Constitución y los tratados de derechos humanos que se consideren parte del derecho interno[105], y solo será asumida "en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación"[106].

A pesar del estigma y la discriminación que aún enfrentan las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersex por su orientación sexual e identidad de género, así como la recurrente y usualmente impune violación de sus derechos y libertades fundamentales, es preciso reconocer, sin embargo, que se han producido también avances en la visibilizacion de esta circunstancias y la generación —claramente aún insuficiente— de garantías para el ejercicio de sus derechos en las mismas condiciones de libertad e igualdad que los demás. Respecto del comentado derecho al matrimonio y a formar una familia, actualmente este derecho puede ser ejercido sin cortapisas en un significativo número de países a nivel internacional, la mayoría en América y Europa (Alemania, Argentina, Bélgica, Brasil, Canadá, Colombia, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, Malta, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido (Inglaterra, Gales y Escocia), Sudáfrica, Suecia, Uruguay). Y en otros tantos, donde el matrimonio igualitario no existe, éste es plenamente reconocido si se ha consumado en otra jurisdicción donde sí exista (Armenia, Estonia, Israel).

[102] Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Voto disidente del juez Manuel E. Ventura Robles respecto del punto resolutivo tercero". Serie C Nº 118. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, Excepciones Preliminares*. Sentencia de 23 de noviembre de 2004, párr. 139.
[103] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie A Nº 17. Opinión Consultiva OC 17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párr. 71.
[104] Ver Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 17.2. Asimismo, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), artículo 15.2.
[105] Constitución Política del Perú. Artículo 55º: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional".
[106] Ver Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 17.2.

El caso Ugarteche-Aroche vs. el RENIEC, sobre el que versa este artículo, ilustra a cabalidad las enormes vicisitudes que resta aún encarar en nuestro país para establecer un orden social y jurídico que reconozca plenamente, y sin cortapisas, los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersex.

2. ANTECEDENTES

¿QUIÉNES SON LOS DEMANDANTES?

Óscar Ugarteche Galarza (Lima, 1949) es un economista, escritor, profesor e investigador peruano, con una maestría en Finanzas Internacionales en la London Bussines School de Londres y un doctorado en Filosofía e Historia de la Universidad de Bergen, Noruega; activista en derechos humanos y uno de los fundadores de Movimiento Homosexual de Lima (MHOL), tan temprano como en 1982. Hace casi veinte años se fue a México, frustrado por el extendido clima de homofobia que cercenaba en Perú las oportunidades de desarrollo de muchos que, como él, había decidido reivindicar su orientación sexual sin complejos. Hoy forma parte del Instituto de Investigaciones Económicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y coordina el Observatorio Económico Latinoamericano (OBELA). El 10 de octubre de 2010 se casó —de acuerdo con las leyes de México que amparan el matrimonio igualitario— con el economista mexicano Fidel Aroche Reyes, profesor de la División de Estudios Profesionales de la Facultad de Economía de la UNAM, con una maestría del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) de la Universidad de las Américas (Puebla) y un doctorado en la London University.

¿CUÁLES FUERON LOS DERECHOS VIOLADOS Y CÓMO?

El 12 de enero del 2012, Óscar Ugarteche solicitó al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) que inscribiera el Acta de su matrimonio celebrado en México en el registro correspondiente. En marzo del año 2012, el RENIEC expidió la Resolución Nº 1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC denegando la inscripción del Acta señalando, entre otros aspectos, que conforme al Código Civil peruano de 1984, entre los elementos estructurales o condiciones esenciales del matrimonio, previstos en su artículo 234º, se encuentran, entre otros, el la diversidad de sexo y responsabilidades de los contrayentes.

Apelada dicha resolución por violar los principios/derechos a la igualdad y no discriminación amparados por la Constitución Política del Perú (art. 2.2), así como por un amplio elenco de tratados internacionales ratificados por el Perú, el RENIEC expidió en junio del 2012 un nuevo pronunciamiento (la Resolución Regional 00497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC) declarando infundada la apelación y reiterando que "el artículo 234º del Código Civil señala que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada entre varón y una mujer, *por lo tanto no existe en nuestra legislación, respaldo normativo para el matrimonio entre personas del mismo sexo",* (cursivado nuestro). Presentado un mes después un último recurso de Revisión, en agosto de 2012 el RENIEC expidió la Resolución 055-2012-GRC/RENIEC, declarando infundado el recurso e indicando que no había violado el derecho de Ugarteche a la igualdad ante la ley.

En diciembre de 2012, éste interpuso una acción de Amparo contra el RENIEC invocando ser víctima de la violación del principio/derecho a la Dignidad[107] en conexión con otros derechos

[107] Constitución Política del Perú. Artículo 1º: **"**La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

en juego –como el derecho a la identidad, el derecho al nombre y el derecho al libre desarrollo, entendidos todos ellos como atributos indispensables para el desarrollo pleno, libre y cabal del proyecto de vida de cualquier persona–, así como su derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica *o de cualquier otra índole*[108]. En particular, por razón de su orientación sexual.

3. EL PROCESO Y SU DESARROLLO HASTA LA ACTUALIDAD

En enero de 2013, el Juez del 8º Juzgado Constitucional de Lima se pronunció declarando improcedente la demanda, indicando para ello (i) que la demanda pretendía dejar sin efecto actos administrativos contenidos en resoluciones administrativas; (ii) que el proceso adecuado para ventilar esta pretensión era el Proceso Contencioso Administrativo; y (iii) que existían vías procedimentales específicas e igualmente satisfactorias para atender la vulneración de los derechos que se denunciaban. Apelada esta decisión judicial, en agosto del 2013, la Sala correspondiente de la Corte Superior de Justicia de Lima anuló la resolución apelada indicando que esta se había pronunciado respecto a temas reservados al fondo de la controversia, lo cual correspondía ser analizado en el estadio procesal respectivo de Sentencia y no así a través del rechazo *in limine* producido, ordenando que se tramite la acción interpuesta.

Al responder a la demanda, el RENIEC solicitó que esta fuera declarada infundada porque lo que el demandante pretendería mediante la acción planteada es que "en vía del amparo (sic) se le reconozca un derecho que supuestamente le corresponde".

Ugarteche respondió que el RENIEC había leído mal la demanda, sin percatarse que lo que este pretendía a través de este proceso no es que se le reconozca un derecho que presuntamente no tendría (el derecho a casarse con alguien de su mismo sexo en el Perú), sino que no se le discrimine por razón de su orientación sexual (derecho humano, inherente a la persona como fundamento de su dignidad). Agregando, luego, que si el RENIEC hubiera leído con más atención la demanda, habría advertido que el petitorio de la demanda indica con toda claridad que lo que se solicita es que "cesen los actos inconstitucionales de discriminación que impiden el ejercicio efectivo de [su] derecho fundamental a la igualdad ante la ley sin discriminación de ninguna clase por razones de orientación sexual y se disponga el reconocimiento ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) de [su] matrimonio celebrado en la ciudad de México con el ciudadano mexicano Fidel Aroche Reyes".

[108] Constitución Política del Perú. Artículo 2º inciso 2: "Toda persona tiene derecho: [...] A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole".

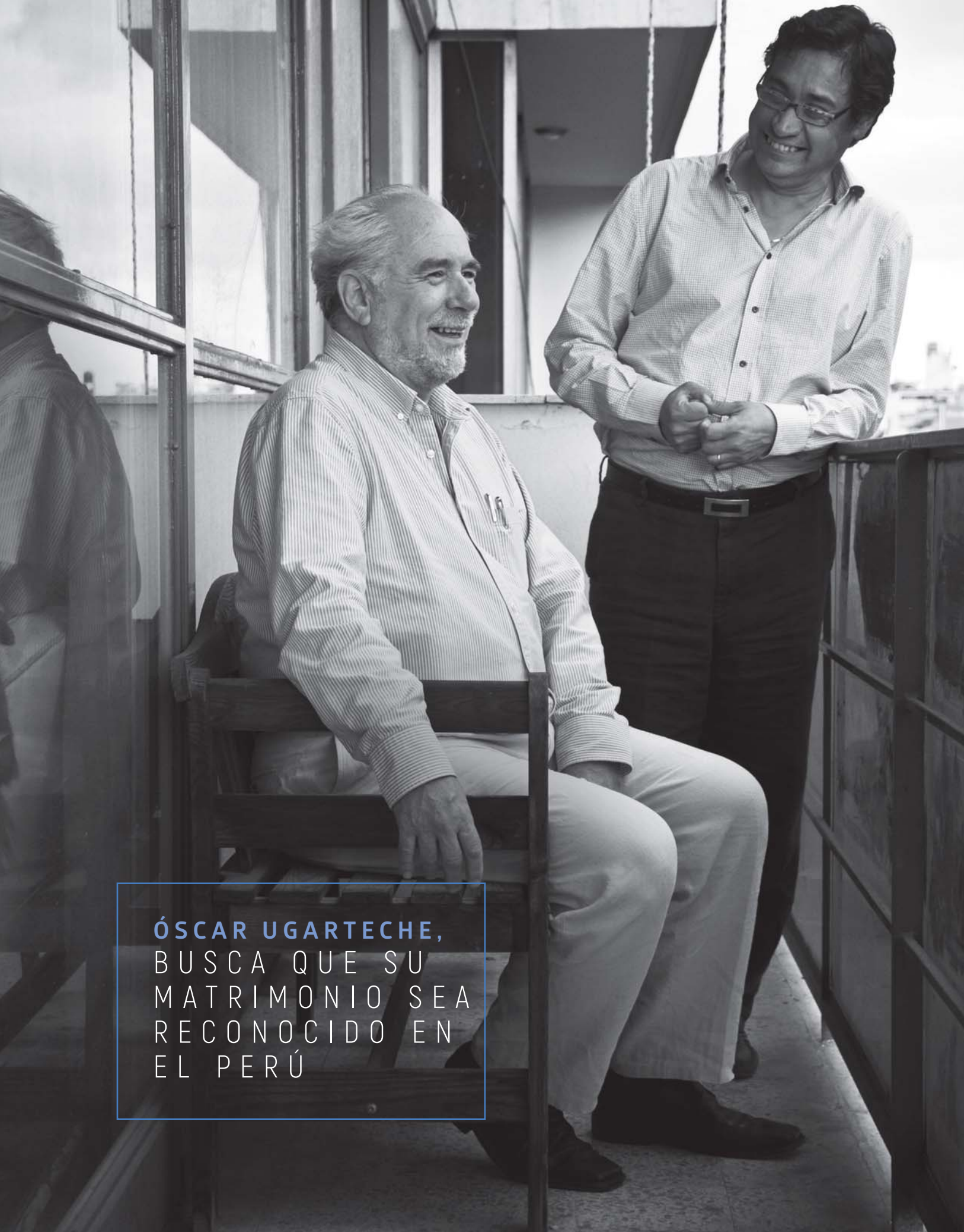
El RENIEC solicitó, asimismo, que se desestimara la demanda con un doble argumento adicional: primero, alegando que "la propia Constitución en ningún momento [...] ha reconocido ni [...] reconoce el derecho de acceder a la institución del matrimonio a las personas del mismo género"; y, en segundo lugar, porque "a nivel constitucional se establece que la forma del matrimonio debe ser regulado por ley expresa y en este sentido resulta pertinente señalar que el mismo se encuentra regulado en nuestro Código Civil, en cuyo artículo 234º lo define como "[...] *El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella* y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común. *El marido y la mujer* tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales", (cursivado nuestro). Es decir que —según el RENIEC— "normativamente la pretensión del demandante no cuenta con sustento constitucional ni legal para ser amparado por estar expresamente prohibido el acto que pretende ser reconocido".

Como puede advertirse, empero, el RENIEC estaba igualmente equivocado. Las personas que conforman la comunidad LGBTI (lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales) son ciudadanos y ciudadanas con iguales derechos y libertades y, como tales, no pueden ser sujetas a ningún tipo de discriminación en relación con el goce de ningún derecho. Y nuestro sistema jurídico se funda en dos pilares: (i) el reconocimiento de que todos los seres humanos son iguales ante la ley, sin que exista ninguna distinción, privilegio o prerrogativa; y (ii) que, como consecuencia de lo anterior, el Estado tiene la obligación de asegurar que todos sus ciudadanos y ciudadanas disfruten de condiciones de vida idénticas, atendiendo a su naturaleza de seres humanos con igual dignidad y derechos. Razón por la cual —según el artículo 1º de la Constitución— "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

La Constitución consigna, además, en su artículo 2º, que todas las personas sometidas a la jurisdicción del Estado peruano tienen derecho a la igualdad ante la ley, por lo que nadie puede ser discriminado "por motivo de origen, raza, sexo, idioma, opinión, condición económica *o de cualquier otra índole*", (cursivado nuestro). Fórmula constitucional de carácter abierto que incluye a la orientación sexual e identidad de género, aunque no estén reconocidas de manera expresa en el texto constitucional[109].

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente que las personas LGBTI no pueden ser discriminadas en base a su orientación o identidad sexual. En su sentencia recaída en el Expediente Nº 01575-2007-PHC/TC[110], al referirse al derecho de los internos a una visita íntima dijo:

[109] Constitución Política del Perú. Artículo 3º: "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".
[110] República del Perú. Tribunal Constitucional. STC Expediente Nº 01575-2007-PHC/TC. En:<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01575-2007-HC.html>



ÓSCAR UGARTECHE, BUSCA QUE SU MATRIMONIO SEA RECONOCIDO EN EL PERÚ

> […] este Tribunal estima que la permisión de la visita íntima no debe sujetarse a ningún tipo de discriminación, ni siquiera aquellas que se fundamenten en la orientación sexual de las personas privadas de su libertad. En estos casos la autoridad penitenciaria, al momento de evaluar la solicitud de otorgamiento, deberá exigir los mismos requisitos que prevé el Código de Ejecución penal y su Reglamento para las parejas heterosexuales.

En su sentencia recaída en el Expediente Nº 00926-2007-AA/TC, al declarar fundada la demanda de amparo interpuesta por un alumno del segundo año de la Escuela Técnica Superior de PNP de Puente Piedra, sancionado disciplinariamente por un acto vinculado a su orientación sexual, uno de los votos en mayoría de los magistrados del TC que concurrieron en la sentencia lo expresó también con absoluta claridad:

> […] en el marco del Estado social y democrático de derecho, ningún ser humano debe verse limitado en el libre desenvolvimiento de su personalidad e identidad sexual. Es una obligación del Estado el proteger el ejercicio de este derecho así como el de derogar o eliminar las medidas legales o administrativas que puedan verse como una traba para su ejercicio, sin que esto implique un abuso del mismo. Esto quiere decir que la identidad sexual se basa no solo en elementos eminentemente objetivos, sino que incluye factores subjetivos o psicológicos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. El ejercicio de este derecho requiere proyectarse adecuadamente en todos los ámbitos en los que eventualmente pueda manifestarse, mediante ciertas garantías mínimas. Entre éstas se encuentran esencialmente la protección de la opción sexual y guardar reserva en torno a la propia opción sexual. El ser humano es libre de autodeterminarse y no es posible concebir que en función de sus particulares opciones de comportamiento tenga que verse discriminado. Si una persona cuyo sexo se encuentra perfectamente definido tiene derecho a una identidad en todos los aspectos que tal categoría representa, no existe consideración constitucionalmente válida para que quien opta por un comportamiento sexual diferente, no le asista a plenitud tal derecho[111].

La orientación sexual no heterosexual constituye una categoría sospechosa de discriminación. Ni el Estado ni los particulares pueden establecer diferenciaciones ni desconocer o restringir los derechos de las personas basándose en dicho criterio, a menos que cuente con argumentos objetivos, razonables y proporcionales que así lo justifiquen, tal como lo ha recordado la Defensoría de Pueblo en su Informe de Adjuntía Nº 003-2014-DP/ADHPD, remitido al Congreso de la República en relación con el Proyecto de Ley Nº 2647-2013-CR[112].

[111] República del Perú. Tribunal Constitucional. STC Expediente Nº 0926-2007-PA/TC. Voto en mayoría del Magistrado Carlos Mesía Ramírez, fjs 57-59.
[112] República del Perú. Defensoría del Pueblo. Opinión respecto del Proyecto de Ley Nº 2647/2013-CR. Informe de Adjuntía Nº 003-2014-DP/ADHPD, marzo de 2014. En <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/varios/2014/Informe-de-Adjuntia-003-2014-DP-ADHPD-1.pdf>

En este informe se precisa que los derechos fundamentales de las personas LGBTI son expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto el artículo 2.1 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho "a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y, a su libre desarrollo y bienestar [...]". Tópico respecto del cual el Tribunal Constitucional ha señalado que "[...] el derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres". En tal sentido, las conductas que se encuentran bajo el ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento "constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra"[113].

Por su parte, en un informe datado al 24 de febrero de 2014[114], el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha dejado claramente establecido que el artículo 5º de la Constitución, referido a la unión de hecho entre un varón y mujer, "no puede ser interpretado en el sentido de que "el legislador se encuentra constitucionalmente prohibido de extender la aplicación de esta institución a las parejas del mismo sexo. Significa tan solo que se encuentra constitucionalmente prohibido de desconocer la aplicación de esta institución a personas de distinto sexo".

Amparada en el artículo 37º del Código Procesal Constitucional, que establece que "El amparo procede en defensa de los siguientes derechos: [...] 1. De igualdad y de no ser discriminado por razón de [...] orientación sexual", la demanda interpuesta por Ugarteche busca revertir la negativa del RENIEC a inscribir el acta matrimonial del 2010 que formalizó su matrimonio civil con Fidel Aroche, discriminándolo así respecto de otros/as ciudadanos/as peruanos/as que contrajeron matrimonio en el extranjero y formalizaron registralmente dicho acto *sin que se opusiera a este derecho un motivo fundado en la orientación sexual de los contrayentes*. Derecho que asiste a Ugarteche en virtud de lo dispuesto por el artículo 41º de la ley Nº 26497 (Ley Orgánica del RENIEC), conforme al cual "El registro del estado civil de las personas *es obligatorio y concierne a los directamente involucrados en el acto susceptible de inscripción. Es imprescindible e irrenunciable el derecho a solicitar que se inscriban los hechos y actos relativos a la identificación y estado civil de las personas, con arreglo a ley*". (Cursivado nuestro).

El RENIEC denegó discriminatoriamente este derecho a Ugarteche pese a que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2070º del Código Civil (CC), "el estado y la capacidad civil de la persona natural *se rigen por la ley del domicilio",* (cursivado nuestro). (Esto es, que el estado de estar casado y la capacidad de casarse se determina conforme a la ley peruana *por el domicilio de los contrayentes* que, en este caso, es México donde —como

[113] República del Perú. Tribunal Constitucional. STC Expediente Nº 03901-2007-AA/TC, fjs 8-9.
[114] República del Perú. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Opinión sobre el Proyecto de Ley 2647/2013-CR que establece la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo. En: <http://3.elcomercio.e3.pe/doc/0/0/8/5/1/851029.pdf>

consta del acta matrimonial aparejada a su demanda— el demandante y su pareja estaban casados legítimamente, con todos los derechos y deberes que impone esta condición y no son diferentes de los que impone la ley peruana). Y el RENIEC ha actuado discriminándolos por su orientación sexual pese a que, de acuerdo con el artículo 2075º del mismo CC "la capacidad y requisitos esenciales para contraer matrimonio se rigen, para cada uno de los contrayentes, *por la ley de sus domicilios"*, (cursivado nuestro). (En este caso ambos contrayentes vivían en México antes de celebrar su matrimonio). Y dice el artículo 2070º , además, que "el cambio de domicilio no altera el estado ni la capacidad adquirida en virtud de la ley del domicilio anterior"; lo mismo que los artículos 2076º y 2077º del CC que indican que la forma del matrimonio se rige *por la ley del lugar de su celebración* (que fue en México), y que, en cuanto a los derechos y deberes de los cónyuges, éstos también se rigen *por la ley del domicilio conyugal* (que es México).

La legislación que obliga a las autoridades peruanas, claro está, no se limita al Código Civil (CC), sino que incluye y se subordina a la Constitución y tratados de derechos humanos ratificados por el Perú. Por mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, además, todas las autoridades peruanas (incluyendo las del RENIEC y las del Poder Judicial), al actuar en el ejercicio de sus funciones, están obligadas a aplicar un *control de convencionalidad* de las normas y preferir las que amparan los derechos de los ciudadanos[115].

El rechazo del RENIEC a la solicitud de registro planteada por Ugarteche supuso, en suma, poner en entredicho la vigencia misma del artículo 2.2 de la Constitución, lo mismo que numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que se cuentan los artículos 2º y 17º de la DADDH[116], y 1º, 2º y 7º de la DUDH. Derechos recogidos asimismo en los artículos 1º y 24º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto de los cuales la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "tanto la orientación sexual como la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana de Derechos Humanos". Debido a ello, "ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual [o identidad de género]"[117].

[115] El control de convencionalidad, con dicha denominación, aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano vs. Chile. Así, la Corte ha indicado que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. Ver al respecto Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cuadernillo de Jurisprudencia Nº 7. En: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>

[116] Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Artículo II: "Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna"; artículo XVII: "Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales".

[117] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atalaya Riffo* y Niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012.

El 21 de diciembre de 2116 —esto es cuatro años después de interpuesta la demanda— el 7º Juzgado Constitucional de Lima declaró fundada la demanda de Ugarteche sustentando su decisión, entre otros argumentos, en el artículo 4º de la Constitución, referido a la protección de la familia y la promoción del matrimonio. La constatación de que, si bien la Constitución establece que la forma del matrimonio se debe regular por la ley, dichas leyes no pueden contrariar la Constitución.

La Sentencia del 7º Juzgado Constitucional reconoce, asimismo, el deber de interpretar los derechos reconocidos en la Constitución "de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú", tal como establecen la Cuarta Disposición Final de la Constitución y el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, lo mismo que el deber de aplicar el Control de Convencionalidad, conforme ha sido establecido por el Tribunal Constitucional en su STC del Expediente Nº 04617-2012-PA/TC.

Igualmente, hace un extenso y muy fundamentado repaso a los derechos reconocidos por los artículos 2º y 16º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y a los Principios de Yogyakarta que aluden a una extensión explícita de los derechos amparados por la DUDH. Más aún, además de hacer un prolijo repaso de la evolución normativa internacional en materia de matrimonio igualitario, y de hacer hincapié en la naturaleza laica de nuestro Estado ("no es factible una oposición de carácter religiosa al reconocimiento de un matrimonio homosexual, puesto que el Perú es un estado laico"), afirma claramente la necesidad de asumir una interpretación evolutiva de los derechos puestos en cuestión en este proceso ("la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales"; "el derecho a contraer matrimonio es diferente al de formar una familia [y] no debe existir impedimento para que pueda formarse una familia partiendo de un matrimonio homosexual"), así como dedica su atención también a la diferencia entre los conceptos *diferenciación* —que demandan una causa objetiva y razonable— y *discriminación* —afectados por su no razonabilidad-proporcionalidad—, de acuerdo con los estándares establecidos por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente Nº 02835-2010-PA/TC[118].

La sentencia del 7º Juzgado Constitucional ha sido lamentablemente apelada por el RENIEC, de modo que esta historia aún no ha terminado.

[118] República del Perú. Tribunal Constitucional. STC Expediente Nº 02835-2010-PA/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/02835-2010-AA.html>

CAPÍTULO 2

CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO PARA GARANTIZAR EL DERECHO A LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS LGBT EN LA NORMATIVA Y EN LA PRÁCTICA

2.1

POLÍTICAS PARA LA IGUALDAD

2.2

DE LA PROTECCIÓN A LA DISCRIMINACIÓN

2.1

POLÍTICAS PARA LA IGUALDAD

ORDENANZAS REGIONALES: ANÁLISIS DE LAS POLÍTICAS QUE BUSCAN GARANTIZAR EL DERECHO A LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS LGBT DE LA PROTECCIÓN A LA DISCRIMINACIÓN

ANÁLISIS DE LAS "POLÍTICAS ANTIDISCRIMINATORIAS" EN LOS DISTRITOS DE MIRAFLORES, SAN ISIDRO Y PUEBLO LIBRE

“

> [...] CUANDO FUNCIONARIOS DE ALTO NIVEL INCURREN EN DISCURSOS DE ODIO, AFECTAN NO SOLO EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN DE LOS GRUPOS AFECTADOS, SINO TAMBIÉN LA CONFIANZA DE ESOS GRUPOS EN LAS INSTITUCIONES ESTATALES Y, EN CONSECUENCIA, LA CALIDAD Y EL NIVEL DE SU PARTICIPACIÓN EN LA DEMOCRACIA
>
> **(CIDH, VIOLENCIA CONTRA LAS PERSONAS LGBTI, 2015, PÁRR. 261)**

2.1.1

ORDENANZAS REGIONALES: ANÁLISIS DE LAS POLÍTICAS QUE BUSCAN GARANTIZAR EL DERECHO A LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS LGBT

DAVID ARGUEDAS [119] Y PAMELHY VALLE [120]

1. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, se ha sostenido que el Perú es un país que ha crecido económicamente y que ello debía suponer una mejora en la calidad de vida de su población. Sin embargo, la realidad ha ido demostrando que existe una serie de desafíos que aún deben ser enfrentados, entre ellos la situación de vulnerabilidad de diferentes grupos frente a la discriminación, en especial la de las lesbianas, gays, bisexuales y trans (LGBT).

