



Organismo con
status consultivo
especial en el
Consejo Económico
y Social
de Naciones Unidas

0 33899



Lima, 16 de enero de 2017

Señor
MIGUEL ANGEL TORRES MORALES
Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento
Congreso de la República
Presente.-

Asunto: Decreto Legislativo 1323

De mi mayor consideración:

Le escribo en representación de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH), red de 78 organismos dedicados a la defensa y promoción de los derechos fundamentales de las personas en el país, a fin de alcanzarle nuestro informe *"Constitucionalidad, necesidad y legalidad de la inclusión de la orientación sexual e identidad de género en los artículos 46.2.d y 323 del Código Penal, a través del Decreto Legislativo 1323"*, a fin que sea analizado por la Comisión que usted preside en el proceso de control de las facultades legislativas expedidas en el marco de la Ley 30506.

Desde la CNDDHH recomendamos mantener el Decreto Legislativo 1323 tal como ha sido dado por el Ejecutivo, toda vez que la protección por orientación sexual e identidad de género constituyen categorías totalmente constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico, diversos hechos de violencia motivados por estos motivos evidencian la necesidad de su inclusión expresa en los artículos 46.2.d y 323 del Código Penal, y este constituye un asunto directamente vinculado a la seguridad ciudadana, una de las materias sobre las cuales fueron delegadas facultades legislativas.

Quedamos a su disposición para sustentar este informe frente a la Comisión que usted preside si lo considera conveniente.

Agradecido por su atención, me despido.

Cordialmente,



JORGE BRACAMONTE ALCAÍN
Secretario Ejecutivo

Coordinadora Nacional de Derechos Humanos
Jr. José Pezet y Monel 2467 Lince, Lima 14 - PERÚ
Teléfonos: 51.1.419-1111
Web <http://derechoshumanos.pe>

La Coordinadora
Nacional de
Derechos Humanos
CNDDHH
es un colectivo
de 78 instituciones
y organismos
no gubernamentales
para la defensa,
promoción
y educación
de los derechos
humanos
en todo el país



Constitucionalidad, necesidad y legalidad de la inclusión de la orientación sexual e identidad de género en los artículos 46.2.d y 323 del Código Penal, a través del Decreto Legislativo 1323

Giovanny Manuel Romero Infante
Coordinadora Nacional de Derechos Humanos
ginfante@derechoshumanos.pe

1. Identificación

El presente documento analiza la constitucionalidad, necesidad y legalidad de la inclusión de la orientación sexual e identidad de género como categorías expresamente protegidas en los artículos 46.2.d (circunstancias de agravación de los delitos) y 323 (discriminación e incitación a la discriminación) del Código Penal, mediante el Decreto Legislativo 1323 del 5 de enero de 2017, dado en el marco de la delegación de facultades legislativas al Ejecutivo, según la Ley 30506 del 6 de octubre de 2016. En ese sentido, se propone responder a la preguntas (1) ¿es constitucional la inclusión de las categorías orientación sexual e identidad de género en el ordenamiento legal peruano?, (2) ¿es necesario hacerlo en los artículos 46.2.d y 323 del Código Penal?, y (3) ¿es legal hacerlo en el marco de las facultades delegadas?

2. Constitucionalidad de las categorías orientación sexual e identidad de género en el ordenamiento legal peruano

La Constitución Política del Perú declara que *“la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”* (artículo 1), y en consecuencia reconoce el derecho a la igualdad ante la ley y que *“nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”* (artículo 2.2). Aunque no menciona expresamente la orientación sexual e identidad de género como categorías protegidas, el texto constitucional no se cierra a las causas enumeradas, sino que permite la comprensión de otras a través del enunciado *“cualquier otra índole”*.

También establece que sus disposiciones *“se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”* (Cuarta Disposición Final y Transitoria), e incluso que *“los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”* (artículo 55).

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que *“estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al artículo 55 de la Constitución– sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa”* (caso Nina-Quispe Hernández, expediente 047-2004-AI/TC, fundamento 22), lo que también implica *“una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”* (caso Crespo Bragayrac, expediente 0217-2002-HC/TC, fundamento 2).

