

PROMSEX-carta N° 009-2017

24 ENE. 2017

Lima, 23 de enero de 2017

Señor
Miguel Ángel Torres Morales
Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento
Congreso de la República
Presente. -

De nuestra mayor consideración:

Reciba el cordial saludo del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos – PROMSEX, una organización no gubernamental feminista, conformada por hombres y mujeres, profesionales y activistas, que busca contribuir a la vigencia de la integridad y dignidad de las personas en el acceso a la salud sexual y reproductiva, la justicia y la seguridad humana, a través de la incidencia política, de la generación de conocimiento y de la articulación con otras organizaciones de la sociedad civil.

Nuestra institución, como parte de sus acciones de incidencia, realiza un seguimiento de las propuestas y modificaciones legislativas, y fomenta la fiscalización congresal en favor de la igualdad y no discriminación, en particular en el campo de los derechos sexuales y reproductivos.

En ese sentido, conocedoras de que en el *Grupo de Trabajo encargado del Control Constitucional sobre los actos normativos del Poder Ejecutivo*, de la Comisión de Constitución y Reglamento, que usted preside, se está evaluando el Decreto Legislativo 1323, que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género, que fue expedido bajo la Ley autoritativa N° 30506 del Congreso de la República; es que, hacemos de su conocimiento un **Documento de Fundamentación sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1323 y un análisis sobre si el mismo excede el marco de la delegación de facultades otorgadas por el Congreso (Anexo 1)**, con la finalidad de coadyuvar al debate en torno al control parlamentario sobre el Decreto mencionado.

Atentamente,

Susana Chávez Varado
Directora General



Control Parlamentario sobre la facultad legislativa delegada al Ejecutivo y el Decreto Legislativo 1323 que sanciona actos discriminatorios motivados por la orientación sexual e identidad de género¹

I. Aspectos preliminares

En el marco del artículo 104 de la Constitución Política, mediante la Ley N° 30506 el Congreso de la República delegó facultades al Ejecutivo para legislar en materia de Reactivación Económica y Formalización, Seguridad Ciudadana, Lucha contra la Corrupción, Agua y Saneamiento y Reorganización de PetroPerú S.A por el plazo de 90 días.

Así, la ley autoritativa, en el artículo 2, numeral 2, literal a, determinó que el Ejecutivo podrá legislar en materia de seguridad ciudadana a fin de *“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 (...) 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”*.

En cumplimiento de dichas facultades, el 5 de enero de 2017, mediante el Decreto Legislativo N° 1323, Decreto Legislativo que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género, se modifica el Código Penal creando un delito específico para sancionar la violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar que antes eran considerados faltas, se precisó circunstancias agravantes del delito de feminicidio, lesiones graves y lesiones leves, se mejora la protección contra la violencia psicológica; así también el Ejecutivo incorporó modificaciones al artículo 46 (circunstancias de atenuación y agravación) y 323 (Delito de Discriminación) con el objeto de sancionar la violencia de género originada por la discriminación por la orientación sexual e identidad de género de las personas, categorías que hasta el momento no contaban con reconocimiento legislativo por la oposición de grupos conservadores; pero que, sin embargo, dichas categorías cuentan con garantía constitucional y convencional. Siendo los modificados de la siguiente manera:

¹ Artículo elaborado por Brenda Alvarez Alvarez, abogada, candidata a Magister en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú e integrante del equipo de incidencia jurídica del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos – PROMSEX; y Karen Anaya Cortez, Bachiller de Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, investigadora del Grupo de Investigación en Derecho, Género y Sexualidad (DEGESE) de la PUCP e integrante del equipo de Incidencia Jurídica de PROMSEX.

ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL ANTES DEL DECRETO LEGISLATIVO 1323	MODIFICACIONES
<p>"Artículo 46.- Circunstancias de atenuación y agravación (...)</p> <p>2. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:</p> <p>(...)</p> <p>d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación</p>	<p>"Artículo 46.- Circunstancias de atenuación y agravación (...)</p> <p>2. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:</p> <p>(...)</p> <p>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.</p>
<p>Artículo 323.- Discriminación e incitación a la discriminación</p> <p>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.</p> <p>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 36. 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</p>	<p>Artículo 323.- Discriminación e incitación a la discriminación</p> <p>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.</p> <p>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</p>

<p>física o mental, o a través de internet u otro medio análogo.</p>	<p>cuatro años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36.”</p>
--	--

Al ser los Decretos Legislativos la concreción de una facultad delegada del Congreso de la República al Poder Ejecutivo, estos deben cumplir ciertos requisitos de fondo y de forma determinados en el artículo 104 de la Constitución y el artículo 90 del Reglamento del Congreso². Los requisitos de fondo, cuyo cumplimiento debe ser examinado *ex post* por la Comisión de Constitución y Reglamento y cuyo análisis que será abordado en este documento, son principalmente dos: i) los Decretos Legislativos no deben contravenir a la Constitución Política y ii) si estos 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.