Es necesario y urgente que se tomen medidas desde todos los niveles del Estado, más aun en el contexto actual donde, por un lado, se tolera y promueve discursos discriminatorios por parte de ciertos sectores del poder legislativo y grupos fundamentalistas, y, por otro lado, en el que es inminente la derogatoria de la única norma legal que sanciona explícitamente la discriminación y la incitación a la discriminación por orientación sexual y/o identidad de género de las personas (Decreto Legislativo 1323 que modifica los artículos 46º y 323º del Código penal).

[119] David Lino Arguedas Olave es sociólogo de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente se desempeña en el Área de Incidencia Política del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos – Promsex.
[120] Bachillera en Derecho por la Pontifica Universidad Católica del Perú. Realizó sus prácticas de Derecho y, luego, trabajó como Asistente legal en la Dirección General de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores. Participó como voluntaria en la Clínica Jurídica de la PUCP en Discapacidad y Derechos Humanos. Asimismo, es adjunta de docencia de los cursos de Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional de la Facultad de Derecho – PUCP. Actualmente, integra el equipo legal del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos – Promsex.

Frente a dicho escenario, el Estado peruano, incluidos todos sus poderes y niveles de gobierno, se encuentran obligados a respetar y garantizar que "nadie deb[a] ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole" (art. 2.2. de la Constitución Política del Perú), así como "abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de iure* o *de facto*"[121]. Justamente la frase "cualquier otra índole" de la Constitución Política supone la introducción de otros motivos prohibidos de discriminación[122] en nuestro ordenamiento jurídico. En tal sentido:

> [...] la referida disposición —artículo 2.2— permite la tutela de aquellos colectivos que, si bien no fueron mencionados expresamente [...], sí merecen una protección reforzada o especial por parte del Estado por la situación de constante denegación de sus derechos que se ha advertido tanto en el pasado como en el presente, y que los coloca en una situación de manifiesta desigualdad con el resto de la población[123].

Las personas LGBT constituyen uno de esos grupos en situación de vulnerabilidad que requieren protección reforzada o especial por parte del Estado peruano. En esa línea, el Tribunal Constitucional ha afirmado que la orientación sexual[124] y la identidad de género[125] son categorías constitucionalmente protegidas. Asimismo, encuentran protección en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Lo anterior, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, en el cual determinó que la orientación sexual y la identidad de género son categorías prohibidas con base en las cuales no se puede establecer diferencias sin que estas configuren de por sí discriminación. Bajo dicho marco, entre las obligaciones generales que tienen los Estados se encuentran la adopción de medidas —entre ellas normativas— para prevenir la realización de actos o prácticas discriminatorias basados en la orientación sexual e identidad de género de las personas; revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes; establecer su prohibición y sanción; y, así, garantizar los derechos de las personas LGBT que han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, particulares formas de violencia y violaciones a sus derechos humanos[126].

Estas obligaciones exigen a todas las autoridades públicas y a los órganos del Estado en cuestión, por el hecho de ser parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[127].

[121] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 103.
[122] República del Perú. Tribunal Constitucional del Perú. STC Expediente Nº 00050-2004-AI y acumulados, fj 37.
[123] República del Perú. Tribunal Constitucional. STC Expediente Nº 06040-2015-PA/TC y fundamento de voto de la magistrada Ledesma Narváez, fj 14.
[124] República del Perú. Tribunal Constitucional. STC Expediente Nº 2868-2004 AI/TC, fj 23.
[125] República del Perú. Tribunal Constitucional. STC Expediente Nº 06040-2015-PA/TC, fj 8.
[126] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América*. OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II. Rev.2. Doc.36. 2015, pp. 141-142.
Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17, solicitada por Costa Rica, párrs. 33 y 65.
[127] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 69.

De ahí que las diversas actuaciones de los distintos niveles de gobierno y poderes del Estado peruano deban ajustarse al cumplimiento de dichas obligaciones[128].

En ese marco, en el presente artículo se destacará 17 políticas regionales que garantizan una protección frente a la discriminación basada en la orientación y/o identidad de género de las personas. Con ello se evidenciarán los esfuerzos de algunos gobiernos regionales de adecuar el ejercicio de sus competencias normativas para prevenir y erradicar la discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género dentro de su jurisdicción.

2. ORDENANZAS REGIONALES[129] ANTIDISCRIMINACIÓN

Unos de los grandes retos para sancionar la discriminación contra la población LGBT son los obstáculos que existen para documentar información oficial sobre casos de violencia y discriminación contra la población LGBT[130], dado que el Ministerio Público, el Poder Judicial y la Policía Nacional no producen información desagregada sobre los motivos que subyacen a los actos de discriminación que se denuncian[131]. Los casos registrados son ofrecidos por la sociedad civil a través de información brindada por los medios de comunicación y las redes sociales[132].

Así, de abril de 2015 a marzo de 2016 se reportaron 23 casos[133] de discriminación cometidos por agentes privados (15 casos) y estatales (8 casos), cuyas principales víctimas fueron gays (9) y lesbianas (9), mujeres trans (3) y hombres trans (2). Con estos datos, se constató, además, que cuando el hecho era cometido por un agente privado, este solía ocurrir en lugares de entretenimiento como bares, discotecas y centros comerciales (6 casos) o ámbitos educativos y laborales (7 casos). En cambio, cuando el acto era cometido por un agente del Estado, este ocurría en parques y se desencadenaba debido a las manifestaciones de afecto entre personas del mismo sexo[134]. De otro lado, en ese mismo periodo se registraron ocho casos de asesinatos[135]. De ellos, las principales víctimas fueron gays (7) y solo se recogió un (1) caso

[128] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 213;
Ídem. Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013, párr. 332;
Ídem. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia, párr. 93.
[129] De 18 regiones: (1) Apurímac, (2) Ayacucho, (3) Madre de Dios, (4) Huancavelica, (5) Junín, (6) Loreto, (7) Ucayali, (8)Tacna, (9) Amazonas, (10) Moquegua, (11) Ica, (12) Arequipa, (13) La Libertad, (14) San Martín (con 2 ordenanzas), (15) Huánuco, (16) Piura, (17) Lambayeque y (18) Cajamarca.
[130] Centro de Promoción de Derechos Sexuales y Reproductivos - Promsex. *Informe anual sobre los derechos humanos de las personas TLGB en el Perú 2015-2016*. Lima, 2016, p. 50. En:
<http://www.promsex.org/images/docs/Publicaciones/InformeTLGB2015al2016.pdf>
[131] Centro de Promoción de Derechos Sexuales y Reproductivos – Promsex. *Loc. cit.*
[132] Centro de Promoción de Derechos Sexuales y Reproductivos – Promsex, *Loc. cit.*
[133] Registrados en las regiones de Lima, Arequipa e Iquitos.
[134] Centro de Promoción de Derechos Sexuales y Reproductivos – Promsex. *Óp. cit.*, pp. 35-41.
[135] Registrados en las regiones de Lima, Huancayo, Loreto y Tacna.

en que la víctima fue una mujer trans. Asimismo, se reportaron 43 casos de afectaciones a la seguridad personal[136]. Las principales víctimas fueron trans femeninas (32), seguidas de gays (7), lesbianas (3) y una (1) persona bisexual. De estas 43 agresiones reportadas se encontraron que 19 fueron perpetradas por un agente privado y 24 por un agente institucional (estatal); y que solo hay ocho (8) casos en los que se hicieron las denuncias ante la PNP o el Ministerio Público: seis (6) de personas gays, uno (1) de una trans femenina y otro (1) de una lesbiana[137].

Si tomamos conciencia que todas estas afectaciones a los derechos de las personas LGBT se enmarcan en un contexto mayor: de violencia estructural "[...] con base en los estereotipos de heteronormatividad y cisnormatividad con distintos grados de radicalización"[138], que genera inequidad en el goce de los derechos en el ámbito político, social, cultural y económico; y de violencia cultural, constituida por los discursos que justifican y promueven los patrones de discriminación[139].

[136] Reportados en las regiones de Lima, Iquitos, Ancash, La Libertad e Ica.
[137] Centro de Promoción de Derechos Sexuales y Reproductivos – Promsex. *Óp. cit.*, pp. 52-66.
[138] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17, solicitada por Costa Rica. 24 de noviembre de 2017, párr. 47.
[139] República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia Nº T-878-14. 18 de noviembre de 2014, punto 5 de las consideraciones de la Corte.

En este contexto es positivo que actualmente sean dieciocho las regiones[140] del Perú que cuenten con ordenanzas que buscan prevenir, prohibir y sancionar la discriminación. En junio del 2008 el Gobierno Regional de Apurímac fue el primero en aprobar una ordenanza de este tipo[141]; mientras que en diciembre del 2016 el Gobierno Regional de Loreto aprobó la más reciente, la cual ordena, a su vez, aprobar un Plan Regional contra la discriminación por OSIG.

De ese total de regiones, alrededor de 16[142] aprobaron ordenanzas que contemplan, de manera expresa, la prohibición de la discriminación basada, en algunos casos, en la orientación sexual e identidad de género de las personas; en otros, solo en la orientación sexual; y en un caso, contra trans que ejerce trabajo sexual. Así, se obtiene un total de 17 ordenanzas regionales: 8[143] que incluyen como categorías protegidas la orientación sexual y la identidad de género, 8[144] solo a la orientación sexual y 1 a las personas trans que ejercen trabajo sexual[145].

Cuadro 1: Número de Ordenanzas Regionales antidiscriminación OSIG

ORDENANZAS REGIONALES OSIG				
CATEGORÍA PROTEGIDA	ORIENTACIÓN SEXUAL	ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO	PERSONAS TRANS QUE EJERCEN TRABAJO SEXUAL	TOTAL
Número de ordenanzas regionales	8	8	1	17

Elaboración propia
Fuente: **Promsex (2017)**

De otro lado, son 7 las regiones que a la fecha no poseen normativa para prevenir, prohibir y sancionar la discriminación: Lima, Callao, Cusco, Puno, Áncash, Pasco y Tumbes. Sin perjuicio de ello, que 16 de 25 regiones del Perú (incluyendo la provincia constitucional del Callao) cuenten con ordenanzas que prohíben y sancionan la discriminación, y que un buen número de esta normativa considere la orientación sexual y/o la identidad de género como categorías protegidas, representa un gran avance[146].

[140] (1) Apurímac, (2) Ayacucho, (3) Madre de Dios, (4) Huancavelica, (5) Junín, (6) Loreto, (7) Ucayali, (8)Tacna, (9) Amazonas, (10) Moquegua, (11) Ica, (12) Arequipa, (13) La Libertad, (14) San Martín (con 2 ordenanzas), (15) Huánuco, (16) Piura, (17) Lambayeque y (18) Cajamarca.
[141] Hidalgo, Alberto y Yordan Mañuico. "La prohibición de la discriminación por orientación sexual e identidad de género en las ordenanzas regionales". *IUS 360*. 23 de septiembre de 2016. En: <http://ius360.com/columnas/la-prohibicion-de-la-discriminacion-por-orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-en-las-ordenanzas-regionales-2/>
[142] 16 regiones: Apurímac, Ayacucho, Madre de Dios, Huancavelica, Junín, Loreto, Ucayali, Tacna, Amazonas, Moquegua, Ica, Arequipa, La Libertad, San Martín (2 ordenanzas), Huánuco, Piura.
[143] Aprobadas por los gobiernos regionales de Ayacucho, Loreto, San Martín (con 2 ordenanzas), Ucayali, Tacna, Moquegua y La Libertad
[144] Aprobadas por los gobiernos regionales de Apurímac, Madre de Dios, Huancavelica, Junín, Amazonas, Ica, Huánuco, y Piura.
[145] Aprobada por el Gobierno Regional de Arequipa. Se trata de una ordenanza distinta, puesto que su principal objetivo es declarar de necesidad pública e interés regional la lucha para erradicar la violencia de género ejercida hacia mujeres y niñas.
[146] Hidalgo, Alberto y Yordan Mañuico. *Loc. cit.*

Cuadro 2: Resumen general de medidas contempladas

Dirigidas al funcionamiento del Gobierno Regional

a) Ingreso a entidades públicas: En 7 ordenanzas (Apurímac, Madre de Dios, Huancavelica, Ayacucho, Amazonas, Junín, Tacna) se menciona que la presentación del DNI solo es obligatoria para la realización de un trámite, mas no para el ingreso a cualquier entidad pública.

b) Prohibición del uso de expresiones discriminatorias: En 6 ordenanzas (Ayacucho, Madre de Dios, Huancavelica, Junín, Tacna, Amazonas) se prohíbe el uso de expresiones discriminatorias por parte de los funcionarios de todas las entidades del Gobierno Regional.

c) Capacitación a funcionarios públicos: En 3 regiones (Madre de Dios, Arequipa, Ayacucho) se reconoce la capacitación a funcionarios públicos en temas de género y no discriminación.

d) Sistematización de normativa para la formulación de políticas públicas: En 5 ordenanzas (Ayacucho, Madre de Dios, Amazonas, Junín, Tacna) se incluye el compromiso de sistematizar lo normativa existente para la elaboración de políticas públicas regionales, teniendo en cuenta el enfoque de género y de derechos.

e) Inclusión de población LGBT en planes regionales: En cuatro ordenanzas (Amazonas, Arequipa, Ayacucho, Huancavelica) se reconoce la necesidad de incluir a la población LGBT y/o diversidad sexual y de género en instrumentos de planificación como el de derechos humanos y el Plan Anual de Trabajo.

f) Prohibición de esperas injustificadas por razones de discriminación: Una ordenanza (Amazonas) prohíbe que en los establecimientos se haga esperar sin justificación a la población LGBT para la realización de algún trámite.

Dirigidas a acciones sectoriales

g) Acciones específicas para seguridad: Una ordenanza (Arequipa) propone el establecimiento de un protocolo de intervención del Serenazgo en casos de violencia doméstica, sexual y callejera

h) Acciones específicas para justicia: Una ordenanza (Arequipa) pone énfasis en la formación en género de los operadores de justicia. El problema es que probablemente no tengan jurisdicción sobre esto.

i) Ejercicio del derecho a la salud: Si bien varias ordenanzas relevan el rol de las Direcciones Regionales de Salud y el GR para la promoción del derecho a la salud, en dos (Loreto y San Martín) se reconoce el derecho de las PVVS a participar en la formulación de las políticas que la afecten y a que la población LGBT tenga derecho a que las políticas de salud sexual y reproductiva tengan en cuenta la orientación sexual e identidad de género.

   Más específicamente, Loreto, San Martín y Ucayali plantearon el objetivo de disminuir la incidencia de casos de PVVS, en concordancia con su Plan Regional Multisectorial contra el VIH/SIDA. Estas tres regiones son las únicas que mencionan indicadores y mantienen coherencia con otros instrumentos de planificación nacional y regional, como el Plan Nacional contra el VIH/SIDA y el Plan Regional de Desarrollo Concertado.

j) Establecimiento de días cívicos relacionados a la discriminación: Una ordenanza incluye esta medida (San Martín).

k) Puesta de cartel público de prohibición de la discriminación: Una ordenanza incluye esta medida (San Martín).

Elaboración de Alejandra Navarro Véliz y Julián Mezarina Chávez
Fuente: Promsex (2017)

Así, del total de las mencionadas 17 normas regionales antidiscriminación que incorporan las categorías de la orientación sexual y/o identidad de género, en un primer momento, nos centraremos en el análisis de 13 de estas normas (las de Ayacucho, Tacna, Moquegua, La Libertad, Arequipa, Apurímac, Madre de Dios, Huancavelica, Junín, Amazonas, Ica, Huánuco, y Piura); y, en segundo momento, de las 4 restantes (las de San Martín, Ucayali y Loreto). Dicha distinción responde a que el segundo grupo de ordenanzas, a diferencia del primero, plantea estrategias específicas de prevención y erradicación de la discriminación contra las personas LGBT, denotando con ello un mejor abordaje de la problemática.

3. LA INCORPORACIÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN 13 ORDENANZAS[147] REGIONALES ANTIDISCRIMINACIÓN

DEFINICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

Un punto en común entre las 13 ordenanzas regionales que se analizarán en este acápite es que no versan sobre políticas específicas de prevención y erradicación de la violencia y discriminación contra personas LGBT. Sino que todas ellas, al reconocer a la discriminación como uno de los problemas más graves que afecta a la sociedad peruana, incorporan no solo nuevas causales, también agregan una estrategia general de promoción de prácticas inclusivas y de sanción de actos discriminatorios en su jurisdicción[148].

Pese a que la mayoría de estas ordenanzas no ha incluido expresamente una definición de discriminación, salvo las regiones de La Libertad, Ica, Amazonas y Huancavelica, todas ellas coinciden en concebirla como una vulneración a la dignidad humana y al derecho-principio de igualdad; reconociendo, además, que la discriminación no solo afecta los derechos individuales de las personas, sino también al fortalecimiento de la democracia y al ejercicio pleno de la ciudadanía.

Las ordenanzas de La Libertad, Ica, Amazonas y Huancavelica, que sí incorporan una definición que encuentra similitudes a la descripción del tipo penal de discriminación del artículo 323º del Código Penal, indican que se refiere al acto, principalmente, de excluir, preferir, tratar como inferior a una persona por su pertenencia a un determinado grupo social, y que tiene por objeto o efecto el menoscabo de sus derechos. Las ordenanzas de Amazonas y Huancavelica

[147] Las de Ayacucho, Tacna, Moquegua, La Libertad, Arequipa, Apurímac, Madre de Dios, Huancavelica, Junín, Amazonas, Ica, Huánuco y Piura.
[148] Ardito Vega, Wilfredo. "Las ordenanzas contra la discriminación". *Cuaderno de trabajo* Nº 13. Lima: PUCP, 2009, p. 13.

añaden la intencionalidad como un requisito adicional, aunque no necesariamente este debe estar siempre presente para la configuración de un acto discriminatorio. Cabe señalar que ninguna de las 13 ordenanzas indica que la discriminación pueda realizarse por omisión.

Respecto a las categorías protegidas frente a la discriminación, las 13 ordenanzas presentan una lista no taxativa de criterios de discriminación que se encuentran prohibidos, entre las que se encuentran las categorías de orientación sexual y/o identidad de género. Así, de este grupo de ordenanzas, 4 incluyen a la orientación sexual y la identidad de género como causa prohibida[149], 8 incluye solo la orientación sexual[150] y 1 incluye a las personas trans que ejercen trabajo sexual[151].

Cuadro 3: Matriz de 13 ordenanzas regionales antidiscriminación OSIG de 13 gobiernos regionales

REGIÓN		Nº	FECHA DE APROBACIÓN	NOMBRE DE LA ORDENANZA	CATEGORÍA PROTEGIDA
1	Apurímac	017-2008	30/06/08	Prevención y eliminación de la discriminación en todas sus formas.	Orientación sexual
2	Ayacucho	010-2009	06/05/09	Prohibición de la discriminación en todos sus ámbitos y formas.	OSIG
3	Madre de Dios	035-2009	25/09/09	Prohibición de la discriminación en todos sus ámbitos y formas.	Orientación sexual
4	Huancavelica	145-2009	13/11/09	Prohibición de la discriminación en todos sus ámbitos y formas.	Orientación sexual
5	Junín	098-2009	21/12/09	Prohibición de la discriminación en todos sus ámbitos y formas.	Orientación sexual
6	Tacna[152]	016-2010	28/10/10	Reconocimiento de la igualdad y la no discriminación por orientación sexual e identidad de género.	OSIG

→

[149] Aprobadas por los gobiernos regionales de Ayacucho, Tacna, Moquegua y La Libertad
[150] Aprobadas por los gobiernos regionales de Apurímac, Madre de Dios, Huancavelica, Junín, Amazonas, Ica, Huánuco, y Piura.
[151] Como se señaló anteriormente, aprobada por el Gobierno Regional de Arequipa.
[152] Se trata de una ordenanza declarativa en la que se reconoce la igualdad y no discriminación por orientación sexual y por identidad de género y se rechaza cualquier conducta discriminatoria.

→

REGIÓN		Nº	FECHA DE APROBACIÓN	NOMBRE DE LA ORDENANZA	CATEGORÍA PROTEGIDA
7	Amazonas	275-2010	10/11/10	Prevención y eliminación de la discriminación en todas sus formas.	Orientación sexual
8	Moquegua[153]	012-2012	02/08/12	Prevención y sanción contra cualquier acto de discriminación o exclusión social.	OSIG
9	Ica[154]	003-2013	03/05/13	Erradicación de toda clase de discriminación y promoción del derecho a la igualdad.	Orientación sexual
10	Arequipa[155]	265-2014	13/03/14	Erradicación de violencia de género.	Personas trans que ejercen trabajo sexual.
11	La Libertad	006-2014	03/06/14	Promoción de la igualdad y la no discriminación por OSIG.	OSIG
12	Huánuco[156]	043-2016	22/03/16	Prevención contra el racismo y cualquier acto de discriminación.	Orientación sexual
13	Piura[157]	351-2016	20/04/16	Prevención contra el racismo y cualquier acto de discriminación o exclusión social.	Orientación sexual

Elaboración propia
Fuente: **Promsex (2017)**

[153] Se trata de una ordenanza declarativa, por la cual encarga a la Gerencia Regional de Desarrollo Social, en coordinación con gobiernos locales y otras direcciones regionales, la realización de acciones de prevención, promoción y control de cualquier acto de discriminación arbitrario y la creación de las condiciones que permitan la igualdad de oportunidades, entre otros.
[154] Esta ordenanza declara la aprobación de las condiciones necesarias para la erradicación de toda clase de discriminación, así como para la promoción del derecho a la igualdad y, en ese sentido, encarga a la Gerencia Regional de Desarrollo Social la implementación de una serie de acciones administrativas.
[155] Esta ordenanza declara de necesidad pública y establece una estrategia regional de lucha contra la violencia de género ejercida hacia las mujeres, niñas, adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad. Dentro de sus lineamientos, se encuentra incidir para que los servicios de serenazgo cuenten con un protocolo de intervención en situación de violencia callejera contra travestis transexuales y mujeres que ejercen la prostitución.
[156] Esta ordenanza declara de interés público y prioritario la prevención contra el racismo y cualquier acto de discriminación o exclusión social.
[157] Esta ordenanza declara de interés público y prioritario la prevención contra el racismo y cualquier acto de discriminación o exclusión social.

RECONOCIMIENTO DE ACTOS Y/O PRÁCTICAS DISCRIMINATORIAS BASADOS EN OSIG

Siete de este primer grupo de ordenanzas regionales (Apurímac, Ayacucho, Madre de Dios, Huancavelica, Amazonas, La Libertad y Piura) reconocen expresamente diversas acciones que pueden ser consideradas como discriminatorias enmarcadas, principalmente, en los ámbitos educativo, laboral y salud.

Cuadro 4: Tres principales ámbitos regulados por 13 ordenanzas regionales antidiscriminación OSIG

REGIÓN		REGULA MATERIA LABORAL	REGULA DISCRIMINACIÓN EN CENTROS EDUCATIVOS	REGULA DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA SALUD
1	Apurímac	Sí	Sí	Sí
2	Ayacucho	Sí	Sí	Sí
3	Madre De Dios	Sí	Sí	Sí
4	Huancavelica	Sí	Sí	Sí
5	Junín	No	No	No
6	Tacna	No	No	No
7	Amazonas	Sí	Sí	Sí
8	Moquegua	No	No	No
9	Ica	No	No	No
10	Arequipa	No	No	No
11	La Libertad	Sí	Sí	Sí
12	Huánuco	No	No	No
13	Piura	Sí (de manera general)	Sí (de manera general)	Sí (de manera general)

Elaboración propia
Fuente: Promsex (2017)

a) En el ámbito educativo

Cinco ordenanzas regionales (Apurímac, Piura, Amazonas, Huancavelica y Madre de Dios) prohíben impedir, negar y/o limitar el acceso a la educación, a becas u otro beneficio, por motivo de orientación sexual, y 2 ordenanzas (La Libertad y Ayacucho) prohíben, además, por motivo de identidad de género. Asimismo, las ordenanzas de Apurímac, Amazonas, Huancavelica y Madre de Dios prohíben negar el ingreso, la expulsión, la aplicación de sanciones disciplinarias o el empleo de presiones sobre las y los alumnos por razón de su orientación sexual, y las otras dos normas (La Libertad y Ayacucho) prohíben, también, por razón de su identidad de género. De otro lado, estas ordenanzas —salvo la de Piura— contemplan la prohibición de establecer contenidos, métodos o materiales en los que se enseñe o promueve actitudes discriminatorias o se asignen roles de subordinación o superioridad a determinados grupos.

Cabe destacar que la ordenanza de La Libertad es la única que prohíbe, pero no sanciona, que el personal educativo obligue o incentive someterse a tratamiento médico o psicológico que tenga como objeto cambiar la orientación sexual e identidad de género de las y los alumnos.

En general, las medidas para combatir la discriminación de la población LGBT apuntan a prohibir tres principales acciones: (i) impedir, negar y/o limitar el acceso a la educación, (ii) expulsar, aplicar sanciones disciplinarias o presiones de cualquier índole basados en la OS y/o IG y, en un caso, (iii) condenar cualquier tipo de tratamiento médico o psicológico para reorientar la OSIG de las y los alumnos.

b) En el ámbito de la salud

Se aprecia que 5 ordenanzas (Apurímac, Piura, Amazonas, Huancavelica y Madre de Dios) prohíben negar, limitar o condicionar el acceso a servicios de salud, al sistema integral de salud y/o la contratación de seguros médicos por razón de la orientación sexual de las personas, y 2 ordenanzas (La Libertad y Ayacucho) prohíben, también, por razón de la identidad de género.