El Comité de Derechos Humanos, respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estableció en 1994 que *“se debe estimar que la referencia al ‘sexo’, que figura en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26, incluye la inclinación sexual”* (caso Toonen vs. Australia, comunicación 488/1992, expediente CCPR/C/50/D/488/1992, párrafo 8.7) y, más adelante, en 2003, *“el Comité recuerda su jurisprudencia anterior de que la prohibición de la discriminación en virtud del artículo 26 incluye también la discriminación basada en la orientación sexual”* (caso Young vs. Australia, comunicación 941/2000, expediente CCPR/C/78/D/941/2000, párrafo 10.4).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estableció en 2009 que *“en ‘cualquier otra condición social’, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual. [...] La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación”* (Observación general 20, E/C.12/GC/20, párrafo 32). Ya en 2000 había mencionado también la orientación sexual como categoría protegida de discriminación respecto al derecho al disfrute del más alto nivel posible de la salud (Observación general 14, E/C.12/2000/4, párrafo 18) y en 2003 hizo lo propio respecto al derecho al agua (Observación general 15, E/C.12/2002/11, párrafo 13).

El Comité contra la Tortura, respecto a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, estableció en 2008 que *“los Estados Partes deben velar por que, en el marco de las obligaciones que han contraído en virtud de la Convención, sus leyes se apliquen en la práctica a todas las personas, cualesquiera que sean su [...] orientación sexual, identidad transexual”* (Observación general 2, CAT/C/GC/2, párrafo 21).

El Comité de Derechos del Niño, respecto a la Convención de Derechos del Niño, en 2003 estableció que en su artículo 2 sobre el goce de derechos sin distinción alguna *“deben añadirse también la orientación sexual”* (Observación general 4, CRC/GC/2003/4, párrafo 6).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a la Convención Americana de Derechos Humanos, estableció en 2012 que *“los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo”* (caso Atala e hijas vs. Chile, párrafo 85), por lo que *“la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención”* (párrafo 91).

Es decir, tanto la orientación sexual como la identidad de género constituyen categorías constitucionalmente protegidas, toda vez que son previstas como tales en el entendimiento de los comités de seguimiento de diversos tratados de derechos humanos vigentes en el Perú, y así también lo han establecido las decisiones jurisprudenciales del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Asimismo, el Estado peruano ha suscrito otros tratados de derechos humanos explícitos en la protección por orientación sexual e identidad de género. En 2002 la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (artículos 10, 51.3, 52, 53, y 59.1), en 2005 la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes (artículos 5 y 14), y en 2016 la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (artículo 1).

A nivel nacional, el Tribunal Constitucional señaló en 2004 que *“la Constitución peruana no distingue a las personas por su opción y preferencias sexuales [...] El carácter digno de la persona, en su sentido ontológico, no se pierde por [...] ser homosexual o transexual”* (caso Álvarez Rojas, expediente 2868-2004-AA/TC, fundamento 23), y desde el mismo año el Código Procesal Constitucional permite, en su artículo 37.1, interponer acciones de amparo frente a situaciones de discriminación por orientación sexual o cualquier otra índole.

Diversos sectores del Ejecutivo han emprendido acciones para proteger expresamente a las personas respecto a su orientación sexual e identidad de género.

El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) se ha convertido, de facto, en el ente rector en políticas sobre los derechos humanos de las personas lesbianas, trans, gais, bisexuales e intersexuales (LGTBI). Actualmente cuenta con dos mesas de trabajo para eliminar la exclusión y discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género: uno de mujeres lesbianas y bisexuales, en funcionamiento desde 2012 y oficializada en abril de 2016 (RM 099-2016-MIMP) y otra de gais, transexuales, bisexuales e intersexuales instalada en noviembre de 2016 (RM 294-2016-MIMP).

Este sector también ha dado dos planes nacionales que explícitamente refieren estas causales: el Plan Nacional de Igualdad de Género 2012-2017 (DS 004-2012-MIMP) que dispone que al 2017 por lo menos la mitad de entidades públicas desarrollen campañas contra la discriminación por género y orientación sexual (R2.1), el 30% de establecimientos de salud implementen protocolos de atención respetuosos de la orientación sexual de las personas (R4.4), y se disminuyan los crímenes de odio (R6.4), y el Plan Nacional Contra la Violencia de Género 2016-2021 (DS 008-2016-MIMP) que tiene como visión un Perú en el que se ha eliminado los patrones socioculturales discriminatorios hacia, entre entre otras, mujeres lesbianas, bisexuales y trans (OE1), y plantea la inclusión de la orientación sexual en el sistema de información sobre violencia de género (AE2.6).