Así, en la pasada sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento se dio inicio al control parlamentario de los Decretos Legislativos, siendo uno de los que ha generado debate al interno de esta Comisión el Decreto Legislativo 1323 en el extremo que reconoce como categorías prohibidas de discriminación a la orientación sexual e identidad de género. A la luz de lo prescrito por el Reglamento del Congreso, la Comisión debe efectuar un análisis constitucional y convencional para dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿El Decreto Legislativo 1323 contraviene a la Constitución Política por incluir la orientación sexual e identidad de género como categorías prohibidas de

² Artículo 90. 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 104 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 artículos del 64 al 95 151 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.

discriminación?, ¿el Decreto Legislativo 1323 excede el marco de la delegación de facultades otorgada por el Congreso? En este texto damos respuesta a estas interrogantes.

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

La respuesta es sencilla: No. El artículo 2° 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 Constitucional³, 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 que deben entenderse comprendidas y amparadas por el texto constitucional. Sus sendos pronunciamientos, principalmente, sobre el derecho/principio a la igualdad y no discriminación y su relación con las categorías señaladas, desde el 2004, han dejado prescrito lo siguiente:

*“(...) El respeto por la persona se convierte en el leit motiv 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”.*⁴

*“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 [...]”*⁵

*“(...) el transexualismo (no) debe ser entendido como una patología”*⁶

*“(...) 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”*⁷

Asimismo, debe recordarse que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (En adelante Corte IDH), ha señalado que “la orientación sexual (e identidad de género) de una persona se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de toda persona de auto-determinarse y escoger libremente las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y

³ 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.

⁴ STC N° 2868-2004 AI/TC, pág. 23

⁵ STC N° 01575-2007-PHC/TC, pág. 28

⁶ STC N° 06040-2015-PA/TC, fundamento 9.

⁷ STC N° 06040-2015-PA/TC, fundamento 14.

convicciones”⁸; estableciéndose así que, la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹¹⁰, de la cual el Perú es Estado parte.

Es por ello que, en el caso *Karen Atala Riffo e hijas vs. Chile*, la Corte IDH concluyó que se prohíbe la discriminación por orientación sexual e identidad de género y que, por tanto, los Estados debieran adoptar dicha interpretación en su Derecho interno, incluyendo 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”.¹¹

Debe recordarse que, dada la protección convencional y constitucional de las categorías de orientación sexual e identidad de género, toda norma, acción o práctica discriminatoria basada en estos motivos está terminantemente prohibida. Es así que, en la labor legislativa ni el poder Ejecutivo ni el poder Legislativo podrían pretender invisibilizar en el ámbito de la protección penal a determinadas personas basándose únicamente en su orientación sexual o identidad de género, pues su inclusión es obligatorias en atención al Control de Constitucionalidad y Convencionalidad, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo V del Código Procesal Constitucional¹² y la Cuarta Disposición Final y Transitoria¹³ de la Constitución; que establecen que los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los pronunciamientos emitidos por los tribunales

⁸ Corte IDH. Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 136

⁹ *Ibid.*, párr. 91

¹⁰ Corte IDH. Caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 104

¹¹ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 91.

¹² 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”.

¹³ 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.

internacionales de protección de derechos humanos, como la Corte IDH y Comités de ONU que controlan el cumplimiento de tratados de los que el Estado peruano es parte.

b) ¿El Decreto Legislativo 1323 excede el marco de la delegación de facultades otorgada por el Congreso?

No. Como se mencionó inicialmente, la ley autoritativa le facultó al Ejecutivo modificar la legislación penal y procesal penal y de ejecución penal para combatir la violencia de género y la violencia familiar. En ese sentido, de manera preliminar debemos abordar los alcances de aquello que debe entenderse por violencia de género, para, a partir de ello, analizar cómo es que las modificaciones realizadas al Código Penal hacen frente a la misma.

Constituyen una forma de **violencia de género** aquellas “agresiones impulsadas por el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género”¹⁴, es decir, 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”¹⁵.

En ese mismo sentido, el documento elaborado por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), “*Violencia basada en género. Marco conceptual para las políticas públicas y la acción del Estado*”, oficializado mediante la Resolución Ministerial N° 151-2016-MIMP, del 18 de julio de 2016, 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”¹⁶; debiendo entenderse esta última como el “rechazo, repudio, prejuicio o discriminación hacia mujeres u hombres que contravienen el sistema binario con prácticas sexuales, corporales y de género diversas”¹⁷. Concepto que además ha sido recogido en el Plan Nacional contra la Violencia de Género 2016 – 2021¹⁸.

¹⁴ 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.