Adicionalmente, las ordenanzas de Apurímac, Amazonas y Huancavelica prohíben negar o limitar la información sobre salud reproductiva e impedir el libre ejercicio de la autonomía reproductiva. De otro lado, las de Apurímac, Amazonas y Huancavelica prohíben obligar a una persona a someterse a tratamiento médico y/o psicológico con el fin de "modificar" su orientación sexual y en el caso de La Libertad, también su identidad de género.

Ninguna de las ordenanzas examinadas establece la exigencia de que las instituciones de salud brinden una atención libre de discriminación en los servicios de salud sexual, reproductiva y mental para las personas homosexuales y trans. Esto último reviste de urgencia, mas aun si tomamos en cuenta el panorama sanitario nacional en el que la patologización continúa siendo

la principal manera en que profesionales de salud o psicólogo/as especialistas abordan la atención de estas personas[158].

Así, en talleres realizados por Promsex en el 2015[159], la mayoría de participantes señaló haber recibido atención psicológica que, lejos de prestar asistencia libre de prejuicios y convicciones religiosas, los dañaba aun más, revictimizándolos y haciéndolos retroceder en la búsqueda de apoyo profesional[160].

De igual manera, las deficiencias del sistema de salud se reflejan en la ausencia de protocolos de atención integral en salud sexual y reproductiva que tomen en cuenta a las personas LGBT, dado que el diseño del servicio se encuentra construido desde el paradigma de la heterosexualidad; se suma a ello los prejuicios y estereotipos sobre las prácticas sexuales no heterosexuales, los cuales constituyen las principales barreras de acceso a servicios de calidad sin discriminación. Así, en otro estudio cualitativo realizado por Promsex en el año 2011, en varias regiones del país se evidenció que el personal de salud no brindaba servicios de salud sexual a, por ejemplo, mujeres lesbianas por considerarlas de bajo riesgo frente a las ITS y VIH/Sida, dado que no mantienen relaciones penetrativas[161]. Asimismo, en el citado estudio del año

[158] Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos – Promsex. Centro de Promoción de Derechos Sexuales y Reproductivos - Promsex. *Informe anual sobre los derechos humanos de las personas TLGB en el Perú 2014-2015*. Lima, 2015, p. 131.
[159] Talleres con más de 90 personas LGBTI para la recopilación de casos de discriminación, acoso y violencia, así como información sobre uso de servicios de salud sexual y salud reproductiva por parte de mujeres lesbianas y bisexuales. Realizados por Promsex en marzo del 2015 *en* Loreto, San Martín, Ucayali, Lima, Arequipa (con participantes provenientes de Cusco y Tacna) y Piura. Los talleres de Loreto, San Martín y Ucayali se realizaron con lesbianas, gays y trans. El de Piura con lesbianas, bisexuales y gays. Los de Lima y Arequipa solo con mujeres lesbianas y bisexuales.
Ibíd., p. 126.
[160] *Ibíd.*, p. 132.
[161] *Ibíd.*, p. 125.

2015, el 52% de las mujeres lesbianas y bisexuales participantes[162] manifestaron que en ningún servicio de salud les dieron información sobre salud sexual o reproductiva, y menos aún sobre las formas de contagio de las ITS y el VIH/Sida.

c) En el ámbito laboral

Las ordenanzas de los gobiernos de Amazonas, Apurímac, Madre de Dios y Huancavelica, principalmente, prohíben restringir, impedir o limitar la oferta de empleo, acceso, ascenso o permanencia en el puesto de trabajo por motivo de la orientación sexual; y, las ordenanzas de La Libertad y Ayacucho prohíben lo anterior, también, por razón de la identidad de género[163]. Asimismo, las ordenanzas de Apurímac, Ayacucho, Madre de Dios, Huancavelica y Amazonas prohíben exigir la presentación del test de VIH como requisito para la admisión o permanencia a cualquier empleo.

A pesar de la dificultad para obtener evidencia sobre la discriminación laboral en el país para las personas LGBT con VIH, se tiene información de que en la población gay y bisexual la prevalencia del VIH es entre 10 % y 15 %, mientras que en las personas trans la cifra se eleva a 30 %[164]. Por lo que se vuelve necesario que las ordenanzas regionales, entre otras acciones,

[162] *Ibíd.*, p. 126.
[163] Respecto a este punto, la ordenanza regional de Piura solo señala que las instituciones públicas o privadas deben asumir, entre sus compromisos, hacer cumplir y cumplir el Código de Protección y Defensa del Consumidor sobre la discriminación en los anuncios de empleo, y el Código de Ética de la Función Pública.
[164] Nota de prensa "Población transexual es la que tiene más casos de VIH: 30 de cada 100". *Agencia Peruana de Noticias*. Consulta: 1 de junio de 2017. En: <http://www.andina.com.pe/agencia/noticia-poblacion-transexual-es-que-tiene-mas-casos-vih-30-cada-100-533246.aspx>

contemplen la prohibición del cese del vínculo laboral por razón del VIH y tengan presente la reinserción laboral de personas LGBT despedidas por dicho motivo.

Este último punto es fundamental en tanto existe el prejuicio de que las personas lesbianas, gays, bisexuales y, sobre todo, las trans viven con VIH, lo cual limita la contratación de estas personas, por más que cuenten con la formación académica pertinente.

4. LA INCORPORACIÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN LAS ORDENANZAS REGIONALES DE UCAYALI, LORETO Y SAN MARTÍN

Como se evidenció en los acápites anteriores, en el Perú la creación de políticas públicas específicas de prevención y erradicación de la discriminación contra las personas LGBT aún es ínfima: existen a la fecha solo 4 ordenanzas que buscan plantear estrategias específicas con perspectiva de diversidad sexual y de género.

Cuadro 5: Matriz de ordenanzas regionales antidiscriminación OSIG de 3 gobiernos regionales

REGIÓN		Nº	FECHA DE APROBACIÓN	NOMBRE DE LA ORDENANZA	CATEGORÍA PROTEGIDA
1	Loreto	004-2010[165]	12/02/10	Promoción de la igualdad de trato y prohibición de la discriminación en todas sus formas	OSIG
2	San Martín (2 ordenanzas)	027-2010 y 009-2014	07/09/10 y 13/06/14, respectivamente	Reconocimiento y promoción de la igualdad de trato, y Prevención del racismo y cualquier acto de discriminación	OSIG
3	Ucayali	016-2010	27/09/10	Prohibición de cualquier acto de discriminación	OSIG

Elaboración propia
Fuente: **Promsex (2017)**

[165] En la ordenanza Nº 027-2016-GRL-CR, de fecha 10 de diciembre de 2016, solo se ordena la aprobación del plan regional contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género, la cual a la fecha aún no ha sido aprobada.

En los primeros artículos de este segundo grupo de ordenanzas se reconoce la igualdad de trato entre los seres humanos, y se rechaza y condena cualquier conducta discriminatoria. Cabe destacar que estas ordenanzas señalan de forma explícita la discriminación estructural y la situación de exclusión de las personas LGBT, así como de las trabajadores y trabajadoras sexuales (TS). En esa línea, consideran que constituyen un grupo en situación de vulnerabilidad frente al ITS, VIH y/o Sida, y que, por tanto, resulta necesario prevenir y prohibir la discriminación con base en su orientación sexual, identidad de género y/o a su situación de portadoras de ITS, VIH o Sida.

Así, bajo este marco, proscriben diversas conductas enmarcadas, principalmente, en los ámbitos educativo, laboral y salud, que pueden ser consideradas como discriminatorias.

Cuadro 6: **Principales ámbitos reguladas por 4 ordenanzas regionales antidiscriminación OSIG**

REGIÓN		REGULA MATERIA LABORAL	REGULA DISCRIMINACIÓN EN CENTROS EDUCATIVOS	REGULA DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA SALUD
6	Loreto	Sí	Sí	Sí
7	San Martín	Sí	Sí	Sí
8	Ucayali	Sí	Sí	Sí

EN EL ÁMBITO DE LA SALUD

Es preciso hacer notar que lo regulado por las cuatro ordenanzas en este ámbito tiene como elemento común el reconocimiento de las desigualdades de la población LGBT en el acceso a los servicios de salud, específicamente respecto al tratamiento de las ITS, el VIH y el Sida.

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente señalar que, si bien no se puede negar que la prevalencia aún es bastante alta para las personas LGBT, las políticas en salud en favor de estas personas deben contener un componente holístico; de manera que se considere su salud integral —entre la que se encuentra también su salud mental y reproductiva— y no solo la salud sexual. Adicionalmente, el hacer de las ITS, el VIH y el SIDA el eje central de los problemas de salud que les afecta se corre el riesgo de que se perpetúe la estigmatización que ha caracterizado la visión que la sociedad tiene respecto a la comunidad LGBT.

EN EL ÁMBITO LABORAL

Las 4 ordenanzas fijan una protección especial con la finalidad de que, por ejemplo, no se exijan pruebas de VIH ni de SIDA, ni que las personas estén obligadas a brindar información de este tipo. Asimismo, prohíben expresamente que el motivo del cese del vínculo laboral o de las restricciones en las ofertas de empleo esté basado en la orientación sexual, la identidad de género, la condición de trabajadora sexual o de portadora del VIH y/o SIDA.

No obstante, las mencionadas ordenanzas han omitido regular otras circunstancias como, por ejemplo, el acoso laboral o las acciones de discriminación por parte de sus pares laborales y/o jefes(as), así como la reinserción laboral de personas LGBT o trabajadores sexuales despedidas por razón de su orientación sexual, identidad de género o su condición de portadoras de VIH y/o Sida.

EN EL ÁMBITO DE LA EDUCACIÓN

Respecto al ámbito educativo, las conductas discriminatorias prohibidas en las 4 ordenanzas están relacionadas a: (i) impedir el acceso a la educación pública o privada, a becas o a cualquier otro beneficio o incentivo educativo y (ii) negar el ingreso, expulsar, aplicar sanciones disciplinarias o emplear expresiones ofensivas a cualquier estudiante por razón de su orientación sexual o identidad de género u otro motivo discriminatorio.

Aunque ambas medidas abordan los principales obstáculos a enfrentar para alcanzar una educación libre de discriminación, es menester que tales ordenanzas garanticen un clima escolar seguro frente a la homofobia, bifobia y transfobia, de forma tal que los episodios de

bullying en las escuelas o la violencia y discriminación por parte de los profesores y el resto del personal educativo no limiten el disfrute de los derechos y desestructuren la tranquilidad emocional de las y los estudiantes con orientación sexual e identidad de género diversas.

5. SANCIONES EN LAS 17 ORDENANZAS REGIONALES

Únicamente cinco ordenanzas regionales (Apurímac, Ayacucho, Madre de Dios, San Martín y Amazonas) prohíben y prevén sanción por discriminación en establecimientos abiertos al público. Así, con excepción de la región de San Martín, establecen el cierre temporal, así como el cierre definitivo de dichos locales en caso la conducta sea reiterada.

De otro lado, las regiones de Apurímac, Ayacucho, Madre de Dios, Huancavelica, Amazonas, San Martín y Piura establecen la aplicación de sanciones administrativas para los funcionarios públicos que incurran en actos de discriminación; asimismo, contemplan recurrir a la vía penal para la sanción penal de tales funcionarios. Mientras que La Libertad solo considera la sanción administrativa y la región de Huánuco, por su parte, activar la vía penal.

Finalmente, ninguna de estas ordenanzas fija algún tipo de sanción por discriminación en el transporte público, pese a que es uno de los espacios más frecuentados y donde también se perpetran prácticas discriminatorias y de violencia. En esa línea, se advierte también una ausencia de sanciones administrativas para las personas naturales que incurran en actos de discriminación. De igual manera, el empleo de publicidad discriminatoria no es sancionado de forma explícita en ninguna de las ordenanzas.

Cuadro 7: Sanciones previstas

REGIÓN		PROHÍBE Y PREVÉ SANCIÓN POR DISCRIMINACIÓN EN ÁMBITOS DE CONSUMO	PROHÍBE Y PREVÉ SANCIÓN POR DISCRIMINACIÓN EN EL TRANSPORTE PÚBLICO	PROHÍBE Y PREVÉ SANCIÓN POR PUBLICIDAD DISCRIMINATORIA	PROHÍBE Y PREVÉ SANCIÓN PARA FUNCIONARIOS PÚBLICOS	PROHÍBE Y PREVÉ SANCIÓN PARA LOS VECINOS
1	Apurímac	Sí (sanciona con cierre temporal)	No	No	Sí (con sanción administrativa y denuncia penal)	No
2	Ayacucho	Sí (sanciona con cierre temporal)	No	No	Sí (con sanción administrativa y denuncia penal)	No
3	Madre de Dios	Sí (sanciona con cierre temporal)	No	No	Sí (con sanción administrativa y denuncia penal)	No
4	Huancavelica	No	No	No	Sí (con sanción administrativa y denuncia penal)	No
5	Junín	No	No	No	No	No
6	Loreto	No	No	No	No	No
7	San Martín	Sí	No	No	Sí	No
8	Ucayali	No	No	No	No	No
9	Tacna	No	No	No	No	No
10	Amazonas	Sí (sanciona con cierre temporal)	No	No	Sí (con sanción administrativa y denuncia penal)	No
11	Moquegua	No	No	No	No	No
12	Ica	No	No	No	No	No
13	Arequipa	No	No	No	No	No
14	La Libertad	No	No	No	Sí (con sanción administrativa)	No
15	Huánuco	No	No	No	Sí (con sanción penal)	No
16	Piura	No	No	No	Sí (con sanción administrativa y denuncia penal)	No

Elaboración propia
Fuente: Promsex (2017)

6. REFLEXIONES FINALES

Es positivo que los Gobiernos regionales hayan identificado las dimensiones de la problemática de la discriminación a la población LGBT, sobre todo en los ámbitos de salud, laboral y educación; y, que en esa medida, hayan diseñado políticas, principalmente, de sanción a la discriminación en dichos ámbitos. Sin perjuicio de lo anterior, el abordaje de la gran mayoría de las normas regionales es insuficiente, dejando de lado —aunque no totalmente— el ejercicio de, por ejemplo:

- El derecho al autoreconocimiento y visibilidad social, en el sentido que los gobiernos regionales establezcan estrategias y campañas a fin de educar a la población sobre los derechos de las personas LGBT y desestimular el prejuicio sexual y la homofobia, bifobia y transfobia. El uso y disfrute del espacio público, en el sentido de capacitar permanentemente a la fuerza policial y serenazgo para que garanticen la protección de las personas LGBT en espacios públicos, y asegurar que las normas de las instituciones de atención al público garanticen el uso y disfrute del espacio público en igualdad de condiciones que los demás.

- No todas las ordenanzas contra la discriminación evaluadas regulan sanciones administrativas para los funcionarios, servidores públicos o dueños de locales en los que se discriminan a las personas LGBT. De otro lado, si bien es interesante que se incluya en algunas ordenanzas la posibilidad de activar la vía penal, cabe mencionar que en las que no se mencione, la vía penal es igualmente recurrible. Por lo que la inclusión de esta medida es meramente declarativa.

- Aunque hubo avances en lo que respecta a la no discriminación en el acceso a servicios de salud, aún no se plantea la necesidad de abordar la salud de modo integral, considerando la salud mental de las personas LGBT y su atención diferenciada en salud reproductiva. De la experiencia de Loreto, pueden rescatarse varias lecciones útiles que podrían ser replicadas en otras regiones[166]:

- Acciones de visibilidad pública: campañas de concientización contra la discriminación de las personas LGBT, con el objeto de replantear el uso de prejuicios y estereotipos que la fomentan.

- Espacios de formación para la incidencia política que empoderen a la propia población LGBT.

[166] Navarro Véliz, Alejandra y Julián Mezarina Chávez. *Estudio encargado por PROMSEX sobre ordenanzas regionales antidiscriminación*. Lima: Promsex, 2017, p. 35.

- Seguimiento a los procesos: aunque es costoso realizar el seguimiento a la implementación de la normativa, esta puede ser más fácil si en los procesos previos se ha identificado al personal clave del Gobierno Regional encargado de realizarla, así como sus funciones; dado que ello permite determinar qué tipo de exigencias se pueden o no plantear a nivel técnico y político.

Finalmente, el personal del Gobierno regional, el personal policial y de serenazgo deben tener conocimiento del contenido de las ordenanzas y asumir las obligaciones que de ellas derivan. Si bien algunas ordenanzas incorporan acciones de capacitación para autoridades, servidores públicos y ciudadanía en general en temas de derechos humanos, no se especifica la naturaleza ni la frecuencia de las mismas. Ello repercute en la implementación efectiva de las políticas públicas, debido también a la alta rotación del personal administrativo como de seguridad.

2.1.2

ANÁLISIS DE LAS "POLÍTICAS ANTIDISCRIMINATORIAS" EN LOS DISTRITOS DE MIRAFLORES, SAN ISIDRO Y PUEBLO LIBRE

KAREN ANAYA CORTEZ [167]

1. INTRODUCCIÓN

La violencia contra las personas LGBT está estrechamente relacionada con la situación de discriminación estructural que deben afrontar y es una forma de sometimiento, en sí misma, de aquellas identidades, expresiones, comportamientos o cuerpos que difieren de las normas y roles de género tradicionales, o que son contrarios al sistema binario hombre/mujer[168]. Ello, en el marco del respeto y garantía de derechos humanos, obliga al Estado a tomar las medidas necesarias para prevenirla, investigarla y sancionarla, y así no incurrir en responsabilidad internacional. Más aun cuando sus leyes, políticas y prácticas (principalmente, por omisiones inconstitucionales e inconvencionales) continúan perpetuando nocivos estereotipos de género que permiten o autorizan, explícita o implícitamente, que se cometan impunemente estos actos[169]. Debiendo comprenderse, por tanto, que *la indiferencia y la inacción del Estado constituyen una forma de incitación y/o de autorización de la violencia, discriminación*[170] *y continuidad del sometimiento social de las personas LGBT*.

[167] Bachillera en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Investigadora del Grupo de investigación en Derecho, Género y Sexualidad de la PUCP (DEGESE). En la actualidad cursa la Maestría en Estudios de Género de la PUCP. Asesora legal en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, diversidad sexual y de género, del Área Jurídica del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX).

[168] Comisión Interamericana de Derechos Humanas. *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OAS/Ser.L/V/II.rev.1, 12 de noviembre de 2015. párr. 25.

[169] Informe del Relator Especial, Juan E. Méndez, sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, del 5 de enero de 2016. A/HRC/31/57. El Relator Especial evalúa la aplicabilidad de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el derecho internacional a las experiencias propias de las mujeres, las niñas y las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales, párr. 10

[170] *Ibíd.*, párr. 11.

Sin embargo, pese a los estándares internacionales sobre la protección de derechos humanos de las personas LGBT y la preocupante situación de discriminación contra las mismas, en nuestro país, la posibilidad de lograr un marco nacional para la prevención y sanción de estos actos se continúa obstaculizado por la presión de grupos fundamentalistas religiosos y de la sociedad civil que se oponen al reconocimiento de la igualdad, dignidad y humanidad de las personas LGBT. Niegan su situación de sometimiento y su calidad de sujetos de derecho; manteniendo su exclusión estructural mediante el poder y discurso político/jurídico, pretendiendo eliminar cualquier referencia a las categorías de orientación sexual o identidad de género[171].

Si bien en el 2017 se modificó el Código Penal, a fin de sancionar los crímenes de odio mediante agravantes de la pena e incluir en su artículo 323º —sobre "Discriminación e incitación a la discriminación"— la orientación sexual e identidad de género como categorías prohibidas de discriminación. Dichas modificaciones pretenden ser derogadas por el legislativo, pues la Comisión de Constitución del Congreso considera inconstitucional la inclusión de tales categorías. Ese contexto nos obliga a recurrir a otras herramientas jurídicas y políticas que den respuesta a tan grave situación, en el marco de las obligaciones del Estado peruano.

En ese sentido, las ordenanzas municipales[172] (normativa expedida por los gobiernos locales, que tiene aplicación en su jurisdicción), pueden constituir una oportunidad para prevenir, investigar y sancionar dichos actos. Ello, porque, entre diversas razones, al ser emitidas por municipalidades, pueden asegurar mejores resultados que las leyes generales en relación con su aplicación efectiva. En principio, porque, debido a la cercanía de la municipalidad con las personas y la vida cotidiana, debiera ser mucho más fácil acceder a la misma y, segundo, porque seguir un procedimiento administrativo, en teoría, puede resultar más rápido y menos tedioso que un proceso judicial en la vía penal, que se caracteriza por ser más costoso en términos económicos y requiere mucho más tiempo para obtener un resultado que, además, suele ser incierto.

A ello se suma el beneficio de que las ordenanzas establezcan de manera específica sanciones administrativas que son de fácil aplicación como multas, retiros de carteles y clausuras de locales que se imponen sin tener que acudir a un largo proceso penal; más aún cuando las pruebas son esclarecedoras de los hechos. Por ejemplo, en el caso de la discoteca Gótica, que discriminó a una mujer trans, la aplicación de las sanciones administrativas fue inmediata, mientras que, en el fuero de INDECOPI el mismo caso duró casi un año y los obstáculos del sistema penal lo hicieron inviable, largo e inefectivo.

[171] Si bien todas las personas tienen una determinada orientación sexual o identidad de género (incluyendo la heterosexual y cisgénero), estos grupos consideran erróneamente que la referencia a dichas categorías solo protege a las personas LGBT.
[172] Según el numeral 2.4 del artículo 84º de la Ley Nº 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, es una función específica y exclusiva de las municipalidades distritales: "Organizar, administrar y ejecutar los programas locales de asistencia, protección y apoyo a la población en riesgo, de niños, adolescentes, mujeres, adultos mayores, personas con discapacidad y otros grupos de la población en situación de discriminación"; por lo que el artículo IV del Título Preliminar de la misma ley, dispone que "los gobiernos locales representan al vecindario, promueven la adecuada prestación de los servicios públicos locales y el desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción", mediante ordenanzas municipales.

En ese sentido, este artículo pretende presentar insumos que permitan reflexionar si los gobiernos locales pueden o no ser aliados en favor de la igualdad para las personas LGBT. Así pues, su lectura podría coadyuvar a pensar la utilidad de las ordenanzas en dos niveles: i) para analizar si pueden/pudieron suplir la omisión del Estado en la lucha contra la violencia y discriminación hacia personas LGBT a nivel nacional; y, ii) explorar si mecanismos como estos pueden/pudieron ser útiles para garantizar la igualdad, como una alternativa a los obstáculos en el poder legislativo y judicial.

En ese sentido, se presentarán los aportes generados por las políticas locales desde una perspectiva reflexiva para mostrar su contenido, determinar los alcances de su aporte, analizar su efectividad y aplicación en casos específicos, y establecer pendientes. El análisis, además, se realiza en base a una serie de entrevistas realizadas en el año 2016 a personas LGT residentes en Lima[173].

Este análisis se limitará a abordar las 'ordenanzas antidiscriminatorias' de tres distritos de Lima: Miraflores, San Isidro y Pueblo Libre, debido a que en sus jurisdicciones i) se denunciaron casos emblemáticos como 'El cartel de Bethel' y 'La discoteca Gótica' y ii) se reportó, en los últimos años, mayor incidencia de casos de discriminación en el espacio público perpetrados, en su mayoría, por el propio personal de seguridad municipal[174].

2. ANÁLISIS PREVIO: LAS ORDENANZAS MUNICIPALES DE LIMA METROPOLITANA QUE PROHÍBEN LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN Y/O IDENTIDAD DE GÉNERO

¿CÓMO SE ENTIENDE LA *DISCRIMINACIÓN* EN LAS ORDENANZAS MUNICIPALES?

De los 43 distritos de la provincia de Lima Metropolitana, solo 16 prohíben, mediante ordenanzas municipales, la discriminación por orientación sexual y/o identidad de género en su jurisdicción. Un avance normativo importante que cuestionó la falta de inclusión expresa de dichas categorías en instrumentos importantes como la Constitución Política del Perú[175] o el Código Penal (antes de su modificación mediante el DL Nº 1323 del 2017) aun cuando sigan

[173] La información sobre la identidad de las personas se ha mantenido en reserva por solicitud de las mismas, y por considerar que su identificación podría conllevar a represalias.
[174] Según reportes consignados en los informes anuales sobre derechos de las personas LGBT de Promsex y la Red Peruana TLGB.
[175] Artículo 2º.- Derechos fundamentales de la persona Toda persona tiene derecho:
[...] 2. 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.

siendo categorías simétricas que no se refieren de manera específica a las personas LGBT bajo el reconocimiento de las mismas como grupo estructuralmente sometido y excluido.

En ese sentido, además de la lista tradicional de categorías sospechosas que contemplan, es importante revisar cuál es la conceptualización de "discriminación" que estos gobiernos locales han usado para establecer la prohibición de discriminación en su jurisdicción.

Si bien no se hace referencia específica a la prohibición de discriminación hacia las personas LGBT, entre dichas conceptualizaciones resulta interesante que todas las ordenanzas (salvo las de San Miguel, Villa El Salvador y Jesús María) hagan referencia a la idea de un *grupo social determinado*. Pues, reconoce, en parte, que la discriminación no alcanza solo al sujeto en su individualidad (visión individualista), sino que lo afecta en tanto parte de un grupo determinado y que el mismo, debido a sus características (por ejemplo, la orientación sexual que comparten), es también socialmente excluido. Siendo que esto último fundamenta la exclusión de la individualidad, en tanto perteneciente a un grupo social determinado.

Cuadro 1: ¿Cómo entienden la "discriminación" los gobiernos locales con políticas "antidiscriminatorias"?