Adicionalmente, el MIMP ha dado Lineamientos para la atención de personas LGTBI en los servicios del Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual (RM 017-2016-MIMP-PNCVFS-DE), ha incluido la orientación sexual en el protocolo intersectorial con el INPE (DS 006-2016-MIMP) y en el reglamento de la Ley 30364 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar (DS 009-2016-MIMP).

El Ministerio de Salud (MINSA) ha dado el Plan Estratégico Multisectorial para la Prevención y Control de las Infecciones de Transmisión Sexual – ITS y el VIH 2015-2019 (DS 035-2015-SA) que plantea mejorar el acceso a la prevención en población gay y trans (A1.2.2), formular estrategias para mujeres sin distinción de su orientación sexual e identidad de género (A1.4.2), reducir el estigma de los servidores públicos por estas causas (A2.1.3), visibilizar el derecho a la salud de todas las personas sin distinción por su orientación sexual e identidad de género (A3.1.1), y diseñar estrategias para adolescentes no heterosexuales y transgénero (A3.1.2). Su versión anterior 2007-2011 (DS 005-2007-SA) se planteó reducir en 50% los casos nuevos de VIH y la prevalencia de ITS en estas poblaciones (OE1) y promover un entorno político, social y legal favorable para la diversidad sexual desde una perspectiva de derechos humanos

(OE7). Recientemente, además, ha aprobado la norma técnica de atención integral de la población trans femenina para la prevención y control de las ITS y el VIH (RM 980-2016/MINSA).

El Ministerio de Educación (MINEDU) en el Currículo Nacional de la Educación Básica aprobado en mayo de 2016 (RM 281-2016-MINEDU) ha previsto que las y los estudiantes de séptimo nivel (3ro, 4to y 5to de secundaria) *“se relacionen bajo un marco de derechos, sin discriminar por género u orientación sexual y sin violencia”* en el marco de la competencia *“construye su identidad”*. En ese sentido, su Estrategia Nacional Contra la Violencia Escolar *“Paz Escolar”* 2013-2016 reconoce la orientación sexual como factor de riesgo de *bullying*.

A través de la Secretaría Nacional de la Juventud (SENAJU), el MINEDU ha dado el Plan Estratégico Nacional de la Juventud 2015-2021 Rumbo al Bicentenario que prevé promover la participación organizativa de jóvenes LTGBI (A2.1.8), su adecuada empleabilidad y emprendimiento (A5.3.12), monitorear sus denuncias por discriminación laboral por orientación sexual (A5.2.15), elaborar y difundir informes sobre sus derechos (A6.1.14), y registrar y tipificar los crímenes de odio por orientación sexual e identidad de género (A6.1.15). Su versión anterior 2006-2011 (DS 038-2006-PCM) incluía la orientación sexual en el desarrollo de su enfoque de equidad de género.

El Ministerio del Interior (MININTER), en el reglamento de la Ley 28950 contra la trata de personas y tráfico ilícito de migrantes (DS 001-2016-IN) considera en su enfoque diferencial que la orientación sexual de las víctimas puede ponerlas en mayor vulnerabilidad y riesgo, por lo que debe motivar un tratamiento especial de ayuda humanitaria. Y el reglamento de la Ley 30037 que previene y sanciona la violencia en los Espectáculos Deportivos (DS 007-2016-IN) prohíbe a espectadores y organizadores de espectáculos deportivos profesionales *“realizar cánticos, expresiones, gestos, sonidos o actitudes que inciten a conductas intolerantes, discriminatorias, violentas, racistas, xenófobas, o que pretendan vejar a una persona o grupo de ellas por razón de (...) orientación sexual”*, y señala que los organizadores deben prever medidas correctivas ante cualquier conducta violenta motivada en esta causal. Además, cuenta con el Manual de Derechos Humanos Aplicados a la Función Policial (RM 1452-2006-IN) que considera a las personas LTGBI como grupo vulnerable.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS) en el primer Plan Nacional de Derechos Humanos 2006-2010 (DS 017-2005-JUS) previó acciones para promover una cultura de respeto a las diferencias que evite el trato denigrante o violento por motivos de orientación sexual (LE4, OE6). Y a través del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), dio el Manual de Derechos Humanos Aplicados a la Función Penitenciaria que considera a las personas LTGBI como grupo vulnerable que no solo debe ser tratado sin ningún tipo de discriminación, sino que además *“la autoridad penal debe protegerlos del maltrato de los demás internos y sensibilizar al personal penitenciario para que no incurra en ningún tipo de discriminación”*.

El Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS) ha incluido en su definición de vulnerabilidad del reglamento del Sistema Nacional de Focalización – SINAFO (DS 007-2016-MIDIS) la orientación sexual e identidad de género como motivos de *“desventaja o desigualdad en el acceso a los medios o recursos materiales y/o personales, oportunidades y condiciones sociales, económicas, políticas o culturales indispensables para alcanzar el pleno desarrollo personal y social y vivir una vida plena y digna”*.

Por su parte, el El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) ha establecido en diversos fallos la prohibición expresa de discriminar por motivo de orientación sexual en el consumo. Así, ha

establecido que “constituye un acto de discriminación que se establezca un trato o pautas de comportamiento prohibitivas distintas en función de que las personas protagonistas sean heterosexuales u homosexuales” (resolución 0665-2006/TDC-INDECOPI). Incluso, ha señalado que es deber de los proveedores no solo fijar políticas antidiscriminatorias, “sino que además deben velar porque ellas se cumplan efectivamente” (resolución 1507-2013/SPC-INDECOPI).

En paralelo, durante la última década, diversos gobiernos regionales, provinciales y distritales han tomado la iniciativa de prohibir expresamente la discriminación por orientación sexual e identidad de género en sus jurisdicciones. A agosto de 2016, según la Defensoría del Pueblo, por lo menos 13 hacen referencia a la orientación sexual e identidad de género como causales protegidas (7 regionales, 1 provincial y 5 distritales) y 56 únicamente a la orientación sexual (7 regionales, 17 provinciales y 32 distritales). Estas ordenanzas han llevado a sancionar actos de violencia y discriminación por orientación sexual e identidad de género cometidos tanto por servidores públicos (serenazgo) como por establecimientos comerciales.

Es decir, la protección expresa por orientación sexual e identidad de género forma parte ya del ordenamiento legal peruano, tanto por jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por resoluciones sectoriales del Ejecutivo, por decisiones administrativas del Indecopi y por el desarrollo normativo de diversos gobiernos regionales, provinciales y distritales. Incluso, en algunos territorios de la Nación, la protección contra la violencia y discriminación que sufren las personas LTGBI está más claramente proscrita. En ese sentido, constituye un imperativo igualar hacia los mayores estándares de protección a todas las personas en todo el territorio nacional.

En conclusión, no solo es constitucional hacer explícita la protección por orientación sexual e identidad de género en nuestro ordenamiento jurídico, sino que constituye una obligación del Estado peruano derivada de los tratados de derechos humanos a los que el país se ha obligado, la interpretación de sus órganos de seguimiento, y en ese sentido se han registrado avances: sentencias del Tribunal Constitucional, resoluciones sectoriales, fallos administrativos y ordenanzas subnacionales. Profundizar esta tendencia es lo correcto.

3. Necesidad de incluir la orientación sexual e identidad de género como categorías expresamente protegidas en los artículos 46.2.d y 323 del Código Penal

El MINJUS identificó en 2013 que el 93% de peruanos considera que las personas LTGBI se encuentran más expuestas a la discriminación, el 88% que se encuentran más expuestas al maltrato físico, el 59% está en desacuerdo con el reconocimiento del matrimonio igualitario y el 44% se opone a que personas homosexuales se desempeñen como maestros de escuela.¹ Tanto esta percepción como la oposición al reconocimiento de los derechos humanos de las personas LTGBI evidencian la grave situación que atraviesan en nuestro país estos colectivos en razón de su orientación sexual e identidad de género.

Cada semana se produciría un crimen de odio contra personas LTGBI en el Perú, según proyecciones del Movimiento Homosexual de Lima (MHOL) que, siguiendo la metodología de la Comisión Ciudadana Contra los Crímenes de Odio por Homofobia de México, sostiene que por cada caso aparecido en medios de comunicación escrita, habrían otros dos que no serían reportados. Así, durante 2014 se habrían producido al

¹ MINISTERIO DE JUSTICIA (2013). *Encuesta para medir la opinión de la población peruana en relación con los derechos humanos. Resumen ejecutivo*. Lima, Perú.