¹⁵ CIDH Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América. OAS/Ser.L/V/II.rev.1 del 12 de noviembre de 2015. párr. 25

¹⁶ MIMP. (2016) “*Violencia basada en género. Marco conceptual para las políticas públicas y la acción del Estado*”, pp. 11. Disponible en: <http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgcvg/mimp-marco-conceptual-violencia-basada-en-genero.pdf>

¹⁷ *Ibidem.*, pp. 46

¹⁸ Dicho Plan señala que se debe entender por Violencia de género a cualquier acción o conducta, basada en el género¹ 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)

Siendo que, 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 complicidad social, se dirige hacia grupos sociales específicos, tales como las personas LGBT y tiene un impacto simbólico.”¹⁹

Adicionalmente, dicho documento recuerda 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”²⁰.

En ese sentido, debido a lo señalado, para hacer frente a la violencia de género, entre otras cuestiones, debe considerarse que, 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”²¹ e indicó que, “tanto la indiferencia como la inacción del Estado constituyen una forma de incitación y/o de autorización de tales hechos”²², lo cual, evidentemente, se manifiesta en las omisiones legislativas para regular crímenes de odio (por medio de tipos penales autónomos o agravantes) o sancionar la discriminación y su incitación por orientación sexual o identidad de género, sin reconocerlas como categorías prohibidas de discriminación.

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”²³, adoptando medidas de cualquier tipo, incluso en el ámbito penal. Es en ese contexto que, la reciente inclusión de dichas categorías tanto en las agravantes como en la

¹⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. Washington: CIDH, p 47.

²⁰ MIMP(2016) *“Violencia basada en género. Marco conceptual para las políticas públicas y la acción del Estado”*, pp. 46

²¹ Informe del Relator Especial, Juan E. Méndez, sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, del 05 de enero del 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

²² *Ibid.* Párr. 11

²³ *Ibidem*

tipificación del delito de discriminación prevista en el Código Penal responden a las obligaciones internacionales del Estado peruano en materia de derechos humanos de las personas TLGB.

De lo anteriormente expuesto, ¿Deben derogarse o modificarse las modificaciones al Código Penal realizadas por el poder Ejecutivo? Consideramos que no. En el *Caso Karen Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Ángel Alberto Duque vs. Colombia*²⁴ y *Flor Freire vs. Ecuador*²⁵, 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” establecido en el artículo 1.1 de la misma, sino que, también, se mantuvo lo establecido en el año 2012 por la Corte IDH, cuando señaló 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*”²⁶.

En ese sentido, la derogación de las actuales modificaciones al Código Penal, que como se ha señalado no hacen más que armonizar la legislación interna con los estándares en materia de protección de los derechos de las personas LGTB, no se podría sustentar en argumentos no jurídicos ni contrarios al Derecho Constitucional o Internacional de los Derechos Humanos.

En ese sentido, cabe, además, precisar que, la legitimación democrática de determinados hechos o actos (como la derogación, modificación de una norma o su aprobación) en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales reconocidos en tratados como la Convención Americana, por lo que **la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” que es función y tarea de cualquier autoridad pública (incluido el legislador) y no sólo del Poder Judicial**²⁷, pues las decisiones adoptadas en espacios democráticos no pueden calificarse *per se* acordes al Derecho Internacional. De otro modo, el Estado incumpliría también con su obligación (consagrada en el artículo 2 de la Convención Americana) de adecuar su derecho interno a los estándares internacionales sobre la protección de derechos humanos de las personas LGTB²⁸.

Finalmente, debe recordarse que, el Tribunal Constitucional²⁹ 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 éste no realice diferencias injustificadas³⁰. En este sentido, proveer de protección frente a la

²⁴ Corte IDH. Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.

²⁵ Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016, p. 118.

²⁶ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 92.

²⁷ Corte IDH. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones) en el caso *Gelman vs. Uruguay*, párr. 139.

²⁸ *Ibidem*, párr.240

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 30 de septiembre de 2003, en el caso Víctor Manuel Otoyá Petit (EXP. N.° 0606-2004-AA/TC) párr. 10 y 11.

³⁰ *Ibidem*, párr.11.

discriminación a 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, constituye un trato injustificado y el incumplimiento a la exigencia formal que el derecho a la igualdad impone constitucionalmente al legislador.

Asimismo, en su dimensión material, "el derecho de igualdad supone no sólo una exigencia negativa, es decir la abstención de tratos discriminatorios; sino, 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. Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.³¹ En ese sentido, la *exigencia positiva que el derecho a la igualdad impone al legislador se ve concretada en las modificaciones a la norma penal incluidas en el Decreto Legislativo 1323 al incorporación de la orientación sexual e identidad de género como categorías prohibidas de discriminación. Finalmente, si la Comisión de Constitución considerara, erróneamente, que dicha norma debe ser derogada, el legislativo estaría faltando a la exigencia de abstención de discriminación que la norma constitucional manda.*

Por lo señalado, es imposible negar que la protección penal de las personas LGTB sea incluida en el avance legislativo nacional para hacer frente a la violencia de género y violencia familiar, máxime cuando el principio/derecho de igualdad y no discriminación debe ser garantizado a todas las personas sin distingo en cumplimiento de nuestro marco normativo constitucional y convencional.

³¹ Ibidem, párr 11.