Nº	MUNICIPALIDAD	CONCEPTUALIZACIÓN	ELEMENTOS DEL CONCEPTO
1	Municipalidad Distrital de La Victoria Municipalidad Distrital de Santa Anita Municipalidad Distrital de San Isidro Municipalidad de Santa María del Mar Municipalidad Distrital de Pachacamac Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho	"Acción de excluir o tratar de forma diferenciada a una persona o grupo de personas, en base a su pertenencia a un determinado grupo social, en razón de (diversos motivos), que tiene como objetivo o efecto disminuir sus oportunidades, anular o menoscabar el ejercicio y/o reconocimiento de sus derechos".	1) Acción (de exclusión o de trato diferenciado) 2) Hacia una persona o varias en base a su pertenencia a un determinado grupo social 3) En razón de categorías sospechosas generales y simétricas 4) Con el objetivo o efecto 5) De disminuir sus oportunidades, anular o menoscabar el ejercicio y/o reconocimiento de sus derechos.

→

→

Nº	MUNICIPALIDAD	CONCEPTUALIZACIÓN	ELEMENTOS DEL CONCEPTO
2	Municipalidad Distrital de Lince	"[...] la acción de excluir, despreciar o tratar como inferior a una persona, o grupo de personas, sobre la base de su pertenencia a un grupo social, por razón (diversos motivos), que tiene como objetivo o efecto, disminuir sus oportunidades o anular o menoscabar el reconocimiento de sus derechos".	1) Acción (de excluir, despreciar o tratar como inferior). 2) A una persona o varias sobre la base de su pertenencia a un grupo social. 3) por razón de categorías sospechosas generales y simétricas. 4) Con objetivo o efecto. 5) de disminuir sus oportunidades o anular o menoscabar el reconocimiento de sus derechos.
3	Municipalidad Distrital de Miraflores Municipalidad Distrital de San Martín de Porres Municipalidad Distrital de Ancón Municipalidad Distrital de Chaclacayo	"[...] intención y/o efecto de excluir, tratar como inferior a una persona o grupo de personas sobre la base de su pertenencia a un determinado grupo; así como disminuir sus oportunidades y opciones o anular o menoscabar el reconocimiento de sus derechos, por razón de (diversos motivos)".	1) Intención y/o efecto 2) de excluir, tratar como inferior 3) a una persona o varias sobre la base de su pertenencia a un determinado grupo 4) y disminuir sus oportunidades y opciones o anular o menoscabar el reconocimiento de sus derechos 5) por razón de categorías sospechosas generales y simétricas
4	Municipalidad Distrital de San Miguel	"[...] toda distinción, exclusión o restricción que basada en (diversos motivos) tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad de oportunidades de las personas".	1) La distinción, exclusión o restricción 2) basada en categorías sospechosas generales y simétricas 3) con efecto de 4) impedir, anular el reconocimiento o ejercicio de derechos y la igualdad de oportunidades

→

Nº	MUNICIPALIDAD	CONCEPTUALIZACIÓN	ELEMENTOS DEL CONCEPTO
5	Municipalidad Distrital de Santiago de Surco	"[...] la acción u omisión, por parte de cualquier persona natural o jurídica, de excluir, tratar como inferior a una persona, o grupo de personas, sobre la base de su pertenencia a un determinado grupo social por razón de (diversos motivos) que tiene como objetivo o efecto disminuir sus oportunidades y opciones, un trato diferenciado injustificado o anular o menoscabar el reconocimiento, ejercicio y/o goce de sus derechos. Las conductas mencionadas son de carácter referencial y no limitan otras posibles conductas discriminatorias".	1) Acción u omisión 2) por parte de una persona natural o jurídica 3) que excluye o trata como inferior 4) a una persona o varias sobre la base de su pertenencia a un determinado grupo social 5) por razón de categorías sospechosas generales y simétricas 6) con el objetivo o efecto 7) de disminuir sus oportunidades y opciones, un trato diferenciado injustificado o anular o menoscabar el reconocimiento, ejercicio y /o goce de sus derechos 8) Incluye cláusula abierta de conductas discriminatorias
6	Municipalidad Distrital de Pueblo Libre	"[...] la acción, intención y/o efecto de excluir o tratar como inferior a una persona o grupo de personas, sobre la base de su pertenencia a un grupo social y que tiene como objetivo o efecto de disminuir sus oportunidades y opciones o anular o menoscabar el reconocimiento de sus derechos, por razón de (diversos motivos)".	1) Acción, intención y/o efecto 2) de excluir o tratar como inferior 3) a una persona o varias sobre la base de su pertenencia a un grupo social 4) con el objetivo o efecto 5) de disminuir sus oportunidades y opciones o anular o menoscabar sus derechos 6) por razón de categorías sospechosas generales y simétricas

→

→

Nº	MUNICIPALIDAD	CONCEPTUALIZACIÓN	ELEMENTOS DEL CONCEPTO
7	Municipalidad Distrital de Villa El Salvador	"Acto de hacer una distinción, exclusión, restricción o preferencia, cometida por cualquier persona natural o jurídica, de instituciones públicas o privadas, fundadas por (diferentes motivos) que sea propio de su naturaleza o de su identidad, las conductas son de carácter referencial y no limitan otras posibilidades conductas discriminatorias".	1) Acto (de distinción, exclusión, restricción o preferencia) 2) por parte de una persona natural o jurídica (del sector público o privado) 3) fundado en categorías sospechosas que sean propias de su naturaleza o identidad 4) Incluye cláusula abierta de conductas discriminatorias
8	Municipalidad Distrital de Jesús María	"Intención, acción u omisión destinado a excluir de idénticas oportunidades u opciones y accesos y/o subestimar a una persona, o grupo de personas, o anular el reconocimiento de sus derechos, en razón de (diferentes motivos) que sea propio de su naturaleza o identidad".	1) Intención, acción u omisión 2) destinada a 3) excluir de idénticas oportunidades u opciones y accesos 4) y/o subestimar a una persona o varias 5) o anular el reconocimiento de sus derechos 6) en base a categorías sospechosas propias de la naturaleza o identidad de la persona.

Elaboración propia
Fuente: Alerta contra el Racismo

ORDENANZAS MUNICIPALES QUE PROHÍBEN LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL

De los 43 distritos de la provincia de Lima solo 16 prohíben la discriminación por orientación sexual de manera explícita. Dicho número es considerable, pues casi todas las ordenanzas que prohíben la discriminación, en sentido general, han incluido dicha categoría explícitamente. En ese sentido, a continuación, se muestran cuáles son las 16 municipalidades distritales, y se describe si regulan ámbitos de consumo y la publicidad discriminatoria, así como una referencia a la previsión de sanciones específicas para funcionarios públicos.

Cuadro 2: Ordenanzas municipales que sancionan la discriminación por orientación sexual

MUNICIPALIDAD	FECHA	NÚMERO	REGULA ÁMBITOS DE CONSUMO	REGULA PUBLICIDAD Y CARTELES DISCRIMINATORIOS	PREVÉ SANCIONES ADMINISTRATIVAS PARA FUNCIONARIO/AS PÚBLICO/AS
Municipalidad Distrital de San Martín de Porres	27 de diciembre de 2017	449 - 2017	Sí (sanciona con multa y clausura)	Sí (sanciona con multa y retiro/ retención del anuncio)	No expresamente
Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho	31 de diciembre de 2015	312 - 2015	Sí (sanciona con clausura)	Sí (sanciona con retiro del anuncio)	Sí
Municipalidad Distrital de La Victoria	21 de diciembre de 2015	229 - 2015	Sí (sanciona con multa y clausura)	Sí (sanciona con multa y retiro/ suspensión del anuncio)	Sí
Municipalidad Distrital de Santa Anita	31 de agosto de 2015	172 - 2015	Sí (sanciona con multa y clausura)	Sí (sanciona con multa y retiro/ suspensión del anuncio)	Sí
Municipalidad Distrital de San Isidro	8 de abril de 2015	384 - 2015	Sí (sanciona con multa y clausura)	Sí (sanciona con multa y retiro del anuncio)	No expresamente
Municipalidad Distrital de Miraflores	26 de marzo de 2015	437 - 2015	Sí (sanciona con multa y clausura)	Sí (sanciona con multa y retiro/ suspensión del anuncio)	No expresamente
Municipalidad Distrital de San Miguel	12 de marzo de 2014	262 - 2014	Sí (sanciona con multa y clausura)	Sí (sanciona con multa y retiro/ suspensión del anuncio)	No expresamente
Municipalidad Distrital de Santa María del Mar	7 de febrero de 2014	200 - 2014	Sí (sanciona con multa y clausura)	Sí (sanciona con multa y retiro/ suspensión del anuncio)	Sí

→

→

MUNICIPALIDAD	FECHA	NÚMERO	REGULA ÁMBITOS DE CONSUMO	REGULA PUBLICIDAD Y CARTELES DISCRIMINATORIOS	PREVÉ SANCIONES ADMINISTRATIVAS PARA FUNCIONARIO/AS PÚBLICO/AS
Municipalidad Distrital de Santiago de Surco	29 de enero de 2014	472 - 2014	No (no señala sanción administrativa expresa)	Sí (sanciona con multa y retiro/ retención del anuncio)	No expresamente
Municipalidad Distrital de Pachacamac	3 de setiembre de 2013	126 - 2013	Sí (sanciona con multa y clausura)	Sí (sanciona con multa y retiro/ retención del anuncio)	Sí
Municipalidad Distrital de Ancón	30 de enero de 2013	261 - 2013	Sí (sanciona con multa y clausura)	Sí (sanciona con multa y retiro/ suspensión del anuncio)	No expresamente
Municipalidad Distrital de Chaclacayo	20 de abril de 2012	260 - 2012	Sí (sanciona con multa y clausura)	Sí (sanciona con multa y retiro/ suspensión del anuncio)	No expresamente
Municipalidad Distrital de Pueblo Libre	7 de agosto de 2012	391 - 2012	Sí (sanciona con multa y clausura)	Sí (sanciona con multa y retiro/ retención del anuncio)	Sí
Municipalidad Distrital de Lince	13 de enero del 2010	260 - 2010	Sí (sanciona con multa y clausura)	Sí (sanciona con multa y retiro/ retención del anuncio)	No expresamente
Municipalidad Distrital de Villa El Salvador	11 septiembre 2009	192 - 2009	Sí (sanciona con multa y clausura)	Se declara no competente. Prevé como única acción la comunicación del caso a INDECOPI	No expresamente
Municipalidad Distrital de Jesús María	29 de octubre de 2008	285 - 2008	Sí (sanciona con multa y clausura)	Sí (sanciona con multa y retiro/ retención del anuncio)	No expresamente

Elaboración propia
Fuente: **Alerta contra el Racismo**

Si bien todas las municipalidades (16) se han preocupado por la regulación en los ámbitos de consumo prohibiendo incluso la publicidad que se pudiera calificar como discriminatoria, tanto en espacios abiertos como privados, solo seis (6) de ellas han previsto de *manera expresa* la posibilidad de sancionar administrativamente a funcionarios del sector público que perpetren actos de discriminación.

Cabe señalar que, debido a la interpretación de los artículos, las demás ordenanzas permiten desprender que sí se puede exigir la sanción de funcionarios públicos, incluyendo a aquellos que prestan servicios para las propias municipalidades, al prohibirse la discriminación por parte de cualquier persona. Sin embargo, no establecen sanciones agravadas o procedimientos administrativos específicos para dichos casos, al menos no de manera expresa en la redacción de la propia ordenanza. Algunos ejemplos de dicha interpretación extensiva (no explícita) es la que deriva del artículo 1º de la ordenanza municipal de Miraflores, que se repite también en la reciente ordenanza de San Martín de Porres:

> Artículo 1º.- Objeto y ámbito de aplicación
> La presente ordenanza tiene por objeto promover el respeto a la igualdad entre los ciudadanos en el distrito de Miraflores, así como prohibir, eliminar y sancionar el ejercicio de prácticas discriminatorias en todas sus formas o modalidades, *por parte de personas naturales o jurídicas de derecho público o privado*, en el ámbito de la jurisdicción del distrito de Miraflores; considerándolo un problema social que debe ser enfrentado de manera integral y concertada entre las autoridades y la sociedad civil. (Cursivado nuestro).

Pese a ello, los inconvenientes de estas ordenanzas, que no han previsto de manera expresa estos supuestos, están relacionados con la falta de predictibilidad y transparencia del procedimiento así como de la efectividad de una sanción administrativa en relación a los funcionarios públicos. Funcionarios que en muchas veces protagonizan gran parte de las situaciones de discriminación hacia las personas LGBT en el espacio público y en ejercicio de sus funciones.

En ese contexto, es interesante resaltar que, en el caso de la ordenanza de La Victoria, se señala expresamente sobre las sanciones a servidores públicos; se reconoce como punto de preocupación central la posible actuación discriminatoria de miembros del Serenazgo. La referida ordenanza incluye, asimismo, una referencia importante a la responsabilidad de dicho personal por la omisión de asistencia, por ejemplo, en casos de violencia contra personas LGBT en el espacio público:

> Artículo 10º. - Sanciones administrativas y penales:
> Los funcionarios o empleados de las instituciones públicas o privadas, que sean responsables de cometer u ordenar actos de discriminación serán sancionados administrativa y penamente [...] *En particular, los integrantes del Serenazgo de la Municipalidad que por motivos discriminatorios, agredan violentamente a una persona en el cumplimiento de su labor o no presten atención a personas en peligro serán sancionados de acuerdo a ley.* (Cursivado nuestro).

Una redacción similar también se encuentra, por ejemplo, en las ordenanzas de los distritos de Santa María del Mar (art. 10º), Pachacamac (art. 9º) y Pueblo Libre (art. 11º). De hecho, la preocupación sobre la actuación del Serenazgo se refleja en un artículo específico, en el caso de la ordenanza de Pachacamac que llega a establecer como sanción administrativa la separación del cargo:

> Artículo 12º. - Agresiones discriminatorias:
> *Serán separados del cargo* los integrantes del serenazgo, que por motivos discriminatorios, agreden violentamente a una persona o no presten atención a personas en peligro". (Cursivado nuestro).

Y, si bien no existe una redacción similar en otras ordenanzas, la municipalidad de Santa Anita (art. 11º), por ejemplo, prevé, en el marco de las disposiciones sancionatorias administrativas hacia el personal del servicio público de la propia municipalidad, lo siguiente:

> Artículo 11º.- Prohibición de Expresiones Discriminatorias
> Queda prohibido el uso de expresiones o bromas discriminatorias por parte del personal de la Municipalidad de Santa Anita, debiendo aplicarse medidas disciplinarias.

ORDENANZAS MUNICIPALES QUE PROHÍBEN LA DISCRIMINACIÓN POR IDENTIDAD DE GÉNERO

De las 16 ordenanzas municipales "antidiscriminatorias" de los distritos de Lima, que sancionan expresamente la discriminación por orientación sexual, solo dos (2) también la prohíben por identidad de género de manera expresa. Sin embargo, todas las ordenanzas incluidas en el Cuadro Nº 2 permiten una interpretación abierta que admite incluir esta categoría en frases como "cualquier otra condición" o "de otra índole".

Cuadro 3: **Ordenanzas municipales que prohíben la discriminación por Identidad de Género**

MUNICIPALIDAD	FECHA	NÚMERO	REGULA ÁMBITOS DE CONSUMO	REGULA PUBLICIDAD Y CARTELES DISCRIMINATORIOS	PREVÉ LA SANCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS
Municipalidad Distrital de Miraflores	26 de marzo de 2015	437 - 2015	Sí (sanciona con multa y clausura)	Sí (sanciona con multa y retiro/suspensión del anuncio)	No expresamente
Municipalidad Distrital de Pueblo Libre	7 de agosto de 2012	391 - 2012	Sí (sanciona con multa y clausura)	Sí (sanciona con multa y retiro/retención del anuncio)	Sí

Elaboración propia
Fuente: **Alerta contra el Racismo**

Como se puede apreciar, no es posible concluir la razón por la cual solo la Municipalidad de Miraflores y de Pueblo Libre incluyan la categoría "identidad de género" de manera expresa, considerando, además, que entre la expedición de ambas existe una brecha de tiempo significativa.

Sin embargo, la primera en incluir esta categoría fue la Municipalidad de Pueblo Libre que, en lugar de identidad de género, utilizó como similar la categoría "identidad sexual". Mientras que la Municipalidad de Miraflores solo la incluyó cuando en el 2015 modificó su anterior Ordenanza

Municipal Nº 294–MM del año 2008[176], que también tenía como objeto regular la prohibición de discriminación en dicho distrito. Esto último explica por qué, pese a que las ordenanzas de Ancón y Chaclacayo definen la discriminación tomando el modelo de la ordenanza de Miraflores, no incluyeron la categoría de identidad de género.

3. EXPERIENCIAS DE DISCRIMINACIÓN EN DIFERENTES DISTRITOS DE LIMA

Las personas LGT entrevistadas para este trabajo han señalado que, debido a su orientación sexual e identidad de género, han padecido ciertas situaciones que podrían calificar como actos discriminatorios. Sin embargo, cuando estos hechos ocurrían, principalmente, en el transporte público o espacios público, la mayoría señaló situaciones que no necesariamente podrían ser calificadas como discriminatorias según la normativa local y/o que les resultaba difíciles de probar, como miradas y murmuraciones.

EN EL ÁMBITO DEL CONSUMO

De las 15 personas entrevistadas, todas menos una (1) (una persona gay), señalaron que al menos una vez se sintieron discriminadas en algún restaurante, bar o discoteca. Denotándose diferencias entre las experiencias relatadas por las personas trans (5), las personas lesbianas (4) y gays (5).

Por un lado, en el caso de las personas trans, la mayoría expresó que tuvieron problemas para ingresar o ser atendidas en establecimientos/servicios donde se necesitó verificar su identidad. Dichos casos de discriminación incluyen obstáculos para el ingreso a bares, discotecas, baños públicos y problemas para la identificación en servicios, como bancos.

> "[...] una vez en un banco no creían que era yo y tuve que cambiar mi voz de un momento a otro para decirle a la operadora que estaba hablando con la persona correcta".
>
> TRANS FEMENINA – 28 AÑOS

> "[...] En las discotecas que te separan en filas de hombres y de mujeres a veces te quieren decir que tienes que ir a una de las filas, pero, otras veces, solo te quedan mirando y les tienes que decir que eres trans, es incómodo".
>
> TRANS FEMENINA – 24 AÑOS

[176] Municipalidad de Miraflores. *Ordenanza Nº 437/MM. Aprueba Ordenanza que promueve el respeto a la igualdad en el distrito y prohíbe toda forma de discriminación en el distrito. Normas Legales*. El Peruano. 30 de marzo de 2015. En: <http://www.elperuano.com.pe/normaselperuano/2015/03/30/1217958-1.html>

> "Estando en (una discoteca miraflorina) [se refiere a un amigo trans] no lo dejaron ingresar al baño, le dijeron que debía ir al baño de mujeres. También se sabe que a otros compañeros les pasó lo mismo, incluso la persona que cuidaba los baños tocó los senos de uno de ellos para decirle que "por eso" no podía entrar [al baño de hombres]".
>
> **TRANS MASCULINO – 26 AÑOS**

Por otro lado, en el caso de las personas lesbianas y gays, se observa que la mayoría ha tenido problemas i) por encontrarse con otras personas LGBT o ii) por darse muestras de afecto con su pareja.

> "Cuando estábamos con un grupo de chicos y chicas TLGB coordinando algunas cosas, el mozo se demoraba y me trataba indiferente, siempre miraba a nuestras amigas lesbianas que son pareja porque estaban abrazadas".
>
> **LESBIANA – 19 AÑOS**
>
> "Sí, cuando estaba con mi pareja en un restaurante de Plaza Norte. Me indicaron que deje de ser cariñoso, que las demás personas se estaban quejando".
>
> **GAY – 31 AÑOS**

"Sí, en un restaurante, el trato es diferente, como frío, están esperando que te vayas. Estábamos con un grupo y casi todos éramos TLGB".

GAY – 37 AÑOS

Sin embargo, en algunas ocasiones fue la expresión de género de las mujeres lesbianas (una expresión 'masculina') lo que las expuso a actos discriminatorios.

"Sí, en la discoteca, cuando entro con mi novia me quedan mirando, porque yo no me visto como cualquier otra chica y a veces en la cola me dicen "joven" o me miran con desprecio".

LESBIANA – 21 AÑOS

"Sí, en las tiendas de ropa, a veces busco cierta ropa (de chicos) y me incomoda que a veces me dicen '¡esta es la ropa de mujer!'"

LESBIANA – 27 AÑOS

EN EL TRANSPORTE PÚBLICO

En este ámbito las principales situaciones que deben enfrentar las personas LGBT están relacionadas con las miradas, actitudes y comentarios por parte de los pasajeros, cobradores o choferes. Solo tres (3) personas (gays) dijeron que nunca les había sucedido algo parecido.

"Sí, son miradas, sientes que la gente te mira mucho. Es incómodo".

TRANS MASCULINO – 26 AÑOS

"No cuando he estado sola, pero cuando estoy con mi novia y la abrazo sí se quedan mirándonos, más si son mayores o niños".

LESBIANA – 19 AÑOS

"Sí, generalmente los hombres tienen más complejos. Si se dan cuenta que eres un poco delicado o gay se quedan mirando fijamente o al buscar espacio dentro del bus te empujan con la excusa de que el carro está en movimiento".

GAY – 28 AÑOS

"Cuando estoy con una amiga trans, le dicen 'pichulón', para evidenciarla".

GAY – 37 AÑOS

De esta manera, se observa que en el caso de las personas trans las agresiones verbales muchas veces están destinadas a visibilizar su identidad de género de manera pública (como una suerte de denuncia social que marca la construcción y el control de *lo posible* en el espacio público).

EN ESPACIOS PÚBLICOS

En estos espacios es interesante notar que, las mujeres trans señalan que siempre son confundidas por serenazgos y policías, quienes piensan que son trabajadoras sexuales por el solo hecho de ser trans.

> "En algunos casos cuando los serenazgos o policías te confunden por el simple hecho de ser trans creen que te estás prostituyendo".
>
> **TRANS FEMENINA – 24 AÑOS**

Las personas lesbianas o gays, por el contrario, deben enfrentar burlas o insultos, ya sea i) porque se encuentran con su pareja y se dan muestras de afecto o ii) porque se encuentran con otras personas LGBT.

> "Sí, hace unos meses me encontraba en la calle de la mano con alguien y pasamos por un grupo de personas mayores y empezaron a molestarnos, decían 'hola reinas', '¿cómo están señoritas?', etc.".
>
> **GAY – 27 AÑOS**

Asimismo, existen casos en los que las personas lesbianas y gays suelen ser atacadas por su expresión de género, principalmente, por la forma en que se visten o se comportan.

> "Una vez queríamos con mi novia pasar la pista, pero un carro se metió y yo le reclamé, entonces me tocó la bocina y me dijo: 'tan machito te crees, ven pues'".
>
> LESBIANA – 27 AÑOS

> "Los serenos deben ser los primeros en estar capacitados para tratar a las personas TLGB. En general siempre muestran poder y un trato no amable, en lo cual deberían ser capacitados".
>
> TRANS MASCULINO – 26 AÑOS

4. PROHÍBEN, PERO ¿TAMBIÉN SANCIONAN?: ANÁLISIS DE LAS ORDENANZAS MUNICIPALES DE LOS DISTRITOS DE MIRAFLORES, PUEBLO LIBRE Y SAN ISIDRO

En el presente acápite analizaremos cuáles son los tipos de prohibiciones y sanciones que se desprenden de las ordenanzas "anti discriminatorias" emitidas por las tres municipalidades distritales bajo análisis, con la principal finalidad de conocer si las mismas prevén o no, con claridad, cuáles son las sanciones que se pueden exigir más allá de la prohibición general de no discriminar. Ello debido a que la efectividad de las ordenanzas también está relacionada con la previsión de sanciones y la posibilidad de hacerlas efectivas.

Cuadro 4: ¿Cuáles son las prohibiciones establecidas por las Ordenanzas Municipales?

	PROHÍBE LA DISCRIMINACIÓN EN ÁMBITOS DE CONSUMO	PROHÍBE LA DISCRIMINACIÓN EN EL TRANSPORTE PÚBLICO	PROHÍBE PUBLICIDAD DISCRIMINATORIA	PROHÍBE LA DISCRIMINACIÓN POR PARTE DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS	PROHÍBE LA DISCRIMINACIÓN POR PARTE DE LOS VECINOS
Municipalidad de Miraflores	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Municipalidad de Pueblo Libre	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Municipalidad de San Isidro	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ

Elaboración propia
Fuente: Alerta contra el Racismo

Como puede apreciarse del cuadro precedente, la discriminación en diversos ámbitos y perpetrada por distintas personas está prohibida, *ya sea, mediante una prohibición general, dirigida a toda persona, de no discriminar en ningún ámbito o porque la ordenanza señala y desarrolla una situación, de manera expresa y específica,* en sus artículos (como en el caso del transporte público y funcionario/as público/as).

En ese sentido, si bien la ordenanza de Pueblo Libre, por ejemplo, señala en su artículo 1º que es objeto de la misma prevenir, prohibir y eliminar el ejercicio de prácticas discriminatorias, *por personas naturales o jurídicas, cualquiera sea su forma o modalidad,* también aborda de manera específica en su artículo 10º la prohibición de discriminación en el transporte público, y en su artículo 11º la prohibición explícita para los funcionarios o servidores públicos, exponiendo cuáles serían las sanciones para cada caso.