menos 45 casos de violencia extrema motivados en la orientación sexual e identidad de género real o percibida de las personas: 33 asesinatos, 9 ataques violentos con intención homicida y 3 suicidios motivados por la violencia estructural homo/lesbo/transfóbica. Estos ataques, además, quedarían impunes y silenciados porque las víctimas sobrevivientes y/o sus familiares desisten de denunciar por vergüenza y/o desconfianza en las instituciones encargadas de administrar justicia. Y los pocos denunciadores se enfrentan a los prejuicios de los operadores de justicia, que finalmente obstruyen los procesos.²

En la misma línea, el Observatorio de Derechos Humanos LGBT y VIH/Sida entre abril de 2015 y marzo de 2016 identificó en nuestro país 8 asesinatos de personas LTGBI motivados en su orientación sexual o identidad de género. Todos se dieron en espacios privados y estuvieron caracterizados por su extrema crueldad: apuñaladas repetidamente, degolladas, asfixiadas o golpeadas con puñetazos o patadas hasta su muerte. En la última década, entre enero de 2005 y marzo de 2016, esta cifra se eleva a 157 personas cuyos asesinatos fueron motivados en su orientación sexual o identidad de género.³

Esta es, pues, la diferencia fundamental entre un crimen de odio y un crimen común: su motivación. Mientras el crimen común se dirige a una persona particular, el crimen de odio tiene en la víctima a un representante de una colectividad a la que el agresor desprecia y, por lo tanto, la agresión podría dirigirse a la víctima o a cualquier otra persona con la que esta comparta características. Su ejecución, caracterizada por el ensañamiento, pretende causar el mayor dolor y humillación posible a la víctima, transmitiendo así también un mensaje al grupo del que esta forma parte. Así, el abanico de formas que puede tener un crimen de odio o delito motivado en la discriminación o intolerancia incluye el asesinato, pero no se limita a este. La violencia sexual y física en sus diversas formas, el acoso y la intimidación son también formas en las que estos delitos se dan. Y, en el caso de los motivados por la orientación sexual o identidad de género, no se dirigen únicamente contra personas LTGBI sino que pueden impactar en cualquier persona que simplemente no responda a los criterios hegemónicos de masculinidad o femineidad. Es decir, implican la orientación sexual e identidad de género real o percibida de la víctima.

Ello llevó a plantear ante el Congreso 2006-2011 el proyecto de ley 00609/2011-CR contra acciones criminales originadas por motivos de discriminación, que proponía la incorporación de un artículo en el Código Penal que tipifique como circunstancia agravante *“la comisión de un delito doloso por motivos de discriminación del agente”*, entendiéndose como motivos de discriminación *“cuando el agente comete el delito teniendo como motivación su desprecio, repudio, rechazo o cualquier otra conducta contraria a la raza, etnia, cultura, creencia religiosa, sexo, orientación sexual, identidad de género, enfermedad, discapacidad, condición social, simpatía política, deportiva o de cualquier otra índole de la víctima”*. La propuesta fue agrupada con varias otras orientadas a reformar el Código Penal y su dictamen elevado al Pleno mantenía la propuesta pero excluía las categorías orientación sexual e identidad de género. Finalmente, en su sesión del 4 de julio de 2013, con 56 votos en contra, 27 abstenciones y solo 18 a favor, el Pleno rechazó restituir estas categorías, y posteriormente finalmente aprobó la inclusión de esta circunstancia agravante sin precisar ninguna causal de protección, a través de la Ley 30076 del 25 de julio de 2013, que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y Crea Registros y Protocolos con la Finalidad de

² ROMERO INFANTE, G (2014). *Situación de las personas y comunidades LTGB*, en: COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Informe anual 2014-2015*. Lima, Perú.

³ RED PERUANA TLGB y PROMSEX (2016). *Informe anual sobre derechos humanos de personas trans, lesbianas, gays y bisexuales en el Perú 2015-2016*. Lima, Perú.

Combatir la Inseguridad Ciudadana. En respuesta, las organizaciones LTGBI han demandado en múltiples oportunidades que esta protección se explicita, de modo tal que no la comprensión de la protección por orientación sexual e identidad de género no quede a la interpretación de los operadores de justicia.

Además de los crímenes de odio, se han registrado situaciones de discriminación motivadas en la orientación sexual e identidad de género de las personas. Solo entre abril de 2015 y marzo de 2016, el Observatorio de Derechos Humanos LGBT y VIH/Sida identificó 28 casos contra personas LTGBI, 20 perpetrados por agentes privados en espacios de entretenimiento, educativos y laborales, y 8 por agentes estatales, fundamentalmente policías y serenazgos, fundamentalmente frente a muestras de afecto⁴.