Sin embargo, ello no se repite en el caso de la Municipalidad de San Isidro, cuya ordenanza contiene una prohibición genérica, en su artículo 1º, que permite argumentar la exigencia de la prohibición de discriminación en todo ámbito y hacia cualquier persona, mientras que en su artículo 6º desarrolla la prohibición de discriminación específicamente limitada al ámbito del consumo. Lo mismo sucede con la ordenanza de Miraflores (art. 1º, prohibición general; y, el art. 4º, prohibición en el ámbito del consumo).

En estos casos, si bien la prohibición general permite exigir una sanción dentro de la jurisdicción municipal, para todas las personas en todos los ámbitos, es claro que la falta de abordaje específico (por ejemplo, cuando se trata de funcionario/as público/as), muestra la falta de sanciones razonablemente agravadas en dichos casos o limita la actuación municipal solo frente a algunas formas de discriminación, sin trabajar la prevención en determinados espacios o entre determinadas personas, como vecino/as de las comunas municipales.

Un problema adicional, se relaciona con la consecuente falta de previsión de sanciones específicas de acuerdo con la calidad de la persona que discrimina o el espacio en que se produce el hecho (para establecer determinadas medidas administrativas acordes al contexto). Podría argumentarse que el desarrollo específico de lo antes señalado no es necesario, pues son muchos los espacios y personas (naturales o jurídicas de carácter público o privado) sobre los que se podría regular. Sin embargo, sí es importante regular al menos algunas situaciones específicas que suelan ser comunes (determinadas de acuerdo a registros, estadísticas, etc.), además de las que suceden en ámbitos de consumo, puesto que su regulación generaría mayor claridad sobre las sanciones a imponer y el procedimiento que debería seguirse, haciendo posible y efectiva la aplicación de la ordenanza.

Cuadro 5: Sanciones administrativas previstas por las Ordenanzas

	¿PREVÉ UNA SANCIÓN POR DISCRIMINACIÓN EN ÁMBITOS DE CONSUMO?	¿PREVÉ UNA SANCIÓN POR DISCRIMINACIÓN EN EL TRANSPORTE PÚBLICO?	¿PREVÉ UNA SANCIÓN POR PUBLICIDAD DISCRIMINATORIA?	¿PREVÉ UNA SANCIÓN PARA FUNCIONARIOS PÚBLICOS?	¿PREVÉ UNA SANCIÓN PARA VECINO/AS?
Municipalidad de Miraflores	SÍ	NO	SÍ	NO	NO
Municipalidad de Pueblo Libre	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	NO
Municipalidad de San Isidro	SÍ	NO	SÍ	NO	NO

Elaboración propia
Fuente: **Alerta contra el Racismo**

Así pues, es común encontrar que las ordenanzas no establecen sanciones para los actos de discriminación que se cometen en el ámbito del transporte público o que son perpetrados por servidores públicos (como miembros de serenazgo, policía municipal o personal administrativo de las municipalidades), vecino/as y, en general, cualquier persona que viva o no en el distrito, pese a que dichas situaciones suelen ser comúnmente denunciadas.

La importancia de incluir una regulación de este tipo se debe a la posibilidad de exigir que se realicen (más allá de las charlas previstas para funcionarios de la municipalidad) campañas e intervenciones municipales que, de manera específica, puedan abordar la prevención de la discriminación en determinados espacios y la perpetrada por determinadas personas. Como, por ejemplo, intervenciones en los medios de transporte para sensibilizar a choferes y cobradores; lo mismo en el caso de servidores públicos y vecino/as, quienes deberían conocer mejor las ordenanzas y saber qué situaciones constituyen o no discriminación para denunciarlas o no perpetrarlas.

Sin embargo, también es cierto que, si bien la Municipalidad de Pueblo Libre ha previsto sanciones para funcionarios y servidores públicos, se debiera supervisar que la capacitación de los mismos (que constituye una medida de prevención) incluya estándares para la garantía del derecho a la igualdad de las personas LGBT, y aborde la deconstrucción de prejuicios que sustenta la discriminación y violencia en su contra.

5. CUMPLIMIENTO DE LAS ORDENANZAS MUNICIPALES QUE PROHÍBEN LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL Y/O IDENTIDAD DE GÉNERO

ANÁLISIS DE CASOS DE DISCRIMINACIÓN

A continuación, se presentan los casos más relevantes por discriminación, ocurridos en distritos cuyas ordenanzas contemplan la prohibición de discriminación por orientación sexual e identidad de género. Esos casos han sido seleccionados porque permiten visibilizar cómo actuaron las municipalidades en cuyas jurisdicciones sucedieron los hechos.

MUNICIPALIDAD DE MIRAFLORES

En el año 2012, Godfrey Arbulú, una mujer trans, denunció a la discoteca Gótica por actos discriminatorios tras habérsele negado el ingreso a la misma debido a su identidad de género. Ella había sido invitada a un evento en dicho lugar, sin embargo, al llegar, el personal de seguridad luego de solicitarle el DNI, le condicionó el ingreso a un pago mayor que la tarifa general.

Ella denunció a la discoteca ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), el mismo que multó a la empresa Gothic Entertainment S.A., propietaria de la discoteca, con S/ 370,000.00 por haber cometido actos discriminatorios, al impedirle el ingreso a sus instalaciones por ser una persona trans.

Asimismo, en aplicación de la ordenanza antidiscriminatoria del distrito, el local fue clausurado temporalmente por la situación de manera inmediata, según Resolución Administrativa Cautelar N 117-2012-SGFC-GAC/MM, que ordenó también el pago del 50 % de una Unidad Impositiva Tributaria (UIT), es decir S/ 1,825.00.

En noviembre del 2015 una pareja gay fue víctima de discriminación por personal de serenazgo del distrito de Miraflores que, insistentemente, les señalaba que debían retirarse del Parque del Faro bajo el pretexto de que no se podían procurar muestras de afecto ante la presencia de niños, pese a que la pareja le recordó la ordenanza municipal que prohíbe la discriminación por orientación sexual en dicho distrito. En el video, difundido en redes sociales, se escucha decir por parte del agente de serenazgo: "Calmen sus hormonas", y se puede advertir que no solo les pidió que se retiraran de un lugar público, sino que también buscó intimidarlos para que así lo hicieran, pues se quedó por unos minutos montado en su bicicleta junto a la pareja, mientras esta solo atinaba a grabarlo[177].

[177] El video completo puede visualizarse en: <https://www.youtube.com/watch?v=yvOGlV-H2yM&feature=youtu.be>

Lamentablemente, este no fue el único caso denunciado, pues al día siguiente una pareja lesbiana experimentó hechos similares en el Parque Kennedy[178], donde un grupo de miembros de serenazgo se acercó a señalarles que si querían permanecer en dicho parque no podían demostrarse muestras de afecto. Aducían que tales muestras eran "inapropiadas" para los niños y que algunas madres ya se habían quejado, sin tener en cuenta que el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar situaciones de discriminación[179]. Así, uno de los miembros de serenazgo le indicó a la pareja lo siguiente:

> Ustedes pueden hacer lo que quieran [...] pero los niños también tienen los mismos derechos [...]. Si usted está sentada tranquilamente nadie le va a decir nada [...], nadie la está discriminando [...] pero usted tiene que tener un poquito más de discreción, ¿ya? [...]. Señorita, es una cuestión de respeto [...], no puede estar besándose acá en la vía pública [...]. Así como usted tiene su derecho los demás tienen su derecho a reclamar algo que no les gusta [...][180].

Posteriormente, la Subgerencia de Recursos Humanos de la Municipalidad de Miraflores, mediante una carta remitida al presidente del Movimiento Homosexual de Lima (MHOL), informó que los miembros de serenazgo involucrados en ambos casos fueron despedidos el 8 de enero de 2016, tras haber concluido el procedimiento administrativo disciplinario por haber incurrido en una "falta por discriminación por orientación sexual"[181].

En mayo de 2017, un joven que se encontraba con un grupo de amigos en la discoteca Urban Bar, denunció públicamente haber sido víctima de la actitud homofóbica y discriminatoria por parte del personal de la discoteca[182]. Los hechos se desencadenaron cuando él bailaba con un amigo suyo, tras lo cual comenzaron a ser hostigados por el personal de dicha discoteca, quienes les pedían que dejen de bailar juntos. Ante esto, él preguntó por qué le hacían tal requerimiento, tras lo cual los miembros de seguridad les exigieron violentamente (mediante golpes e insultos) que se retiren, dándoles argumentos contradictorios como que debían consumir más o que estaban realizando "actos obscenos"[183]. La actitud de dicho personal se

[178] "Municipio de Miraflores despidió a dos serenos que discriminaron a parejas del mismo sexo". LaMula.pe, Lima. Consulta: 21 de marzo del 2016. En: <https://redaccion.lamula.pe/2016/01/13/municipio-de-miraflores-despidio-a-dos-serenos-que-discriminaron-a-parejas-del-mismo-sexo/redaccionmulera/>

[179] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 26 de noviembre de 2013, párr.110. En: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>

[180] Extraído de la grabación realizada por las denunciantes. En: <https://www.youtube.com/watch?v=TWG46rE_3CA&feature=youtu.be>

[181] "Miraflores despidió a serenos que discriminaron a homosexuales". ElComercio.pe, Lima. Consulta: 17 de junio de 2016. En: <http://elcomercio.pe/lima/ciudad/miraflores-despidio-serenos-que-discriminaron-homosexuales-noticia-1870551>

[182] "Miraflores: denuncian agresión por discriminación en discoteca". ElComercio.pe, Lima. Consulta: 9 de enero de 2018. En: <https://elcomercio.pe/lima/miraflores-denuncian-agresion-discriminacion-discoteca-419070>;
"Joven denuncia agresión y discriminación en discoteca de Miraflores". Panamericana.pe. Consulta: 9 de enero de 2017. En: <https://panamericana.pe/buenosdiasperu/locales/226331-joven-denuncia-agresion-discriminacion-discoteca-miraflores>

[183] *Ibíd.*

habría asentado en la homosexualidad aparente del joven, en base al prejuicio relacionado a la prohibición de los mandatos de la masculinidad hegemónica heterosexuada, bajo la cual se cuestiona el acercamiento entre dos varones, plasmado en expresiones como el baile.

Esa madrugada, el joven acudió a la comisaría de Miraflores e interpuso la denuncia correspondiente, sin embargo, los policías de turno no acogieron su denuncia con relación a la discriminación sufrida, sino que, considerando parcialmente lo señalado por uno de los agresores, calificaron los hechos como delito de agresiones mutuas, a pesar de que él fue el único agredido. Paralelamente, en el ámbito administrativo y en cumplimiento de la ordenanza anti discriminatoria vigente en Miraflores, se inició una investigación y se ordenó la clausura temporal de dicho establecimiento, como medida cautelar.

MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO

La madrugada del 20 de febrero de 2016, en el distrito de San Isidro, sucedieron hechos similares que demostraron que el personal de serenazgo de las municipalidades son quienes, principalmente, muestran prácticas homotransfóbicas y discriminatorias; evidenciando, además, falta de conocimiento de las ordenanzas emitidas por las municipalidades o, simplemente, la incipiente legitimidad que le reconocen a dicha normativa.

Una pareja gay denunció[184] haber sufrido actos discriminatorios por miembros del serenazgo de la municipalidad de San Isidro, pues, debido a que se besaban, uno de ellos se les acercó y los acusó de actos contra la moral en los siguientes términos:

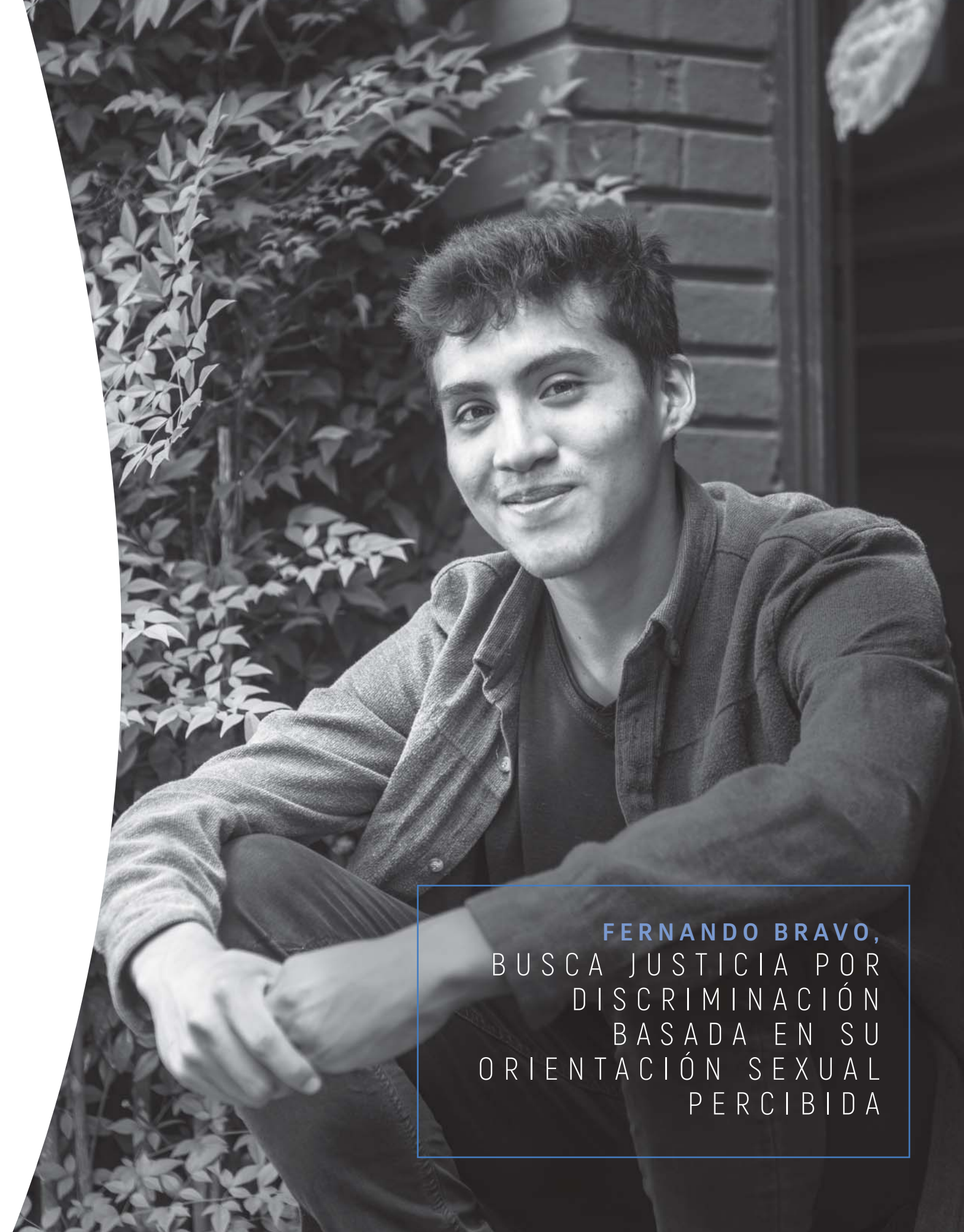
> Él está encima tuyo para empezar. Te estás besando [...], ándate mejor a tu casa o un sitio más tranquilo y ahí puedes hacer lo que te dé la gana. Estás en la vía pública y tienes que respetar.

Ante ello, uno de los jóvenes replicó: "Señor, solo me he besado", pero el sereno, que no quiso identificarse, le contestó: "¿Te parece normal besarte con otro hombre?". Asimismo, se advierte que cuando la pareja fue intervenida, los miembros del serenazgo de dicha municipalidad justificaron que la pareja debía retirarse del espacio público aduciendo que sus muestras de afecto constituían faltas contra la moral pública.

> Déjense de estar besando [...], acá no te puedes estar besando porque no te puedes estar luciendo, ni exhibiendo [...]. El que está en falta eres tú, no yo.
>
> [...]. Yo no estoy sentadito besándome con otro varón [...]. La vía pública la respetas[185].
>
> Estas yendo contra la moral, pues. La moral pública [...][186].

Al respecto, cabe señalar que el Código Penal vigente tipifica como delito las "Exhibiciones y publicaciones obscenas"[187]. Sin embargo, las "conductas de índole obscena" no son fáciles de determinar y, por ello, una tipificación como la señalada presenta un riesgo, pues, aunque no criminaliza de manera directa la homosexualidad, en la práctica es interpretada y aplicada para criminalizar a las personas LGBT; además, exacerba el abuso policial y de serenazgo, los malos tratos y los actos de violencia en su contra[188].

[184] El video de la agresión fue difundido por los agraviados en redes sociales, como mecanismo de denuncia pública. Puede ser revisado en: <https://www.youtube.com/watch?v=ON92QlHTLc0>
[185] Extraído del video que registra lo sucedido. En: <https://www.youtube.com/watch?v=ON92QlHTLc0>
[186] *Ibíd.*
[187] Artículo 183º.- Exhibiciones y publicaciones obscenas
Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años el que, en lugar público, realiza exhibiciones, gestos, tocamientos u otra conducta de índole obscena.
[188] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América.* OAS/Ser.L/V/II.rev.1. 2015, párr. 86.



FERNANDO BRAVO,
BUSCA JUSTICIA POR DISCRIMINACIÓN BASADA EN SU ORIENTACIÓN SEXUAL PERCIBIDA

Finalmente, el agente de serenazgo que agredió a esta pareja les advirtió que ellos no podían quejarse y que sí lo hacían no les darían la razón, aunque mostraran evidencias de los hechos:

> Doce (12) años tengo aquí trabajando, así como tú me has grabado, miles [me grabaron]. Yo sigo trabajando[189].

Sin embargo, gracias a la actuación de la municipalidad se logró sancionar a este supervisor de Seguridad Ciudadana.

> La decisión ya está tomada al más alto nivel porque Sierra cometió una falta contra nuestra Ordenanza 384, que condena todo tipo de discriminación, incluyendo la ejercida contra la orientación sexual. Aunque el caso está en investigación, se trata simplemente de un proceso formal que llegará a la destitución.
>
> **REPRESENTANTES DE LA MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO[190]**

MUNICIPALIDAD DE PUEBLO LIBRE

En el año 2014, un panel publicitario fue colocado en Pueblo Libre frente a la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) con el siguiente mensaje: "Dios dice: No te echaras con varón como con mujer, es abominación (Levítico 18:22)", citando un pasaje de Levítico, libro del Antiguo Testamento; condenando, así, las relaciones homosexuales, calificándolas como aberrantes. Dicho panel fue patrocinado por Bethel, la cadena televisiva del Movimiento Misionero Mundial. Frente a ello, Jorge Mezarina, estudiante de la mencionada universidad, interpuso, a mediados de abril, una denuncia ante la Comisión de Protección al Consumidor por considerar que los referidos paneles violaban los artículos 1º y 38º del Código de Protección y Defensa del Consumidor. «Cuando vi el cartel el 7 de abril sentí un gran malestar y un profundo sentimiento de humillación al menospreciar nuestras prácticas sexuales. [...]. El cartel hace un llamado al odio contra nosotros", señaló Mezarina[191].

Promsex asistió legalmente a Mezarina, a fin de exigir, ante la Municipalidad de Pueblo Libre, el retiro del panel por contradecir su ordenanza antidiscriminatoria, cuyo artículo 8º señala que: "Está prohibido colocar carteles, anuncios u otros elementos de publicidad, [...] ubicados dentro de la jurisdicción del Distrito de Pueblo Libre, así como en la vía pública, donde se consignen frases discriminatorias". Finalmente, en respuesta, la Municipalidad ordenó el retiro inmediato

[189] Extraído del video que registra lo sucedido. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ON92QlHTLc0>
[190] "San Isidro: destituirán a sereno por discriminar a pareja gay". ElComercio.pe, Lima. Consulta: 17 de junio del 2016. En: <http://elcomercio.pe/lima/ciudad/san-isidro-destituiran-sereno-discriminar-pareja-gay-noticia-1881772>
[191] Declaraciones realizadas para el portal web de La República. En: <http://larepublica.pe/sociedad/799893-demandan-a-bethel-por-colocacion-de-paneles-en-contra-de-la-union-civil>

del panel a la empresa Físicos y Gráficos Publicitarios SAC FYG SAC, en cumplimiento de lo dispuesto por su ordenanza.

En marzo de 2016 una pareja de lesbianas[192] denunció en redes sociales que vecinos del sector del Parque Bahía, en Pueblo Libre, les pidieron que se retiraran del lugar luego de que las vieran besándose en la vía pública. En el video que grabaron se observa que un agente de serenazgo de dicha municipalidad avaló los comentarios de los vecinos y señaló a la pareja que debía retirarse:

> Se están besando, se están agarrando ahí [...]. Por eso te digo, aquí hay vecinos que se están quejándose, ¿entiendes? [...] Hay niños en el parque.

Lamentablemente, pese a que la ordenanza de dicha municipalidad señala de manera expresa que se prohíbe la discriminación por orientación sexual, y prevé sanciones a servidores públicos, el miembro de serenazgo que intervino no actuó de acuerdo a lo establecido, argumentando que: i) una pareja de lesbianas no podía besarse en el ámbito público y ii) que él hacía lo correcto, pues era su trabajo.

> Aquí en Pueblo Libre [...] no pueden hacer eso. Les pido que se retiren. Yo estoy cumpliendo mi trabajo.

[192] El video de los hechos se encuentra disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=yyyR95XpOcE&feature=youtu.be>

Sin embargo, la Municipalidad de Pueblo Libre, lejos de manifestar un rechazo contundente ante este tipo de situaciones, emitió un comunicado que justificaba el accionar de su personal de serenazgo.

Así pues, si bien el comunicado señalaba que en dicho distrito no se aceptan los actos de discriminación, vislumbraba una argumentación contraria que consideraba legítimo este tipo de actuaciones (sacar a una pareja del espacio público) bajo ciertas condiciones, como calificar las muestras de afecto como "actos subidos de tono" o apelar al "interés de los niños" y al "reclamo reiterado de los vecinos".

El balance de Promsex, lugar al que acudieron las víctimas para ser apoyadas, fue que el manejo de la situación por parte de la Municipalidad de Pueblo Libre no fue satisfactorio. *Nunca reconocieron que la situación era discriminatoria y no pidieron disculpas*; solo se comprometieron a hacer campañas de sensibilización y a mejorar la ordenanza. Además, el miembro de serenazgo no fue sancionado, alegando el alcalde que, "al no haberlos capacitado, no tenían la culpa de no haber podido atender el caso"[193].

[193] Liurka Otsuka, representante de Promsex. Declaración extraída de entrevista realizada en el año 2016.

Esto demuestra que si bien el literal a) del artículo 4 de la ordenanza de Pueblo Libre señala que la misma se compromete a brindar charlas sobre discriminación dirigidas a los serenos[194], ello no se venía cumpliendo de manera específica para abordar situaciones de discriminación hacia personas LGBT. Y si bien los hechos podían ser denunciados, se optó por reunirse con el alcalde y las víctimas decidieron no interponer la denuncia por la falta de celeridad. Como se puede apreciar, se constata que las víctimas suelen preferir respuestas rápidas ante este tipo de situaciones (y no procesos judiciales); sin embargo, ello podría conllevar a la impunidad cuando la Municipalidad no cumpliera con hacer efectivas las sanciones administrativas previstas.

CONOCIMIENTO Y DIFUSIÓN DE LAS ORDENANZAS MUNICIPALES

De las entrevistas realizadas, se evidencia que las personas LGBT coinciden en que una tarea pendiente aún es la difusión de las ordenanzas y el procedimiento que debe seguirse para denunciar las situaciones de discriminación usando la regulación que las mismas han previsto, pues no necesariamente se conocen por ser inaccesibles o inentendibles por el lenguaje técnico usado. Ello tiene que mejorarse, en atención a que muchas veces los actos no son denunciados porque no se conoce el trámite a seguir o a la autoridad a la cual debe recurrirse, lo cual limita el acceso a la justicia.

> [...] debería difundir más el procedimiento y lo que tenemos que hacer para denunciar o quejarnos del maltrato que a veces sufrimos".
>
> TRANS FEMENINA – 24 AÑOS

> Los carteles señalan que uno no puede ser discriminado, pero no dicen qué hacer. Por ejemplo: llamar al número xxxx. No sabemos a dónde recurrir cuando sucede.
>
> GAY – 37 AÑOS

> [No denuncié] porque sentí que era una pérdida de tiempo debido a que no supe exactamente qué exigir y qué sanción debían darle.
>
> GAY – 28 AÑOS

[194] Artículo 4º.- De las acciones
La Municipalidad Distrital de Pueblo Libre, se compromete a:
a) Brindar charlas informativas sobre la problemática de la discriminación, al personal de la Municipalidad Distrital de Pueblo Libre, la comunidad en general, a los propietarios, conductores, administradores o representantes de los establecimientos comerciales y/o de servicios abiertos al público, así como al personal que allí laboren; asimismo a los alumnos, profesores y personal administrativo de los Centros Educativos Estatales y Particulares.

6. TAREAS PENDIENTES PARA ENFRENTAR LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN LOS DISTRITOS DE LIMA

Las ordenanzas deberían establecer de forma específica no solo la prohibición de discriminación general, sino que también debería incluir sanciones administrativas específicas para cuando estas vecino/as y servidores públicos intervengan como agresores. En ese sentido, la capacitación a miembros de serenazgo, policías municipales y personal administrativo de las municipalidades debería ser periódica e incluir un abordaje sobre derechos de las personas LGBT y la manera en que deberían afrontar determinadas situaciones de discriminación por parte de terceros.

Como se puede apreciar de la información recaudada, aún no se ha logrado una adecuada y accesible difusión de las ordenanzas y los procedimientos a seguir para denunciar un caso de discriminación. De esta manera, hace falta la habilitación de campañas de concientización y capacitación a personal que brinde servicio al público en los lugares de entretenimiento de las diferentes jurisdicciones y que presten servicios en las municipalidades o en cualquier otra institución del Estado. Si bien no todas las municipalidades deben organizar las capacitaciones, sí podrían exigirlas a los establecimientos y centros comerciales como una forma de prevención de situaciones de discriminación contra las personas LGBT.

7. REFLEXIONES FINALES

Si bien las ordenanzas municipales locales suplen la omisión realizada por el Gobierno nacional para establecer sanciones a la violencia y discriminación cometida en contra de las personas LGBT en el país, las mismas —más allá de la prohibición de discriminación (en forma declarativa)— todavía presentan retos para la efectiva aplicación de sanciones administrativas y la prevención de la violencia y discriminación dentro de sus jurisdicciones, principalmente, contra las personas LGBT. En ese sentido, luego del análisis realizado, se encuentra lo siguiente:

- Casi todas las ordenanzas contra la discriminación que se han emitido en la provincia de Lima prohíben la discriminación por orientación sexual. Pero solo dos prohíben expresamente la discriminación por identidad de género.

- No todas las ordenanzas contra la discriminación regulan sanciones expresas para los vecinos o funcionarios y servidores públicos que discriminan a las personas LGBT.

- No todos los distritos prohíben de manera expresa la discriminación en el transporte público y, consecuentemente, no establecen sanciones administrativas específicas para estos casos.

- Entre las tareas pendientes se encuentra la capacitación periódica del personal de seguridad municipal y la amplia, adecuada y accesible información sobre el contenido de las ordenanzas, los procedimientos de denuncia y las sanciones que pueden exigirse.

Dichos retos pendientes deberán ser analizados para reforzar la actuación de los gobiernos locales y lograr que, efectivamente, mediante sus políticas antidiscriminatorias, puedan convertirse en aliados reales para alcanzar la igualdad para las personas LGBT en el Perú.

2.2

DE LA PROTECCIÓN A LA DISCRIMINACIÓN

DESIGUALDAD INSTITUCIONALIZADA: BATALLAS POR LA IGUALDAD EN LA DISCUSIÓN LEGISLATIVA SOBRE LA SANCIÓN DE LOS "CRÍMENES DE ODIO DE LA PROTECCIÓN A LA DISCRIMINACIÓN

LA "ERRADICACIÓN" DE HOMOSEXUALES Y PERSONAS TRANS: ANÁLISIS DE LOS PLANES DE SEGURIDAD CIUDADANA DE LIMA METROPOLITANA Y SUS DISTRITOS

“

ME GOLPEABAN, ME PATEABAN (...) UNO DE ELLOS SE AGACHÓ Y ME CORTÓ EL ROSTRO (...). POR FAVOR, ESTOY SANGRANDO, AYÚDAME, NO ME DEJES MORIR LE DIJE (...) ME DECÍAN CABRO DE MIERDA, HOMOSEXUAL VAS A MORIR (...) YO, TIRADA AHÍ, ME HACÍA LA MUERTA (...). LA POLICÍA MIRANDO ACÁ CÓMO ME CORTABAN (...). NADIE HACÍA NADA.

(FUENTE: PROMSEX. CASO YEFRI PEÑA - PRIMERA PARTE CANAL 9. LIMA: YOUTUBE. CONSULTA 15 DE FEBRERO DE 2018. HTTPS://WWW.YOUTUBE.COM/WATCH?TIME_CONTINUE=299&V=LN3TPJLPHKA)

2.2.1

DESIGUALDAD INSTITUCIONALIZADA: BATALLAS POR LA IGUALDAD EN LA DISCUSIÓN LEGISLATIVA SOBRE LA SANCIÓN DE LOS "CRÍMENES DE ODIO"[195]

BRENDA ALVAREZ ALVAREZ[196] Y KAREN ANAYA CORTEZ[197]

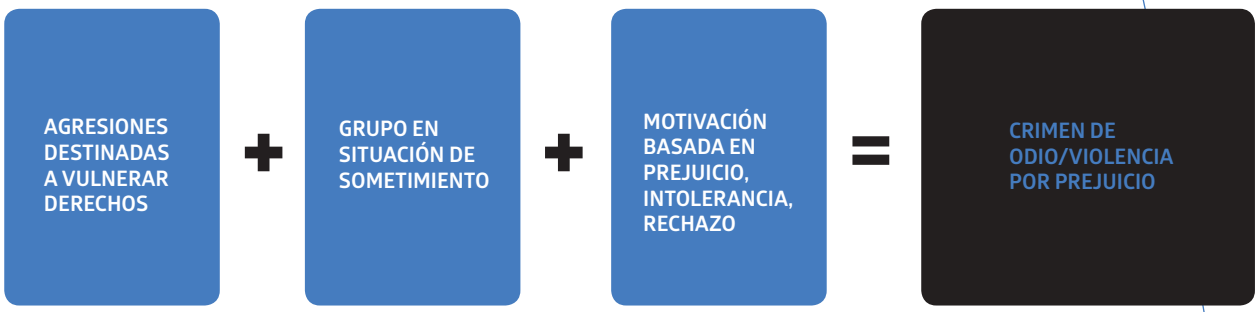
1. ¿CRÍMENES DE ODIO O VIOLENCIA POR PREJUICIO?

Históricamente, las agresiones que afectan a las personas LGBT, y que son motivadas por el deseo de 'castigarlas', "corregirlas", por considerar que desafían las normas de género, han sido denominadas crímenes de odio. Un concepto que no solo se refiere a las agresiones hacia las personas LGBT, sino que también es usado para incluir a otros grupos en similar estado de sometimiento social. En ese sentido, si bien no existe una definición universalmente aceptada de "crimen de odio" como concepto jurídico, se entendió que su configuración debía comprender lo siguiente:

[195] En base al texto publicado por primera vez en:
Álvarez, Brenda y Karen Anaya. "Actos discriminatorios motivados por la orientación sexual e identidad de género". *Gaceta Constitucional*. Tomo Nº 111, marzo 2017. En: <http://www.usat.edu.pe/tcrevistas/2017/05/RV_069166.pdf>

[196] Abogada con especialidad en Género, Derechos Humanos y Constitución por el Centro de Estudios Constitucionales, diplomada en Pluralismo Jurídico y Derecho Indígena por la Pontificia Universidad Católica del Perú; con estudios en la Maestría en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en diversidad sexual y de género y coordinadora del área legal del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos - PROMSEX.

[197] Bachillera en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Investigadora del Grupo de investigación en Derecho, Género y Sexualidad de la PUCP (DEGESE). En la actualidad cursa la Maestría en Estudios de Género de la PUCP. Asesora legal en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, diversidad sexual y de género, del Área Jurídica del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX).



En el caso de las personas LGBT, se denunció la *homofobia* como la motivación de la violencia; sin embargo, dicha categoría fue cuestionada en el marco del derecho penal, señalándose que técnicamente no se podía hablar de una fobia para sustentar la motivación de un delito. Entendiéndose así la categoría únicamente desde el discurso patológico, mas no como una construcción de las regulaciones sociales del género y la sexualidad. Rechazo que, además, visibiliza el carácter heterosexual que afirma una masculinidad hegemónica del derecho penal y su incoherencia, pues la violencia que pretende regular es justamente el indicador más evidente de las exigencias sociales de la virilidad asociada a la construcción de *lo masculino*.

Si bien debe analizarse cómo materializar la categoría 'homofobia' en el marco de tipificaciones penales, no puede dejar de considerarse el mismo como un *principio organizador de las relaciones sexuales, corporales y de género en la sociedad,* relacionado, por tanto, con la perpetuación del sexismo, la masculinidad hegemónica y la heterocisnomatividad.

> La homofobia es un principio organizador de nuestra definición cultural de la virilidad. La homofobia es más que el miedo irracional por los hombres gay, es más que el miedo de lo que podemos percibir como gay. [...] La homofobia es el miedo a que otros hombres nos desenmascaren, nos castren, nos revelen a nosotros mismos y al mundo que no alcanzamos los standards (sic), que no somo verdaderos hombres [...] el miedo de verse como un afeminado domina las definiciones culturales de virilidad[198].

> La palabra amanerado no tiene nada que ver con la experiencia homosexual o incluso con los miedos por los homosexuales [...] Sale de las profundidades de la virilidad: una etiqueta de enorme desprecio por alguien que parece afeminado, blando, sensible[199].

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala en su último informe temático, sobre la Violencia contra personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América, la utilidad

[198] Kimmel, Michael S. "Homofobia, temor, vergüenza y silencio en la identidad masculina". *Masculinidad/es: poder y crisis.* Ediciones de las Mujeres Nº 24. Valdés, Teresa y José Olavarría (eds.). Santiago: ISIS-FLACSO. 1997, p.10.
[199] Laverenz, David (1986). "Manhood, Humiliation and Public Life Some Stories". *Southwest Review*, 77, p. 455. Citado en: Kimmel, Michael S. "Homofobia, temor, vergüenza y silencio en la identidad masculina". *Masculinidad/es: poder y crisis.* Ediciones de las Mujeres Nº 24. Valdés, Teresa y José Olavarría (eds.). Santiago: ISIS-FLACSO. 1997.

del concepto de crímenes de odio en nuestras sociedades. Sin embargo, enfatiza la importancia del uso del término *violencia por prejuicio* para referirse a aquella dirigida hacia grupos específicos, como las personas LGBT, debido a la carga que ese término tiene para reconocer la desigualdad y marginalización estructural de las personas por cuestiones meramente personales como son la orientación sexual, identidad de género y expresión de género.

> La violencia por prejuicio es un concepto que apunta a una comprensión de la violencia como un fenómeno social, en contraposición con la violencia entendida como un hecho aislado. Los crímenes por prejuicio constituyen racionalizaciones o justificaciones de reacciones negativas, por ejemplo, frente a expresiones de orientaciones sexuales o identidades de género no normativas. Tal violencia requiere de un contexto y una complicidad social, se dirige hacia grupos sociales específicos, tales como las personas LGBT y tiene un impacto simbólico[200].

De esta manera, la Comisión resuelve que la violencia es una manifestación de discriminación y que "el concepto de prejuicio por orientación sexual, identidad o expresión de género, constituye una herramienta para la compresión de la violencia contra las personas LGBT, ya que permite identificar el contexto social en que se manifiesta dicha violencia"[201], lo cual es exigido por la noción de igualdad como no sometimiento.

Finalmente, para la comprensión de la violencia hacia las personas LGBT desde el prejuicio social, debemos añadir dos dimensiones para su entendimiento y análisis[202]:

i) La violencia jerárquica, aquella que se ejerce para recordar a la víctima (y el grupo al que pertenece) su condición de subordinación o inferioridad y el lugar que socialmente ocupa.

ii) La violencia excluyente, que se ejerce para desaparecer a la víctima y lo que representa.

ASPECTOS CONCEPTUALES SOBRE LA VIOLENCIA POR PREJUICIO Y SU RELACIÓN CON LA DESIGUALDAD ESTRUCTURAL

La sanción penal debe enviar un mensaje a la sociedad sobre la importancia de proteger a grupos histórica y sistemáticamente desaventajados. Por ello, la protección reforzada, expresada en un agravante o en un tipo penal específico, hacia determinado grupo de personas para sacarlas de la situación de sometimiento en que viven, y evitar el reforzamiento del

[200] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex* en América. OAS. Documentos oficiales. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2. Doc.36. 2015, p. 47.
[201] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Loc. cit.*
[202] Gómez, María Mercedes. "Capítulo 2: Violencia por Prejuicio". *Mirada de los jueces: Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana. Motta, Cristina* y Macarena Sáez (eds.). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Red Alas, 2008, p. 90.

sometimiento, como sucede con aquellas con una orientación sexual, expresión e identidad de género no normativa, no puede ser calificada como un privilegio o una forma de discriminación hacia personas heterosexuales o cisgénero[203], pues no se encuentran en situación de exclusión y, por tanto, no requieren desde el Estado una protección reforzada.

Siendo así, la definición misma de violencia por prejuicio presenta elementos positivos que dan cuenta del entendimiento de la situación de desigualdad estructural en la que se encuentran determinadas personas (como las LGBTI) y la necesidad de revertirla mediante una protección reforzada: i) la violencia se entiende como un fenómeno social, no un hecho aislado; ii) se usan las categorías de orientación sexual e identidad de género *no normativas* para referirse al grupo en situación de sometimiento; iii) enfatizando, al mismo tiempo, que este tipo de violencia solo se dirige a determinados grupos o sus miembros; iv) alude a la complicidad social que legitima la situación de exclusión de dicho grupo y el uso de la violencia para perpetuarla; y, v) señala el impacto simbólico para dar cuenta de que un grupo es afectado y no solo una individualidad.

2. CUESTIONAMIENTO PRELIMINAR SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DE LOS LISTADOS DE CATEGORÍAS SOSPECHOSAS O CRITERIOS PROHIBIDOS DE DISCRIMINACIÓN

Si bien las categorías consideradas 'sospechosas' podrían determinarse en abstracto y enumerarse en listado de categorías prohibidas como, orientación sexual, sexo, nacionalidad, edad, etc. Según Saba, dicha noción de 'categorías sospechosas' es tributaria del principio de igualdad y obra como obstáculo para la implementación de políticas afirmativas que traten de modo preferencial a grupos estructuralmente desiguales y cuyo diseño busque derribar las condiciones que los posicionan como tales, en la línea de lo que requiere el principio de igualdad como no sometimiento, por lo cual, resultan insuficientes[204]. Ello debido a que los listados convencionales de 'categorías sospechosas' no determinan cuál es el grupo en desigualdad estructural ('orientación sexual', por ejemplo, se refiere a cualquiera de las orientaciones sexuales, incluida la heterosexual, y no a las no normativas, específicamente —protegiendo a todas simétricamente y desconociendo que hay un grupo sometido de facto—) y, por tanto, impide la superación de dicha situación sin enfrentar cuestionamientos que denuncien, paradójicamente, un trato diferenciado sobre grupos que no viven en desigualdad estructural.

[203] Se entenderá por persona cisgénero "cuando la identidad de género de la persona corresponde con el sexo asignado al nacer. El prefijo "cis" es antónimo al prefijo "trans". Extraído de los conceptos utilizados por la CIDH. En: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>

[204] Saba, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados?* Primera edición. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, pp. 90-91.

En ese sentido, la neutralidad de la denominada "categoría sospechosa" (al abordar categorías abstractas e individualistas y no grupos específicos) termina perpetuando de facto la invisibilización del sometimiento estructural de determinados grupos al interior de la sociedad: "el concepto de categoría sospechosa [...] rechaza la existencia de grupos y, por ende, también la existencia de grupos estructuralmente desiguales, así como la exigencia normativa (constitucional) de desmantelar las situaciones de exclusión y segregación que afecta a sus integrantes"[205].

Por ello, en tanto es cuestionable la insuficiencia derivada de las listas convencionales de categorías sospechosas por responder, únicamente, a la idea de igualdad como no arbitrariedad en el trato diferenciado y no estar asociadas a un grupo excluido, la noción (planteada) de igualdad como no subordinación exige considerar[206]:

1) Que, el listado de criterios sospechosos, en tratados, constituciones, leyes antidiscriminatorias, códigos, decisiones de tribunales, entre otros, no se genere *a priori,* sino de manera continua mediante actualizaciones. Que consideren cuáles son los *grupos* en exclusión que en cada época merecen una especial protección estatal, según el contexto para superar su situación de sometimiento.

2) Que, en la aplicación de la categoría sospechosa se considere que "la sospecha reside en que la categoría contribuye a perpetuar una situación de histórica desigualdad estructural", siendo necesario que se analice cada categoría o situación específica, además del impacto del trato diferente en un grupo. Así pues, si un grupo vive en situación de exclusión estructural y se le trata diferente (al conjunto o a su(s) integrante(s)) en base a una categoría que perpetúa o profundiza su condición, esa categoría debe ser considerada sospechosa.

Como se podrá colegir en adelante, lo señalado no ha sido convencional en la práctica legislativa peruana durante la discusión de la sanción penal de la discriminación, los crímenes de odio o la violencia por prejuicio. Por el contrario, no se ha tenido ningún problema en continuar utilizando listados de categorías sospechosas simétricas, aunque en algunos pocos casos, las propuestas legislativas en favor de las personas LGBT, hayan usado en su exposición de motivos argumentos relacionados a la noción de igualdad como no sometimiento.

[205] *Ibíd.*, p. 109.
[206] *Ibíd.*, p. 124.

3. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS PARA LA DISCUSIÓN

La discusión legislativa sobre crímenes de odio no es reciente, pues con anterioridad ya se han presentado y discutido proyectos de ley al respecto, los mismos que fueron archivados. En el siguiente cuadro se representan dichas propuestas legislativas de manera cronológica.

Nº	PROYECTO DE LEY	PROPONENTE	PROPUESTA
1	PL Nº 3584/2009-CR Proyecto de ley contra los Crímenes de Odio	Carlos Bruce (Alianza Parlamentaria)	Planteaba tipificar el crimen de odio entendido como todo delito que se comete teniendo como motivación el odio o desprecio hacia la víctima por diversos motivos, como su orientación sexual o identidad sexual; modificando la tipificación de homicidio calificado e incorporando las figuras de lesiones graves y leves por crímenes de odio en el Código Penal.
2	PL Nº 609/2011-CR Ley contra acciones criminales originadas por motivos de discriminación	Carlos Buce (Concertación Parlamentaria)	Planteaba la creación de una agravante aplicable a los delitos dolosos cuando el sujeto activo actuase por motivos de discriminación basada, entre otros motivos, en la orientación sexual e identidad de género (motivos señalados explícitamente).
2	PL Nº 3306/2013-CR	José Luna (Solidaridad Nacional)	Planteaba modificar el artículo 46º del Código Penal que establecía la agravante general por razón de móvil discriminatorio, para incluir las categorías de orientación sexual e identidad de género como prohibidas de discriminación.

Elaboración propia
Fuente: **Promsex**

¿UNA NUEVA POSIBILIDAD?: EL DECRETO LEGISLATIVO Nº 1323

En el año 2016, en el marco del artículo 104º de la Constitución Política, a través de la Ley Nº 30506, el Congreso de la República delegó facultades al Ejecutivo para legislar en materia Seguridad Ciudadana y otros aspectos. Según la ley autoritativa, en el artículo 2º, numeral 2, literal a), se determinó que el Ejecutivo podría legislar en materia de seguridad ciudadana a fin de:

1. Establecer *precisiones y modificaciones normativas a la legislación penal, procesal penal y de ejecución penal, en particular en lo que respecta a la tipificación de nuevos delitos o agravantes*.

2. Modificar la legislación penal y procesal penal y de ejecución penal con el objeto de revisar la regulación vigente del delito de feminicidio y sus agravantes, la terminación anticipada y la confesión sincera.

3. Modificar la regulación vigente de los beneficios penitenciarios, *para combatir la violencia familiar y la violencia de género*, así como proteger los derechos de las mujeres, niñas y niños, y adolescentes, independientemente del vínculo de parentesco con los agresores y víctimas de dichos delitos.

Entonces, en cumplimiento de dichas facultades, el 5 de enero de 2017, mediante el Decreto Legislativo Nº 1323 *que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género,* el Ejecutivo modificó los artículos 46º (circunstancias de atenuación y agravación) y 323º (delito de discriminación) del Código Penal, con el objeto de sancionar la violencia de género basada en la orientación sexual e identidad de género de las personas, categorías que hasta el momento no contaban con reconocimiento legislativo debido a la

oposición de grupos fundamentalistas políticos y de sociedad civil que históricamente se han opuesto al reconocimiento de los estándares constitucionales y convencionales en la materia. Así, los artículos fueron modificados de la siguiente manera:

ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL ANTES DEL DECRETO LEGISLATIVO 1323	MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL DECRETO LEGISLATIVO 1323
Artículo 46º.- Circunstancias de atenuación y agravación (...) 2. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: (...) d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación.	**Artículo 46º.- Circunstancias de atenuación y agravación** (...) 2. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: (...) d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales como el origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole.
Artículo 323º.- Discriminación e incitación a la discriminación El que, por sí o mediante terceros, discrimina a una o más personas o grupo de personas, o incita o promueve en forma pública actos discriminatorios, por motivo racial, religioso, sexual, de factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión política o de cualquier índole, o condición económica, con el objeto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años , ni mayor de tres o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas. Si el agente es funcionario o servidor público, la pena será no menor de dos, ni mayor de cuatro años e inhabilitación, conforme al numeral 2 del artículo 36º. La misma pena privativa de libertad señalada en el párrafo anterior se impondrá si la discriminación, la incitación o promoción de actos discriminatorios se ha materializado mediante actos de violencia física o mental, o a través de internet u otro medio análogo.	**Artículo 323º.- Discriminación e incitación a la discriminación** El que, por sí o mediante terceros, **realiza actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas reconocido en la ley, la Constitución o en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte,** basados en motivos raciales, religiosos, nacionalidad, edad, sexo, ***orientación sexual, identidad de género*****,** idioma, identidad étnica o cultural, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, discapacidad, condición de salud, factor genético, filiación, o cualquier otro motivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas. Si el agente actúa en su calidad de servidor civil, o se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental, a través de internet u otro medio análogo, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años *e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36.* (Resaltado y cursivado nuestro).

Elaboración propia
Fuente: Promsex

BATALLA POLÍTICA SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGBT: EL CONTROL PARLAMENTARIO DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 1323

Al ser los decretos legislativos la concreción de una facultad delegada del Congreso de la República al Poder Ejecutivo, estos deben cumplir los requisitos de fondo y de forma determinados en el artículo 104º de la Constitución y el artículo 90º del Reglamento del Congreso[207]. Los requisitos de fondo, cuyo cumplimiento debe ser examinado *ex post* por la Comisión de Constitución y Reglamento, son principalmente dos: i) los decretos legislativos no deben contravenir a la Constitución Política y ii) no deben exceder el marco de la delegación de facultades otorgado por el Congreso. Si se incumple alguno de estos requisitos, la Comisión puede recomendar su derogación o modificación para subsanar el exceso o la contravención a la Constitución.

Bajo ese marco normativo, la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, por primera vez, dio inicio al control parlamentario de decretos legislativos, siendo que el Decreto Legislativo Nº 1323 generó mayor debate debido al reconocimiento de categorías como la orientación sexual e identidad de género, las cuales, finalmente, se recomendó eliminar. Es por ello que se hace necesaria una reflexión al respecto.

[207] Artículo 90º.- El Congreso ejerce control sobre los Decretos Legislativos que expide el Presidente de la República en uso de las facultades legislativas a que se refiere el artículo 104º de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas:
a) El Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de los decretos legislativos que dicta en uso de las facultades legislativas, dentro de los tres días posteriores a su publicación.
b) Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto legislativo y a más tardar el primer día útil siguiente, el Presidente del Congreso envía el expediente a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso o a la que señale la ley autoritativa, para su estudio.
c) La Comisión informante presenta dictamen, obligatoriamente, en un plazo no mayor de 10 días. En el caso que el o los decretos legislativos contravengan la Constitución Política o excedan el marco de la delegación de facultades otorgado por el Congreso, recomienda su derogación o su modificación para subsanar el exceso o la contravención, sin perjuicio de la responsabilidad política de los miembros del Consejo de Ministros.

a) ¿El Decreto Legislativo 1323 contraviene a la Constitución Política por incluir la orientación sexual e identidad de género como categorías prohibidas de discriminación?

No. El artículo 2º de la Constitución peruana señala expresamente que "nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica *o de cualquiera otra índole*", siendo que el término "cualquier otra índole" *fue incluido para incorporar a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas.* En ese sentido, el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional[208], órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad en nuestro país, estableció que tanto la orientación sexual como la identidad de género son categorías comprendidas y amparadas por el texto constitucional. Sus sendos pronunciamientos, desde el año 2004, han dejado prescrito lo siguiente:

> "[...] El respeto por la persona se convierte en el que debe informar toda actuación estatal. Para tales efectos, *la Constitución peruana no distingue a las personas por su opción y preferencias sexuales*; tampoco en función del sexo que pudieran tener. Se respeta la dignidad de la persona"[209] (Cursivado nuestro).

> "La permisión de la visita íntima *no debe sujetarse a ningún tipo de discriminación, ni siquiera aquellas que se fundamenten en la orientación sexual de las personas* [...]"[210] (Cursivado nuestro).

> [...] *existe un derecho a la identidad de género, el cual forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal.* [...] La forma en que (las personas) decide(n) no seguir los patrones convencionales que, dentro de las prácticas sociales, permiten identificar a una persona como "hombre" o "mujer", es, ineludiblemente, un aspecto esencial de la manera en que ha decidido desarrollar su vida, y que, en ese sentido**,** *merece tutela constitucional al formar parte de su identidad*[211] (Cursivado nuestro).