En vista de ello, el último dictamen de Nuevo Código Penal aprobado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos en diciembre de 2014 y discutido en por el Pleno del Congreso 2006-2011 preveía modificar el delito de discriminación incluyendo las causales de orientación sexual e identidad de género como expresamente protegidas, así como crear un delito de incitación a la discriminación que contuviera también dichas causales.

Sancionar expresamente los delitos motivados en la discriminación sexual e identidad de género real o percibida de las personas no solo constituye una respuesta jurídica pertinente a las situaciones de discriminación, violencia e incluso muerte que viven las personas y comunidades LTGBI en el Perú, sino que además constituye un pendiente al que el Estado peruano se ha comprometido internacionalmente.

En el marco de los Exámenes Periódicos Universales de las Naciones Unidas, el Perú recibió y aceptó en 2012 y 2008 las recomendaciones de Canadá de “promulgar una ley que se ocupe de los delitos motivados por la orientación sexual” (A/HRC/22/15, recomendación 116.15) y de Eslovenia de “utilizar los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género como guía para la elaboración de políticas” (A/HRC/22/15, párrafo 116.32 y A/HRC/8/37, párrafo 52.2).

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en julio de 2014 expresó su preocupación por “múltiples formas de discriminación y violencia, como viven las mujeres [...] por su orientación sexual e identidad de género” (CEDAW/C/PER/CO/7-8, párrafo 17.c), “insta a [...] eliminar la discriminación contra las mujeres por motivos tales como [...] orientación sexual e identidad de género” (párrafo 18.a) y “lamenta la falta de información específica para hacer frente a la discriminación y la violencia que enfrentan [...] las mujeres lesbianas, bisexuales y transexuales” (párrafo 39).

El Comité de Derechos Humanos en marzo de 2013 consideró que el Perú “debería modificar su legislación con el fin de prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género” y “debería proporcionar una protección efectiva a las personas LGBT y garantizar la investigación, el enjuiciamiento y el castigo de cualquier acto de violencia motivada por la orientación sexual o identidad de género de la víctima” (CCPR/C/PER/CO/5, párrafo 8).

El Comité Contra la Tortura en noviembre de 2012 señaló que nuestro país “debe adoptar medidas efectivas para proteger a la comunidad de lesbianas, homosexuales, bisexuales y transexuales contra las agresiones, el maltrato y la detención arbitraria, y velar por que todos los casos de violencia sean, sin demora y de manera efectiva e

⁴Ibidem.

imparcial, objeto de investigación, enjuiciamiento y sanciones y por que las víctimas obtengan reparación” (CAT/C/PER/CO/5-6, párrafo 22).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en mayo de 2012 recomendó al Perú que *“agilice la aprobación de legislación específica para prohibir la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual, y que adopte medidas, en particular de sensibilización, para garantizar que lesbianas, gays y trans no sean discriminados por su orientación sexual y su identidad de género” (E/C.12/PER/CO/2-4, párrafo 5).*

Asimismo, el Perú ha votado a favor y hecho suyas en reiteradas oportunidades resoluciones en las que la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos decidió *“condenar la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados a [...] adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación” (AG/RES. 2887 XLVI-O/16, AG/RES. 2863 XLIV-O/14, AG/RES. 2807 XLIII-O/13, AG/RES. 2721 XLII-O/12, AG/RES. 2653 XLI-O/11, AG/RES.2600 XL-O/10, AG/RES.2504 XXXIX-O/09, y AG/RES.2435 XXXVIII-O/08).*

4. Legalidad de incluir la orientación sexual e identidad de género como categorías expresamente protegidas en los artículos 46.2.d y 323 del Código Penal en el marco de las facultades legislativas en seguridad ciudadana dadas por la Ley 30506

Vista la constitucionalidad de las categorías orientación sexual e identidad de género, así como la necesidad de explicitar la protección por estas causales frente a los delitos motivados en la discriminación por ellas, así como frente a los delitos de discriminación e incitación a la discriminación, queda pendiente únicamente establecer si la Ley 30506 delega o no facultades al Ejecutivo para legislar en esta materia.

El artículo 2 de la Ley, que detalla las materias sobre las que delega facultades legislativas, señala en su numeral 2 la seguridad ciudadana, y precisa en su literal a:

“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, beneficios penitenciarios y acumulación de penas, para fortalecer la lucha contra el crimen organizado, terrorismo, narcotráfico, lavado de activos, delincuencia común, inseguridad ciudadana, y afectaciones a la infraestructura, instalaciones, establecimientos y medios de transporte de hidrocarburos en el país; asimismo, 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, y 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.”

(Resaltado propio)

El Decreto Legislativo 1323 que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género, respecto a las personas LTGBI, modifica el artículo 46.2.d de circunstancias de agravación de los delitos restituyendo el detalle de causales sensibles de discriminación, incluyendo en el listado la orientación sexual e identidad de género, y lo abre a otros no considerados, usando la frase *“cualquier otra índole”*. Asimismo, modifica el 323 incluyendo en la lista de causales protegidas la orientación

sexual e identidad de género. En ese sentido, hace suya una demanda ciudadana expresada innumerables veces por las organizaciones LTGBI y de derechos humanos, fortaleciendo el margo normativo nacional en consonancia con los compromisos internacionales.

Estas modificaciones al Código Penal responden directamente a la consideración de “combatir la violencia de género” (al detalle de causales protegidas la orientación sexual e identidad de género). Es decir, son legales en tanto responden directamente a las facultades delegadas.

5. Conclusiones y recomendaciones

La Constitución peruana declara como fin de la sociedad y el Estado la defensa de la dignidad de la persona humana, cuyos derechos garantiza sin ninguna distinción. Y aunque el texto constitucional no menciona expresamente la orientación sexual e identidad de género como motivos protegidos de discriminación, hace una enumeración sucinta de razones y las abre con la frase “y de cualquier otra índole”, con lo que expresa un espíritu de constante ampliación.

La Constitución también establece que esta debe ser interpretada según la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados de derechos humanos vigentes, los mismos que se incorporan a la legislación nacional. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido que el país se adhiere a las interpretaciones que los órganos de seguimiento de los tratados hagan sobre los mismos.

Tanto los comités de seguimiento de los tratados de Naciones Unidas vigentes en Perú, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han señalado en múltiples oportunidades que la protección contra la discriminación de sus textos incluye a la orientación sexual e identidad de género de las personas.

El Estado peruano ya ha hecho explícita la protección contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género, a través de jurisprudencia del Tribunal Constitucional, decretos supremos, resoluciones ministeriales, ordenanzas regionales, provinciales y distritales, y fallos administrativos.

Es decir, respondiendo a la primera pregunta que motiva este informe: sí, las categorías orientación sexual e identidad de género tienen pleno respaldo constitucional en el Perú.

La discriminación contra las personas y comunidades LTGBI con motivo de su orientación sexual e identidad de género constituyen una realidad concreta. Recortes en el goce de sus derechos, actos de violencia e incluso asesinatos son reportados cotidianamente por los medios de comunicación y los organismos de derechos humanos. Incluso, esta realidad ha sido reconocida por investigaciones realizadas o encargadas por organismos estatales. Y, en ese sentido, el Perú ha sido instado en múltiples oportunidades a sancionar explícitamente la discriminación y los crímenes de odio motivados en la orientación sexual e identidad de género real o percibida de las personas. El Estado, además, ha aceptado y hecho suyas esas recomendaciones en múltiples oportunidades, por ejemplo en sus dos Exámenes Periódicos Universales frente al sistema universal de derechos humanos, y en diversas resoluciones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en el sistema regional interamericano.

Es decir, respondiendo a la segunda pregunta que motiva este informe: sí, es necesario explicitar la protección por orientación sexual e identidad de género en los artículos 46.2.d y 323 del Código Penal.

Las facultades legislativas delegadas al Ejecutivo en materia de seguridad ciudadana comprenden la lucha contra la violencia de género, que en este caso se materializa haciendo explícita la protección contra discriminación y actos criminales motivados en prejuicios basados en mandatos hegemónicos de género, como son aquellos que se dan contra las personas y comunidades LTGBI.

Es decir, respondiendo a la tercera pregunta que motiva este informe: sí, es legal hacer estas modificaciones al Código Penal en el marco de las facultades legislativas delegadas.

En ese sentido, se recomienda al Congreso de la República mantener el Decreto Legislativo 1323 tal como fue dado por el Poder Ejecutivo, y hacer suya la difusión de esta legislación a favor de los derechos humanos de una colectividad sistemáticamente violentada en su condición humana y ciudadana.

Lima, 16 de enero de 2017