Asimismo, la Corte IDH ha manifestado en varias sentencias que *la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos*[212 y 213], y que pese a que el Estado peruano no ha sido parte de esas controversias tiene la obligación de interpretar y aplicar los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y lo

[208] Al Tribunal Constitucional se le ha confiado la defensa del principio de supremacía constitucional, es decir, como supremo intérprete de la Constitución, cuida que las leyes, los órganos del Estado y los particulares, no vulneren lo dispuesto por ella. Interviene para restablecer el respeto de la Constitución en general y de los derechos constitucionales en particular.
[209] República del Perú. Tribunal constitucional. STC Expediente Nº 2868-2004 AI/TC, p. 23.
[210] República del Perú. Tribunal constitucional. STC Expediente Nº 01575-2007-PHC/TC, p. 28.
[211] República del Perú. Tribunal constitucional. STC Expediente Nº 06040-2015-PA/TC, FJ 14.
[212] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C Nº 239, párr. 91.
[213] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C Nº 310, párr. 104.

sentenciado por los tribunales internacionales de los que el Estado peruano ha aceptado su jurisdicción. En esa medida, en el caso Karen Atala Riffo e hijas vs. Chile, la Corte IDH concluye que en tanto se prohíbe la discriminación por orientación sexual e identidad de género, los Estados debieran adoptar dicha interpretación en su Derecho interno, inclusive en el marco jurídico penal:

> Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas [...] *la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona***.** En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual[214] (Cursivado nuestro).

Así también, en la última Opinión Consultiva OC-24/17, la Corte IDH reitera la garantía de protección de las categorías de orientación sexual e identidad de género por la Convención Americana de Derechos Humanos; incluyendo, por primera vez, la expresión de género en este listado[215].

Es por ello, que *en la labor legislativa, tanto el poder Ejecutivo como el Legislativo no podrían pretender derogar las sanciones penales frente a la violencia y discriminación basándose únicamente en la orientación sexual o identidad de género no normativa de las personas que pudieran verse protegidas por dichas normas penales; pues su inclusión es obligatoria en atención al control de constitucionalidad y convencionalidad, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo V del Código Procesal Constitucional[216] y la Cuarta Disposición Final y Transitoria[217] de la Constitución;* que establecen que los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los pronunciamientos emitidos por los tribunales internacionales de protección de derechos humanos, como la Corte IDH.

[214] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C Nº 239, párr. 91.
[215] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 24-2017 solicitada por La Republica de Costa Rica. Identidad de Género, e Igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. 24 de noviembre de 2017, párr.78.
[216] Código Procesal Constitucional. 2004. Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales:
El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.
[217] Cuarta.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

b) ¿El Decreto Legislativo Nº 1323 excede el marco de la delegación de facultades otorgada por el Congreso?

No. Como se mencionó, la ley autoritativa facultó al Ejecutivo a modificar la legislación penal y procesal penal y de ejecución penal para combatir la violencia de género y la violencia familiar, las cuales también pueden ser motivadas por la orientación sexual y/o expresión e identidad de género no normativa de las víctimas. De tal manera que constituirían una forma de *violencia de género* aquellas "agresiones impulsadas por el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género"[218], incluyendo a "aquellas identidades, expresiones, comportamientos o cuerpos que difieren de las normas y roles de género tradicionales, o que son contrarias al sistema binario hombre/mujer"[219].

Asimismo, a nivel nacional, el documento elaborado por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), denominado "Violencia basada en género. Marco conceptual para las políticas públicas y la acción del Estado" enfatiza que, "*si bien se tiende a identificar la violencia contra la mujer con violencia de género, no son sinónimos y,* más bien*, la violencia contra la mujer está incluida en la violencia de género, que además incluye, entre otros, a la violencia por prejuicio (hacia las personas LGBTI)*"[220]. Debiendo entenderse esta última como el "rechazo, repudio, prejuicio o discriminación hacia (quienes) contravienen el sistema binario con prácticas sexuales, corporales y de género diversas"[221]. Concepto que además ha sido recogido en el Plan Nacional contra la Violencia de Género 2016 – 2021[222]. En el citado documento, además, el MIMP se adscribe a lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre el entendimiento de la violencia por prejuicio:

> La violencia por prejuicio es un concepto que apunta a una comprensión de la violencia como un fenómeno social, en contraposición con la violencia entendida como un hecho aislado. Los crímenes por prejuicio constituyen racionalizaciones o justificaciones de reacciones negativas, por ejemplo, *frente a expresiones de orientaciones sexuales o identidades de género no normativas.* Tal violencia requiere de un contexto y una

[218] Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, A/HRC/19/41. 17 de noviembre de 2011, párr. 20. Véase también: ONU, Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/56/156, 3 de julio de 2001, párr. 17.

[219] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex* en América. OAS. Documentos oficiales. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2. Doc.36. 2015. párr. 25.

[220] República del Perú. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP). *Violencia basada en género. Marco conceptual para las políticas públicas y la acción del Estado.* 2016, p. 11. En: <http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgcvg/mimp-marco-conceptual-violencia-basada-en-genero.pdf>

[221] *Ibíd.*, p. 47.

[222] Dicho Plan señala que se debe entender por Violencia de Género a cualquier acción o conducta, basada en el género y agravada por la discriminación proveniente de la coexistencia de diversas identidades (raza, clase, edad, pertenencia étnica, entre otras), que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a una persona, tanto en el ámbito público como en el privado. Se trata de aquella violencia que ocurre en un contexto de desigualdad sistemática que remite a una situación estructural y a un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades de todas las sociedades y que se apoya en concepciones referentes a la inferioridad y subordinación basadas en la discriminación por sexo-género. (Revisar Anexo 1. Glosario de términos)

> complicidad social, se dirige hacia grupos sociales específicos, tales como las personas LGBT y tiene un impacto simbólico[223] (Cursivado nuestro).

A su vez, el MIMP sostiene que:

> En el ámbito de las familias, que se conciben como el lugar más seguro para cualquier persona, se producen situaciones de discriminación y violencia frente a los integrantes que muestran una orientación sexual o identidad de género diferente (violencia por prejuicio) que califica como violencia familiar que afectan el pleno ejercicio y disfrute de los derechos humanos de los integrantes de una familia y que a menudo se fundamenta en razones de índole religiosa o cultural[224]

Por ello, el Decreto Legislativo 1323 no excede las facultades otorgadas por el Congreso, pues por un lado, el objeto del mismo era modificar la legislación penal de manera efectiva en materia de violencia de género y violencia familiar, las cuales contemplan la violencia por orientación sexual y/o expresión e identidad de género. Por otro lado, dichos conceptos han sido —anteriormente— desarrollados y reconocidos por el propio Estado peruano como un problema a solucionar, elaborando políticas públicas que contrarresten la violencia dirigida a grupos que viven con una orientación sexual y/o expresión e identidad de género que difiere de lo normativo.

c) Cuestionamiento a la discriminación institucional: ¿Debía el Congreso proponer la derogación parcial de las modificaciones realizadas al Código Penal?

A partir de lo anteriormente expuesto concluimos que no debiera haberse propuesto la derogación parcial del Decreto Legislativo 1323 por señalar que la mención a la orientación sexual y/o expresión e identidad de género vulneraban la Constitución Política. En los casos Karen Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Ángel Alberto Duque vs. Colombia[225] y Flor Freire vs. Ecuador[226], todos resueltos por la Corte IDH, no solo se estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término "otra condición social" del artículo 1.1 de la misma, sino que, también, se enfatizó en que "la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido"[227].

[223] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Óp. cit.*, p. 47.
[224] República del Perú. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP). *Óp. cit.*, p. 46
[225] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C Nº 310.
[226] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Flor Freire vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016, p. 118.
[227] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo* y Niñas *vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C Nº 239, párr. 92.

En ese sentido, la propuesta realizada por la Comisión de Constitución y Reglamento, para derogar parcialmente las modificaciones realizadas al Código Penal por el Decreto Legislativo 1323, que como se ha señalado, no hacen más que armonizar la legislación penal interna con los estándares en materia de protección de los derechos de las personas LGBT; no se podría sustentar en argumentos jurídicos sin que sean contrarios al Derecho Constitucional o Internacional de los Derechos Humanos. De hecho, conforme al artículo 1.1 de la CADH, es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención.

Esta situación en el país demuestra una vez más que las decisiones adoptadas en espacios democráticos no pueden calificarse per se acordes al derecho constitucional e Internacional de los derechos humanos. La legitimación de determinados hechos o actos (como la derogación, modificación de una norma o su aprobación) en una sociedad democrática está limitada por las normas y obligaciones internacionales reconocidas en tratados como la CADH, por lo que "la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad" que es función y tarea de cualquier autoridad pública (incluido el legislador)"[228]. Siendo así, la propuesta de derogación parcial implica incluso el incumplimiento de la obligación del Estado (consagrada en el artículo 2º de la Convención Americana) de adecuar su derecho interno a los estándares internacionales sobre la protección de derechos humanos de las personas LGBT[229].

Asimismo, debe considerarse que, el Tribunal Constitucional[230], según sus propios criterios, determinó que el derecho/principio a la igualdad y no discriminación en sus dos dimensiones —formal y material—, imponen exigencias al legislador. Así, en su dimensión formal, este derecho impone una exigencia al legislador para que este no realice diferencias injustificadas[231]. En este sentido, proveer de protección frente a la violencia y discriminación basada en categorías como raza, etnia, condición social, religión, etc. y, dejar por fuera a la orientación sexual e identidad de género, existiendo evidencia de tratos discriminatorios en razón de dichas categorías hacia las personas LGBT, constituye un incumplimiento a la exigencia formal que el derecho a la igualdad impone constitucionalmente al legislador, según el Tribunal Constitucional.

Asimismo, según el Tribunal, en su dimensión material, "el derecho de igualdad supone [...] además, una exigencia positiva por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, *per se*, desiguales"[232]. En ese sentido, la exigencia positiva que el derecho a la igualdad impone, para garantizar los derechos de las personas LGBT, se ve concretada en las modificaciones a la norma penal incluidas por el Decreto Legislativo 1323 con la incorporación

[228] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo, Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 139.
[229] *Ibíd.*, párr. 240.
[230] República del Perú. Tribunal Constitucional. STC Expediente Nº 0606-2004-AA/TC. Caso Víctor Manuel Otoya Petit, de fecha 30 de septiembre de 2003. párrs. 10 y 11.
[231] *Ibíd.*, párr. 11.
[232] *Ibíd.*

de la orientación sexual e identidad de género como categorías prohibidas de discriminación. Lo cual, además, exige su no derogación parcial por el Congreso.

4. ¿EL ESTADO PUEDE SER RESPONSABLE INTERNACIONALMENTE POR LA DEROGACIÓN PARCIAL DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 1323?

Sí. Además de que ello en sí mismo constituye un acto discriminatorio, debe considerarse lo siguiente: el Relator Especial de ONU sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, insistió en *que los Estados no cumplen con su deber de prevenir dichas agresiones "cuando sus leyes, políticas o prácticas perpetúan nocivos estereotipos de género permitiendo o autorizando, explícita o implícitamente, que se cometan impunemente actos prohibidos"*[233] *e indicó que*, "*tanto la indiferencia como la inacción del Estado constituyen una forma de incitación y/o de autorización de tales hechos*"[234], lo cual, evidentemente, se manifiesta en las omisiones legislativas para sancionar la violencia por prejuicio (por medio de tipos penales autónomos o agravantes), la discriminación y su incitación motivada por la orientación sexual o identidad de género no normativa.

Asimismo, señaló que "cuando el Estado tenga conocimiento de la existencia de un patrón de violencia o la actuación de agentes no estatales contra determinados grupos, también está obligado a actuar con la debida diligencia para controlar y examinar los datos, informarse de las tendencias existentes y responder apropiadamente"[235], adoptando medidas de todo tipo, inclusive en el ámbito penal. Es en ese contexto que, la reciente inclusión de las categorías de orientación sexual e identidad de género, tanto en las agravantes como en la tipificación del delito de discriminación prevista en el Código Penal, responden a las obligaciones internacionales del Estado peruano.

Es más, según los estándares de la Corte IDH sobre la debida diligencia para la prevención de la violencia, "un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular [...], puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención"[236]. Lo que sucede cuando no se sanciona la violencia y discriminación

[233] Informe del Relator Especial, Juan E. Méndez, sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de fecha 5 de enero de 2016. A/HRC/31/57. El Relator Especial evalúa la aplicabilidad de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el derecho internacional a las experiencias propias de las mujeres, las niñas y las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales. Párr. 10.
[234] *Ibid.*, párr. 11
[235] *Ibid.*
[236] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Fondo, párr. 172.

hacia las personas LGBT, pues "el deber de prevención abarca todas aquellas medidas [...] que aseguren que las eventuales violaciones a los (DDHH) sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales"[237].

Cabe señalar que, si bien el deber de prevenir la violencia con la debida diligencia es una obligación de medio o comportamiento y no se incumple por el solo hecho de haber ocurrido un hecho violento[238], sí se incumple cuando los Estados no adoptan medidas integrales como un adecuado marco jurídico de protección; con una aplicación efectiva que permita actuar de manera eficaz ante las denuncias, la prevención de factores de riesgo y el fortalecimiento de las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a estos casos[239]. Todo lo cual aún es un pendiente del Estado peruano hacia las personas LGBT.

5. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 1323 DESDE EL EJECUTIVO

Debido a que el Pleno del Congreso aprobó la propuesta de derogación parcial del artículo 1º del Decreto Legislativo Nº 1323, con la finalidad de eliminar las modificaciones realizadas al Código Penal que incluían las categorías de orientación sexual e identidad de género, el Ejecutivo observó la Autógrafa de Ley remitida por el Legislativo[240], por no estar de acuerdo con la propuesta; bajo los siguientes argumentos:

a) Las modificaciones realizadas al artículo 46º y 323º del Código Penal se encuentran en el marco de la lucha contra la seguridad ciudadana y guardan directa relación con el propósito de combatir la violencia familiar y de género.

b) El feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género restringen, anulan o menoscaban el ejercicio de derechos fundamentales como la igualdad o el derecho a vivir en un ambiente libre de todo tipo de violencia, entre otros aspectos, que establecen obligaciones de protección hacia el Estado.

c) Entre las múltiples causas que generan el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género, las conductas discriminatorias ocupan un sitial expectante. Efectivamente,

[237] *Ibid.*, párr. 175.
[238] *Ibid.*, párr. 252 y *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, párr. 166.
[239] *Ibid.*, párr. 258.
[240] Observación de la Autógrafa de Ley emitida por el Ejecutivo. En: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Observacion_a_la_Autografa/OBAU0131920170602.pdf >

las desventajas o desigualdades sociales propician el comportamiento de negación o desvaloración de la dignidad de las personas, especialmente de ciertos grupos sociales.

d) Al incorporar como materias delegadas los conceptos de violencia familiar y de género, la Ley Autoritativa no se circunscribió solo a la protección de las mujeres. Pretender desconocer ello constituiría una flagrante vulneración al principio constitucional de igualdad y no discriminación.

Pese a ello, cuando dicha Observación se envió al Congreso para su respectivo estudio y pronunciamiento, la Comisión de Constitución y Reglamento volvió a emitir un Dictamen, aprobado por mayoría, insistiéndose en la derogación parcial del artículo 1º del Decreto Legislativo Nº 1323[241], señalando lo siguiente:

a) Que cuando se hace referencia a la violencia de género, la misma solo puede entenderse como violencia hacia la mujer o al sexo femenino, no pudiendo admitirse una interpretación extensiva al respecto.
b) La introducción de conceptos absolutamente novedosos (como orientación sexual e identidad de género) necesitan un debate público que no solo involucre al Congreso de la República, sino también a la sociedad; debido a que se trata de un tema que genera controversia.

[241] El dictamen puede revisarse en: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/01319DC04MAY20170628.pdf>

c) No se puede desconocer que la tutela de derechos de las personas, como el derecho a la igualdad, no puede circunscribirse a enfoques específicos o listados limitados (refiriéndose al listado realizado por el Ejecutivo sobre las categorías prohibidas de discriminación), sino que debe comprender a toda la población.

6. PREOCUPACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS FRENTE A LA INMINENTE DEROGACIÓN PARCIAL DEL ARTÍCULO 1º DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 1323

Mediante una comunicación, de fecha 10 de abril de 2017, enviada al Estado peruano por el Experto Independiente de Naciones Unidas sobre violencia y discriminación por orientación sexual e identidad de género, relativa al Decreto Legislativo 1323, se señaló al Gobierno lo siguiente:

> A este respecto, solicito tenga a bien informar sobre el estado actual del Decreto Legislativo Nº 1323 y explicar cómo su derogación impactaría en el cumplimiento del Perú de sus obligaciones bajo el marco legal internacional del derecho de los derechos humanos, [...].
> Adicionalmente, apreciaría que su Gobierno me pudiera informar sobre cualquier medida legislativa o políticas públicas adoptadas o previstas para proteger a las personas LGTBI de la violencia y discriminación.
> Agradeceré al Gobierno de Su Excelencia que transmita la presente carta a los miembros interesados del Congreso Peruano [...].

Sin embargo, pese a que la comunicación fue enviada a inicios del año 2017, la misma no ha sido respondida por el Gobierno y no se tiene conocimiento de que haya sido remitida al Congreso de la República, como se solicitó. Cabe destacar que la situación del DL 1323 en el legislativo ha adquirido absoluta relevancia para el sistema universal de protección de derechos humanos, pues en la comunicación el Experto señaló:

> Tengo la intención de expresar públicamente mis preocupaciones en un futuro cercano, [...]. El comunicado de prensa indicará que he estado en contacto con el Gobierno de Su Excelencia para aclarar las cuestiones relevantes. Garantizo que la respuesta del Gobierno de Su Excelencia será incluida en el informe que presentaré al Consejo de Derechos Humanos.

7. ¿NUEVAS POSIBILIDADES Y AMENAZAS?: PROYECTOS DE LEY QUE SURGIERON EN EL MARCO DEL DEBATE RELATIVO A LA DEROGACIÓN PARCIAL DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 1323

Para finalizar, este numeral menciona en detalle las proposiciones legislativas actuales sobre la materia. Cabe señalar que las siguientes propuestas, bajo la mirada de la igualdad desde un enfoque estructural, no resultan adecuadas a este modelo y continuarían limitando la visión de igualdad, como no discriminación, entendida como trato diferenciado y no como una fórmula para proteger a un grupo de personas específico sometido socialmente. Así también, si se llegara a derogar el artículo 1º del Decreto Legislativo Nº 1323, el Congreso de la República tiene la oportunidad de implementar la Opinión Consultiva OC 24/2017 de la Corte IDH y adecuar la legislación interna a los estándares que esta plantea en la discusión congresal, pues existen tres proyectos de ley que persiguen este objetivo.

El Estado peruano no puede eludir su "deber especial de protección que [...] debe ejercer con respeto a las actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias"[242], respecto a la garantía del derecho a la igualdad de las personas LGBT.

[242] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24-2017, solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de Género, e Igualdad y No Discriminación a parejas del mismo sexo. 24 de noviembre de 2017, párr. 65.

PROYECTO DE LEY	PL Nº 1199/2017-CR (PROPONENTE: CONGRESISTA NELLY CUADROS)	PL Nº 1209/2016-CR (PROPONENTES: CONGRESISTAS MIGUEL CASTRO GRANDEZ Y LEYLA CHIHUÁN)	PL Nº 1378/2016-CR (PROPONENTES: CONGRESISTAS INDIRA HUILCA, MARISA GLAVE, ALBERTO DE BELAUNDE Y CARLOS BRUCE)
Fecha de presentación	06/04/2017	11/04/2017	12/05/2017
Propuesta legislativa	Modificación del artículo 323º (que tipifica el delito de discriminación e incitación a la discriminación) del Código Penal.	Modificación del artículo 46º —agravantes de la pena— y del 323º —delito de discriminación e incitación a la discriminación— del Código Penal.	La ley tiene como objetivo fortalecer la lucha contra los crímenes de odio y la discriminación, mediante la modificación de los artículos 22º y 323º del Código Penal, y el artículo 37º del Código Procesal Constitucional. Así como la Incorporación del artículo 46-f.
Observaciones generales	Entiende la discriminación como todo acto de distinguir, excluir, restringir o preferir que anula o menoscaba el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas. Propone no incluir ninguna mención a las categorías de orientación sexual e identidad de género.	Propone sancionar los "crímenes de odio" mediante una agravante (artículo 46º) al incluir el móvil de intolerancia o discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género (como categorías genéricas). En la tipificación del delito de discriminación (artículo 323º) no se señala qué se entiende como discriminación, pero se enfatiza que constituye delito todo acto de discriminación por motivos como la orientación sexual e identidad de género (como categorías genéricas).	Propone sancionar, mediante una agravante, los crímenes de odio con la incorporación de un nuevo artículo (art. 46-f) al Código Penal incluyéndose el móvil de discriminación por orientación sexual e identidad de género (como categorías genéricas). Se tipifica el delito de discriminación como todo acto de distinguir, excluir, restringir o preferir. Asimismo, se incluye los motivos de orientación sexual e identidad de género (como categorías genéricas).

→

→

PROYECTO DE LEY	PL Nº 1199/2017-CR (PROPONENTE: CONGRESISTA NELLY CUADROS)	PL Nº 1209/2016-CR (PROPONENTES: CONGRESISTAS MIGUEL CASTRO GRANDEZ Y LEYLA CHIHUÁN)	PL Nº 1378/2016-CR (PROPONENTES: CONGRESISTAS INDIRA HUILCA, MARISA GLAVE, ALBERTO DE BELAUNDE Y CARLOS BRUCE)
Otras modificaciones planteadas en los proyectos de ley			**Modificación del artículo 22º sobre Responsabilidad restringida por la edad:** "Podrá reducirse prudencialmente la pena [...] cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción [...]. Está excluido el agente [...] que haya incurrido en delito [...] **agravado por móvil discriminatorio"** (resaltado nuestro). **Modificación del Código Procesal Constitucional:** Artículo 37º.- El amparo procede en defensa de los siguientes derechos: De igualdad y de no ser discriminado por motivos raciales, religiosos, [...] orientación sexual, **identidad de género**, [...] o cualquier otro motivo. **Modificación de la Ley 29571, Código de protección y defensa del consumidor,** estableciendo la prohibición de discriminación de consumidores por motivos raciales, religioso, [...] **orientación sexual, identidad de género, etc**. **Modificación del artículo 2º de la Ley 26772,** que dispone que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no podrá contener requisitos que constituyen discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato por orientación sexual, identidad de género, [...] o cualquier otro motivo. **Modificación del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, Texto único ordenado del Decreto Legislativo Nº 728,** estableciendo que es nulo el despido que tenga por motivo: [...] d) La discriminación por causas raciales, religiosas, nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, [...] o cualquier otro.

Elaboración propia
Fuente: Congreso de la República

8. REFLEXIONES FINALES

- La razón por la que el Perú es uno de últimos países en lograr marcos normativos de protección para las personas LGBT da cuenta de la situación de exclusión estructural en la que estas se encuentran. Pues estos grupos no solo deben hacer frente al prejuicio social permitido, sino que también deben construir sus vidas al margen de la protección jurídica debido a la indiferencia del Estado. En este contexto, el extenso debate de derogatoria del artículo 1º del Decreto Legislativo 1323 es una de las muestras más evidentes de desigualdad institucionalizada, pues no solo es un retroceso jurídico en el reconocimiento de protección frente a los crímenes motivados en prejuicios contra las personas LGBT, también refuerza el sometimiento social que viven estos grupos.

- Ha quedado claro que el Congreso de la República tiene la obligación constitucional y convencional de adoptar todas las medidas que sean necesarias a fin de garantizar el derecho a la igualdad de las personas LGBT. Traduciéndose esta obligación, en este caso, a generar sanciones adecuadas a los crímenes motivados en prejuicios respecto a las orientaciones sexuales e identidades de género no normativas.

- Si el Congreso de la República decide por insistencia derogar el artículo 1º del Decreto Legislativo 1323, supondría una vulneración grosera de la Constitución Política del Perú, así como de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Sobre todo, en el marco del control de convencionalidad legislativo, pues conforme a ello los legisladores y legisladoras deben realizar todos los esfuerzos para generar marcos normativos de protección y atención hacia las personas LGBT. La Corte IDH ha sido clara en la última Opinión Consultiva al determinar que los Estados tiene la obligación de revertir situaciones de desigualdad de las personas LGBT.

2.2.2

LA "ERRADICACIÓN" DE HOMOSEXUALES Y PERSONAS TRANS: ANÁLISIS DE LOS PLANES DE SEGURIDAD CIUDADANA DE LIMA METROPOLITANA Y SUS DISTRITOS

GABRIELA J. OPORTO PATRONI [243]

1. REFLEXIONES PRELIMINARES

En el presente trabajo se presentan los resultados de haber revisado el contenido de cuarenta y cuatro (44) planes de seguridad ciudadana, de Lima Metropolitana y sus distritos; se establece cuántos de ellos incluyen información sobre la erradicación de "travestis" y "homosexuales", y se exponen los problemas que esto conlleva, en tanto se trata de una forma de homotransfobia institucionalizada.

El interés por conocer los alcances de la inclusión de estas categorías (u otras análogas) en los indicadores sobre la seguridad ciudadana de los planes de varios distritos nace porque este dato, por sí solo, evidencia lo arraigadas que se encuentran la homofobia y la transfobia en las instituciones del Estado. Más aún si recordamos que estas instituciones son las primeras obligadas a garantizar los derechos fundamentales de las personas; en especial, de aquellos grupos históricamente discriminados, como son las personas con orientación sexual o identidad de género distinta a la hegemónica.

[243] Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Especialista en género y diversidades sexuales por la Universidad Complutense de Madrid, la Universidad Nacional Tres de Febrero, la Universidad Nacional La Plata y la UNMSM. Miembro de la Red de Asesores Legales en Derechos Humanos LGBT y VIH/Sida. Coordinadora ejecutiva de Actualidad Jurídica.

Para abordar en forma ordenada los temas que implica la fórmula "erradicación de homosexuales y travestis" (o fórmulas análogas) en planes de seguridad ciudadana, primero revisaremos el diseño legal del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, luego estableceremos cuántos planes tienen datos referidos a la orientación sexual o la identidad de género de las personas y, finalmente, presentamos un análisis crítico de la legislación sobre el Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana y de la inclusión de datos sobre la "erradicación de homosexuales y travestis".

2. EL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD CIUDADANA

¿QUÉ ES LA SEGURIDAD CIUDADANA?

Interesa determinar qué concepto de *seguridad ciudadana* existe en nuestro país sobre la base de la normativa respectiva, con la finalidad de entender los elementos que la integran Así, conocer si existe relación entre este concepto jurídico y el indicador bajo análisis (esto es, la "erradicación de homosexuales y travestis").

En primer lugar, debe mencionarse que la Ley Nº 27933, Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, define la seguridad ciudadana como la acción integrada que desarrolla el Estado, con la colaboración de la ciudadanía, destinada a asegurar su convivencia pacífica, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, y a contribuir con la prevención de delitos y faltas (art. 2º).

Por su parte, el Reglamento de la Ley Nº 27933, Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, aprobado por el Decreto Supremo Nº 011-2014-IN, en su artículo 3º, literal a, señala lo siguiente respecto a la seguridad ciudadana:

> Es la acción integrada, multisectorial e intergubernamental, con base territorial y articulada que desarrolla el Estado, con la colaboración de la ciudadanía, con la finalidad de asegurar su protección y convivencia pacífica a través de la prevención, control y erradicación de la violencia, delitos, faltas y contravenciones; así como la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, la rehabilitación y restauración social y la atención a las víctimas.

Finalmente, cabe mencionar que en los "Lineamientos para el diseño y evaluación de políticas de seguridad ciudadana a nivel regional y local", aprobados por la Resolución Ministerial Nº 064-2016-IN-DGSC, la seguridad ciudadana es definida —en iguales términos a los utilizados en el Reglamento de la Ley Nº 27933— como:

> [...] la acción integrada, multisectorial e intergubernamental, con base territorial y articulada que desarrolla el Estado, con la colaboración de la ciudadanía, con la finalidad de asegurar su protección y convivencia pacífica a través de la prevención, control y erradicación de la violencia, delitos, faltas y contravenciones; así como la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, la rehabilitación y restauración social y la atención a las víctimas.

En ese sentido, los elementos del concepto jurídico de seguridad ciudadana son:

- Acción integrada, multisectorial e intergubernamental, con base territorial y articulada que desarrolla el Estado.
- Colaboración de la ciudadanía.
- Busca asegurar la protección y convivencia pacífica a través de la prevención, control y erradicación de la violencia, delitos, faltas y contravenciones, y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos.
- Busca contribuir a la prevención de la comisión de delitos y faltas.
- Busca la rehabilitación y restauración social y la atención a las víctimas.

En función a ello, se puede afirmar que las conductas que la seguridad ciudadana busca prevenir y, eventualmente, eliminar, son las que constituyen delitos, faltas o contravenciones (sea que estas últimas se consideren en el sentido de "infracción de leyes penales por menores de edad" o de "infracciones a normas administrativas"[244]).

LAS COMPETENCIAS DE LOS GOBIERNOS LOCALES EN MATERIA DE SEGURIDAD CIUDADANA

Según el artículo 194º de la Constitución, los gobiernos locales (municipalidades provinciales y distritales) tienen *autonomía* política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que esta no es sinónimo de *autarquía* y que, por lo tanto, no pueden ejercer sus funciones de forma separada, ni parcial ni totalmente, de las políticas nacionales ni de las normas vigentes en todo el territorio nacional[245].

Al desarrollar las funciones específicas de los gobiernos locales, la Ley Nº 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, señala que estos asumen competencias compartidas en materia de seguridad ciudadana (art. 73º, inc. 2, num. 2.5), de acuerdo con la Ley Nº 27783, Ley de Bases de la Descentralización (art. 43º, lit. e).

[244] Esta polisemia de la palabra "contravención" para el Derecho era advertida ya por Guillermo Cabanellas en: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo II, vigésimo primera edición revisada, actualizada y ampliada, Heliasta, Buenos Aires, 1989, p. 360.
[245] Ver, por todas, la STC Expediente Nº 00010-2003-AI/TC, fj. 5.

YEFRI PEÑA,
FUE TORTURADA POR SER UNA PERSONAS TRANS. SIGUE ESPERANDO JUSTICIA

Así, conforme a la Ley Orgánica de Municipalidades, las municipalidades distritales tienen las funciones específicas y exclusivas de organizar un servicio de serenazgo, según sea conveniente y de acuerdo con las normas establecidas por la municipalidad provincial respectiva (art. 85º, inc. 3, num. 3.1). Para esta norma, la Municipalidad Metropolitana de Lima cuenta con funciones especiales, entre las que se encuentra la de crear, normar, dirigir y controlar el Sistema Metropolitano de Seguridad Ciudadana (art. 161º, inc. 8). Además, el Consejo Metropolitano tiene, entre otras atribuciones, las de: (1) aprobar las normas reguladoras del desarrollo del Sistema Metropolitano de Seguridad Ciudadana; (2) aprobar planes y programas metropolitanos en materia de seguridad ciudadana; (3) aprobar el Sistema Metropolitano de Seguridad Ciudadana y crear el Serenazgo Municipal Metropolitano, así como reglamentar su funcionamiento; y, (4) dictar las normas necesarias para brindar el servicio de seguridad ciudadana, con la cooperación de la Policía Nacional, entre otras (art. 157º, incs. 8, 12, 17 y 18, respectivamente).

Del contenido de las normas señaladas, es posible establecer con certeza que tanto la Municipalidad Metropolitana de Lima, como las municipalidades de los distritos que la conforman (así como los municipios provinciales y distritales del país), tienen competencias específicas en materia de seguridad ciudadana.

EL SUSTENTO LEGAL DE LOS PLANES DE SEGURIDAD CIUDADANA Y SUS INDICADORES

Existe un marco legal amplio que regula tanto de forma general el Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana como, de manera específica, las funciones y atribuciones que sus integrantes tienen asignadas. En este apartado, destacamos las normas que se encargan de regular el contenido y la estructura de los planes de seguridad ciudadana que elaboran las municipalidades distritales y la Municipalidad Metropolitana de Lima.

a) La Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana

Para lo que interesa a este informe, de acuerdo con la Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, Ley Nº 27933, los planes de seguridad ciudadana son elaborados, implementados y ejecutados por los comités distritales de seguridad ciudadana (art. 13º). Estos comités tienen, además, la función de estudiar y analizar los problemas de seguridad ciudadana en sus respectivas jurisdicciones (art. 17º) y la atribución de aprobar planes, programas y proyectos de seguridad ciudadana en sus jurisdicciones, según las políticas del Plan Nacional, informando al Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana (art. 18º).

b) El Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Seguridad Nacional

Según el Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, aprobado por el Decreto Supremo Nº 011-2014-IN, el "plan distrital de seguridad ciudadana" es el instrumento de gestión que orienta el quehacer en la materia en el ámbito distrital, con un enfoque de resultados. Contiene un diagnóstico del problema y establece una visión, objetivos estratégicos y específicos, actividades, indicadores, metas y responsables. Este plan se elabora de acuerdo con los objetivos estratégicos contenidos en las políticas nacionales y regionales de carácter multianual, y se ajusta trimestralmente, de acuerdo al análisis del proceso de ejecución y de los resultados obtenidos mediante la aplicación de los respectivos indicadores de desempeño (art. 46º).

La gerencia de seguridad ciudadana de cada municipio distrital es responsable de formular el plan de seguridad ciudadana, el cual está sujeto a evaluación anual. Elaborada la propuesta de plan de seguridad ciudadana, se pone en conocimiento de las instancias de coordinación interinstitucional para su aprobación, buscando el consenso de sus miembros. Además de su aprobación por el comité distrital de Seguridad Ciudadana, el plan deberá ser ratificado por el concejo municipal distrital y provincial (art. 47º).

c) Los lineamientos para la formulación, aprobación, ejecución y evaluación de los planes de seguridad ciudadana

De acuerdo con los "Lineamientos para la formulación, aprobación, ejecución y evaluación de los Planes de Seguridad Ciudadana, Supervisión y Evaluación de los Comités de Seguridad

Ciudadana", aprobados por Resolución Ministerial Nº 010-2015-IN, los planes de seguridad deben tener una estructura determinada[246]; que para ser desarrollada debe tenerse en cuenta las consideraciones y los procedimientos que se detallan en el Anexo 2[247]. Cabe destacar que en ese anexo se indica que el apartado II.B (Diagnóstico. Situación actual de la seguridad ciudadana) debe detallar la información relacionada a la incidencia delictiva de la jurisdicción, sobre delitos, faltas, violencia familiar, accidentes de tránsito y otros indicadores correspondientes al año anterior. Además, se debe consignar el número de casos presentados de los delitos o faltas siguientes: homicidio, homicidio calificado, sicariato, extorsión, microcomercialización de drogas, tenencia ilegal de armas, *aborto,* lesiones, exposición y abandono de personas en peligro, hurto (simple y agravado), robo (simple y agravado), abigeato, estafa, apropiación ilícita, usurpación, *delitos contra la libertad sexual*, omisión a la asistencia familiar, delitos contra la fe pública, falsificación de moneda, faltas contra la persona, faltas contra el patrimonio, violencia familiar, pandillaje pernicioso y otros.

El Anexo 2 también señala que todo plan de seguridad ciudadana debe tener un "mapa del delito" que muestra los sectores, subsectores, cuadrantes y manzanas en los que se reflejan los hechos delictivos que afectan a la población. Asimismo, señala, a la letra, que se debe considerar lo siguiente: puntos críticos de mayor incidencia delictiva contra el patrimonio (hurto, robo, estafa, etc.), lugares de microcomercialización de drogas y tenencia ilegal de armas, *lugares donde se ejerce la prostitución clandestina* o se producen actos contra el pudor público, lugares de mayor incidencia de accidentes de tránsito, lugares donde se presenta pandillaje pernicioso, locales donde se atenta contra la vida, el cuerpo y la salud (homicidio, lesiones, *aborto*), y locales donde se atenta contra la Administración Pública.

3. PLANES QUE INCLUYEN EL INDICADOR DE ERRADICAR "HOMOSEXUALES", "TRAVESTIS" Y "PROSTITUTAS"

Tras revisar los planes distritales de seguridad ciudadana de los cuarenta y tres (43) distritos de Lima Metropolitana, así como el plan del municipio capitalino (es decir, un total de cuarenta y cuatro (44) planes de seguridad ciudadana) correspondientes al año 2017[248], pueden presentarse los siguientes datos:

[246] I. GENERALIDADES. A. Visión. B. Misión. C. Objetivo. D. Base legal. E. Alcance. II. DIAGNÓSTICO. A. Geografía y población. B. Situación actual de la seguridad ciudadana. C. Estadísticas policiales. D. Mapeo de puntos críticos en violencia e inseguridad - "Mapa del Delito". E. Zonas de riesgo en seguridad ciudadana - "Mapa de Riesgo". F. Problemática en el ámbito educativo. G. Problemática en el ámbito de salubridad. H. Otros aspectos a considerar. III. RECURSOS. A. Humanos. B. Logísticos. C. Financieros. IV. PROGRAMACIÓN DE ACTIVIDADES. Visado. Anexos.
[247] En: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2015/Enero/10/RM-010-2015-IN-ANX.pdf>.
[248] Salvo en los casos de Cieneguilla e Independencia, pues los planes disponibles más recientes eran del año 2016.

- 11 planes (el 25 % del total) hacen referencia a la erradicación de "homosexuales" o "travestis": Barranco, Cieneguilla, Comas, La Victoria, Lima Cercado, Lima Metropolitana, San Juan de Lurigancho, San Luis, San Martín de Porres, San Miguel y Santiago de Surco.

- 12 planes (el 27.3% del total) aluden únicamente al ejercicio de la prostitución: Ate (Vitarte), Chaclacayo, El Agustino, Independencia, Lince, Lurigancho (Chosica), Lurín, Miraflores, Puente Piedra, Punta Hermosa, Villa El Salvador y Villa María del Triunfo.

- 4 planes (el 9.1% del total) se refieren a los delitos usualmente asociados con el ejercicio de la prostitución: Breña, Magdalena, Santa Anita y Surquillo.

- 17 planes (el 38.6 % del total) no contiene ninguna referencia a la erradicación de "homosexuales, "prostitutas" o "travestis", ni a los delitos usualmente asociados con el ejercicio de la prostitución: Ancón, Carabayllo, Chorrillos, Jesús María, La Molina, Los Olivos, Pachacámac, Pucusana, Pueblo Libre, Punta Negra, Rímac, San Bartolo, San Borja, San Isidro, San Juan de Miraflores, Santa María del Mar, y Santa Rosa.

DISTRITO	INFORMACIÓN QUE CONTIENE
Barranco	Reporta la erradicación de 6 prostitutas y de 1 "travesti" en 2016.
Cieneguilla	Reporta que, en el año 2015, se erradicó a 1 "meretriz" y a 1 "homosexual".
Comas	Reporta que, en el año 2016, se erradicó a una persona que ejercía la "prostitución masculina".
La Victoria	Reporta la erradicación de 1466 homosexuales en 2014, de 715 en 2015 y de 456 en 2016. Reporta la erradicación de 996 meretrices en 2014, de 784 en 2015 y de 691 en 2016.
Lima Cercado	Reporta 0 intervenciones por "proxenetismo", 39 por "casas de citas clandestinas", 662 por "homosexuales y prostitutas", 26431 por "prostitución femenina" y 14873 por "prostitución masculina (homosexuales y fleteros)" en el año 2016.
Lima Metropolitana	No reporta datos sobre la erradicación de "prostitutas", "homosexuales" ni "travestis". Como estrategia operativa para la prevención de delitos de impacto social, señala la "identificación de los lugares de afluencia para la homosexualidad y prostitución".
San Juan de Lurigancho	No reporta datos sobre la erradicación de "prostitutas", "homosexuales" ni "travestis". Reporta 2 casos de "proxenetismo" en el año 2015 y 2 en el 2016, así como 5 incidencias de serenazgo de "conminación de prostitución" en el 2015 y 1 en 2016 (en este año, la incidencia se describe como "Conminación de prostitución, meretrices-homosexuales).

→

→

DISTRITO	INFORMACIÓN QUE CONTIENE
San Luis	Reporta 6 "erradicaciones de homosexuales" y 1 de meretrices entre enero y octubre de 2016. Señala "prostitución clandestina" como un problema en dos urbanizaciones del distrito.
San Martín de Porres	Reporta 33 "erradicaciones de prostitución de homosexuales en la vía pública" en el año 2016.
San Miguel	Reporta 3 "retiros de prostitución de homosexuales en la vía pública" y 0 de "meretrices" en el año 2016.
Santiago de Surco	No reporta datos sobre la erradicación de "prostitutas", "homosexuales" ni "travestis". En el "mapa del delito" indica que en el Puente Atocongo y en el Óvalo Higuereta "homosexuales y prostitutas" ejercen la prostitución clandestina.

4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS PLANES DE SEGURIDAD CIUDADANA QUE INCLUYEN LA "ERRADICACIÓN DE HOMOSEXUALES Y TRAVESTIS"

LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE JUSTIFICAR SUS ACCIONES CON ARGUMENTOS RAZONABLES

Aunque se entiende que los planes de seguridad ciudadana deben registrar la información relativa a la incidencia de delitos en las jurisdicciones de cada municipio, que los elabora siguiendo la normativa vigente sobre la materia (desde la ley hasta los lineamientos, pasando por las directivas que emita el Sector Interior), también es cierto que los municipios deben ofrecer una justificación razonable de las conductas que incluyen en sus planes, de acuerdo con el principio de *interdicción de la arbitrariedad*. Principio que ha sido definido por nuestro Tribunal Constitucional como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión; lo desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo[249].

En atención a este principio, no puede considerarse explicación suficiente, para incluir una determinada conducta en un plan de seguridad ciudadana, "que la norma lo establece". Por tanto, se convierte en una exigencia de ineludible cumplimiento expresar el razonamiento que conduce a las municipalidades a incluir determinadas conductas en sus planes de seguridad ciudadana.

[249] República del Perú. Tribunal constitucional. STC Expediente Nº 00090-2004-AA/TC, fj. 12.

Lo anterior adquiere especial relevancia cuando se advierte que conductas como el *aborto y la prostitución* se incluyen en los planes de seguridad ciudadana en atención a que los Lineamientos lo indican. En el caso del primero, si bien se trata de una conducta que está sancionada por el Código Penal (salvo en el caso del aborto terapéutico), no se ha encontrado una explicación razonable de qué vínculo existe entre esta conducta y el concepto jurídico de seguridad ciudadana, que ya hemos definido en función a la normativa vigente sobre la materia, ni en los Lineamientos ni en los planes de seguridad ciudadana revisados. En el caso de la prostitución, su inclusión en los plantes de seguridad ciudadana por exigencia de los Lineamientos es arbitraria por dos razones: la primera es que su ejercicio no está sancionado por nuestro Código Penal, por lo que debe entenderse que está permitido (art. 2º, inc. 24, lit. a, de la Constitución); y, la segunda, es que como en el caso del aborto, tampoco hay una explicación razonable de la vinculación que pudiera existir entre el ejercicio de trabajos sexuales y el concepto jurídico de seguridad ciudadana.

Entonces, la inclusión de conductas o categorías en los planes de seguridad ciudadana debe contar con una justificación razonable. Como veremos a continuación, en el caso de las personas con orientación sexual o identidad de género distinta a la hegemónica, ello no solo constituye una actuación arbitraria (y, por lo tanto, inconstitucional), sino que además es una forma en la que el Estado interviene en sus derechos fundamentales e incide en estos negativamente, agravando la situación de discriminación y exclusión a la que se encuentran sometidas históricamente.

LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE GARANTIZAR LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGBT

En el Perú, está prohibida la discriminación sobre la base de la orientación sexual o la identidad de género de las personas[250], a diferencia de otros países como Somalia, Marruecos o Sudán, que sancionan estas manifestaciones de la personalidad[251]. Esto se encuentra, además, expresamente reconocido en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y que forman parte del ordenamiento jurídico, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional[252].

Además, debe recordarse que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por el delito de discriminación (según el art. 323 del Código Penal, según la modificación introducida por el D.L. Nº 1323) y, cuando estas categorías sirven de base para la comisión de cualquier otro delito, debe aplicarse al agente una pena agravada (de acuerdo con el art. 46º del Código Penal, modificado por el D.L. Nº 1323).

[250] Constitución Político del Perú, artículo 2º. De conformidad con la interpretación establecida por el propio Tribunal Constitucional. STC Expediente Nº 06040-2015-PA/TC, caso Romero Saldarriaga, y STC Expediente Nº 00926-2007-PA/TC.
[251] En: <http://ilga.org/downloads/2017/ILGA_WorldMap_SPANISH_Criminalisation_2017.pdf>.
[252] Como el artículo 1.1 de la Convención

Entonces, si ser una persona transexual, por ejemplo, no es delito, y ejercer la prostitución tampoco lo es, la pregunta que surge naturalmente es: ¿por qué los planes de seguridad ciudadana incluyen referencias a la "erradicación de prostitutas, homosexuales y travestis"? El presente trabajo empezó con la revisión del sustento legal de estos planes para comprender el marco normativo bajo el cual se han aprobado, y lo que se encontró es que ni las normas que regulan el Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana ni los planes locales aprobados han sabido explicar por qué incluyen estas u otras fórmulas análogas.

Si se pretende implementar el Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana de forma idónea, es necesario respetar tanto los derechos fundamentales de las personas como los elementos que conforman el concepto jurídico central. Esto incluye limitar la recopilación de datos a conductas que puedan constituir delito o, en todo caso, justificar adecuadamente por qué se registran datos sobre una conducta determinada en función a su vínculo con los elementos que conforman el concepto jurídico de seguridad ciudadana, establecidos en la legislación sobre la materia. Sin embargo, algo que no se puede tolerar es la inclusión de datos referidos a la orientación sexual o la identidad de género de las personas, en tanto son atributos de la identidad individual que cuentan con reconocimiento y protección constitucional en nuestro país.

En este punto debemos recordar que, lamentablemente, el principal agresor de los derechos de las personas LGBT es el Estado, como han reportado extensamente Promsex, la Red Peruana TLGB[253] y la Universidad Cayetano Heredia[254]. Incluso la Defensoría del Pueblo, en su Informe Nº 175, detalló cómo afecta a este sector de la ciudadanía la falta de políticas públicas en materia de igualdad. En un contexto como este, la inclusión de categorías referidas a la orientación sexual o la identidad de género de las personas en los planes de seguridad ciudadana es doblemente peligrosa: por un lado, revela que los funcionarios y trabajadores municipales impiden que el colectivo LGBT disfrute de los espacios públicos por considerar "sospechosa" o, inclusive, "peligrosa" su presencia; y, por otro, alimenta la homotransfobia de la ciudadanía, pues cada municipio presenta a sus habitantes como algo "deseable" o, peor aún, como un "indicador de éxito", la erradicación de las personas LGBT de los espacios públicos.

Entonces, la inclusión de personas LGBT en los planes de seguridad ciudadana evidencia que han ocurrido vulneraciones al derecho a la libertad de tránsito y también, probablemente, a la integridad física. Es conocido que la persecución a mujeres trans que se dedican al trabajo sexual, por ejemplo, incluye violencia física y abuso de autoridad[255]. Esto, definitivamente, constituye no solo una vulneración de derechos fundamentales, sino una transgresión de las

[253] Otsuka, Liurka, Karen Anaya, Alberto Hidalgo y Manuel Forno. *Informe anual sobre derechos humanos de personas trans, lesbianas, gays y bisexuales en el Perú 2015-2016*. Centro de Promoción de los Derechos Sexuales y Reproductivos – Promsex y Trans, Lesbianas, Gays y Bisexuales contra el prejuicio y la discriminación por orientación sexual e identidad de género, Red Peruana TLGB, Lima, 2017.
[254] Centro de Investigación Interdisciplinaria en Sexualidad, Sida y Sociedad e Instituto de Estudios en Salud, Sexualidad y Desarrollo Humano. *Informe anual del Observatorio de Derechos LGBT 2016*. Universidad Peruana Cayetano Heredia, Lima, 2017.
[255] Como informa el programa "Punto final". En: <https://www.youtube.com/watch?v=Fk_4PziKb34>.

obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano respecto a su deber de protección hacia las poblaciones históricamente vulneradas.

OTROS PROBLEMAS RESPECTO A LOS PLANES DE SEGURIDAD CIUDADANA

En la revisión de los planes locales de seguridad ciudadana, se ha identificado que, pese a la existencia de lineamientos para su estructura y contenido, hay algunos problemas adicionales a los ya mencionados.

Ningún plan de seguridad ciudadana define en qué consiste "erradicar" conductas o personas. El análisis realizado en este informe, por ello, se ha basado en el significado de esta palabra según el Diccionario de la Real Academia Española. Además, no todos los planes analizados siguen la estructura diseñada por los Lineamientos ni respetan el contenido que deberían incluir, lo que hace difícil ubicar la información.

Los planes tienen información que brindan tanto las comisarías como el serenazgo. La primera informa en función a los delitos que prevé el Código Penal, mientras que el segundo organiza sus datos en función a las conductas que considera necesario erradicar.

Finalmente, algunos planes incorporan datos sobre "otros" delitos, sin especificar qué conductas se incluyen en este grupo.

5. REFLEXIONES FINALES

No se puede dudar de que es válida la asignación de funciones en materia de seguridad ciudadana a los municipios distritales y a la Municipalidad Metropolitana de Lima. Tanto la Constitución como las leyes de desarrollo (Ley Orgánica de Municipalidades, Ley de Bases de la Descentralización, Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, etc.) asignan funciones específicas a la Municipalidad Metropolitana de Lima y a los municipios distritales, entre las que se encuentra la aprobación de planes de seguridad ciudadana.

Sin embargo, no existe sustento constitucional válido que justifique la inclusión de indicadores como la erradicación de "homosexuales", "travestis" y "prostitutas". En el caso de esta última conducta, que no constituye delito, se advierte que los enfoques de los informes de seguridad ciudadana analizados no han reportado datos sobre los delitos usualmente asociados al ejercicio de la prostitución (como pueden ser la trata de personas o el proxenetismo).

En el caso de las personas con orientación sexual o identidad de género distinta a la hegemónica, su "erradicación" no solo constituye una forma de discriminación avalada desde instituciones del Estado, sino que agrava la segregación en la que actualmente se encuentran y contribuye a la marginación social, de la que además la homotransfobia institucionalizada se alimenta, como ya se ha explicado. Las personas del colectivo LGBTI solo deben estar incluidas en un plan de seguridad ciudadana si con ello se busca enfrentar la violencia que diariamente experimentan, tanto a manos de particulares como de agentes del Estado.

PROMSEX
CENTRO DE PROMOCIÓN Y DEFENSA
DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

www.promsex.org

PROMSEX

CENTRO DE PROMOCIÓN Y DEFENSA
DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

www.promsex.org

Siguenos en: promsex | promsex

Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo de:

adelante Diversidad Sexual BOLIVIA•ECUADOR•PERÚ

Hivos people unlimited

Con el auspicio de:

EMPODERA ESCUELA DE FORMACIÓN POLÍTICA LGTBI

fundación triángulo

ilga

COALICIÓN GLBTTTI DE INCIDENCIA EN LAS AMÉRICAS

ILGALAC Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales Trans e Intersex para América Latina y el Caribe.

IBEROAMERICANA DE EDUCACIÓN LGBT

ISBN: 978-612-4106-31-6