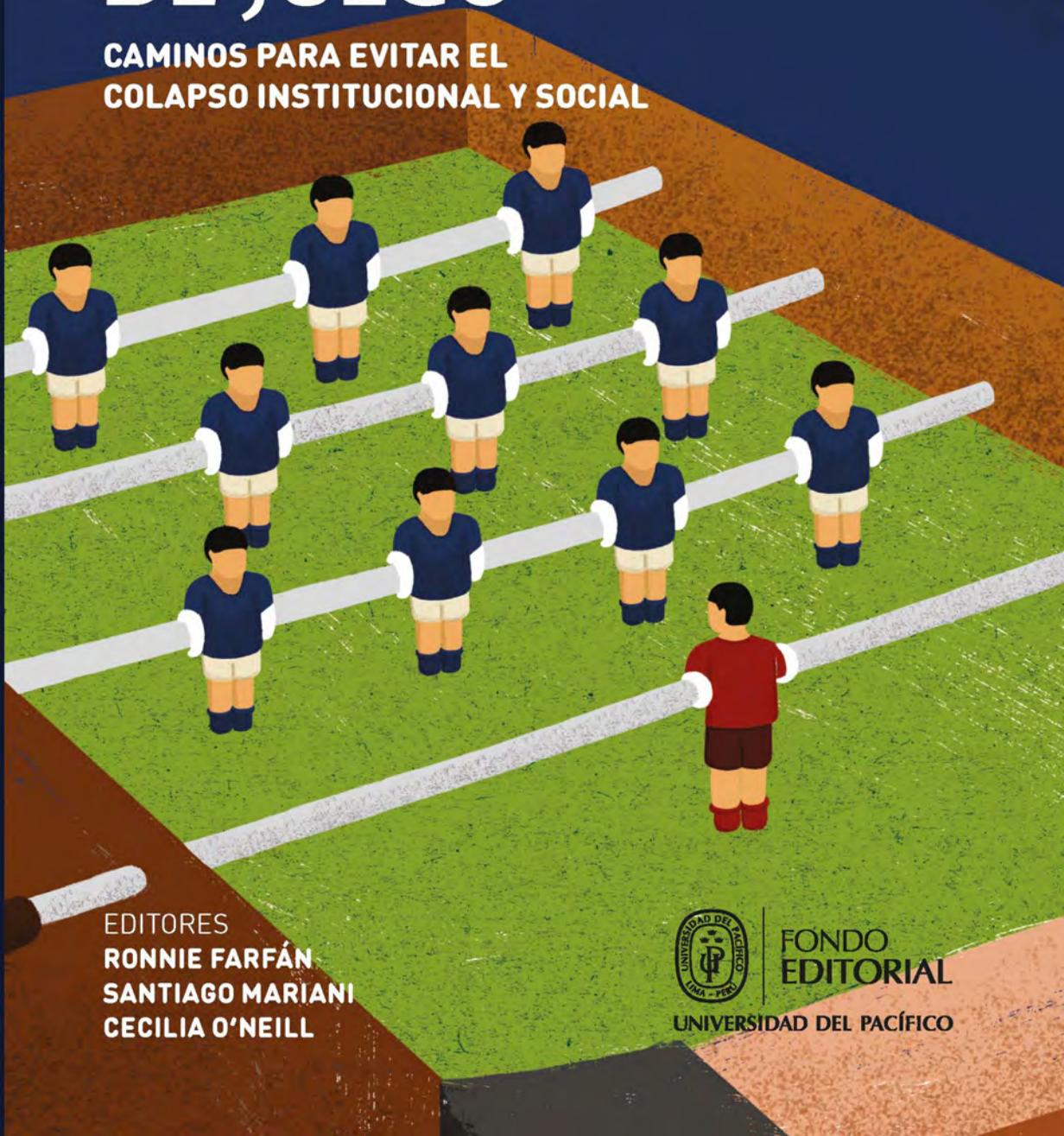


REPENSANDO LAS REGLAS DE JUEGO

CAMINOS PARA EVITAR EL
COLAPSO INSTITUCIONAL Y SOCIAL



EDITORES
RONNIE FARFÁN
SANTIAGO MARIANI
CECILIA O'NEILL



**FONDO
EDITORIAL**

UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO

REPENSANDO LAS REGLAS DE JUEGO

**CAMINOS PARA EVITAR EL
COLAPSO INSTITUCIONAL Y SOCIAL**

EDITORES

**RONNIE FARFÁN
SANTIAGO MARIANI
CECILIA O'NEILL**



**FONDO
EDITORIAL**

UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO

© Ronnie Farfán, Santiago Mariani y Cecilia O'Neill, editores, 2018

De esta edición:

© Universidad del Pacífico
Av. Salaverry 2020
Lima 11, Perú

REPENSANDO LAS REGLAS DE JUEGO CAMINOS PARA EVITAR EL COLAPSO INSTITUCIONAL Y SOCIAL

Ronnie Farfán, Santiago Mariani y Cecilia O'Neill (editores)

1.^a edición: diciembre 2018

Diseño de la carátula: Icono Comunicadores

Tiraje: 900 ejemplares

ISBN: 978-9972-57-403-0

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2018-20303

BUP

Repensando las reglas de juego : caminos para evitar el colapso institucional y social / editores Ronnie Farfán, Santiago Mariani, Cecilia O'Neill. -- 1a edición. -- Lima : Universidad del Pacífico, 2018.
296 p.

1. Política pública -- Perú
2. Democracia -- Perú
3. Ciudadanía -- Perú
- I. Farfán Sousa, Ronnie, editor.
- II. Mariani, Santiago, editor.
- III. O'Neill de la Fuente, Cecilia, editor.
- IV. Universidad del Pacífico (Lima)

320.6 (SCDD)

Miembro de la Asociación Peruana de Editoriales Universitarias y de Escuelas Superiores (Apesu) y miembro de la Asociación de Editoriales Universitarias de América Latina y el Caribe (Eulac).

La Universidad del Pacífico no se solidariza necesariamente con el contenido de los trabajos que publica. Prohibida la reproducción total o parcial de este texto por cualquier medio sin permiso de la Universidad del Pacífico.

Derechos reservados conforme a Ley.

Índice

Prólogo	7
Introducción	9
I. Un camino hacia la institucionalidad: reglas de juego para fortalecer la democracia	19
Importando Dinamarca por decreto: panfleto contra el institucionalismo ingenuo Eduardo Dargent / Paula Muñoz	21
II. El impacto de las decisiones públicas: propuestas para mejorar la calidad regulatoria	35
El camino hacia una mejor regulación: algunas propuestas de trabajo Ronnie Farfán	37
Derechos y rentabilidad del dinero público: ¿cuán útil es el análisis de beneficio-costos para garantizar el ejercicio de derechos a los ciudadanos? Roxana Barrantes	57
III. Reformas políticas pendientes: cerrando la brecha entre ciudadanos y representantes	85
«Mi reino por un tecnócrata»: una democracia tutelada y la necesidad de una contrarreforma en el Perú Santiago Mariani / Martín Pérez	87

Reformas al Congreso para los nuevos retos de la democracia Milagros Campos	103
IV. Una inclusión pendiente: la construcción de una ciudadanía plena	131
La muerte de mujeres a manos de las parejas o exparejas: ¿hasta cuándo reformas legales cuya aplicación no se evalúa seriamente? Rocío Villanueva	133
Cuerpxs indisciplinadx: hacia una mirada cuir (<i>queer</i>) (cuy-r) de la regulación jurídica de las sexualidades disidentes Carlos J. Zelada	153
Trabajo doméstico remunerado y la precariedad laboral en el Perú: retos para una democracia más inclusiva Leda M. Pérez	191
V. Recursos naturales, territorio y desarrollo: una gestión integradora	211
Ordenamiento territorial: entre la confusión y el estancamiento William Postigo	213
Energías renovables para el desarrollo rural y nacional de largo plazo. Una propuesta de reforma en el sector energético Jorge Valenzuela	235
¿Amazonía sí, Andes no? La consulta previa durante el Gobierno de Ollanta Humala Mauricio Zavaleta	257
Conclusiones	287
Sobre los autores	293

Prólogo

La confección de un libro, en este caso una obra colectiva en la que intervienen diversos autores, responde a la necesidad vital –y por ende tan humana– de participar en el debate público. Es una forma de brindar testimonio de ese compromiso que sentimos, como ciudadanos, de contribuir con alternativas superadoras a los dilemas y desafíos de la sociedad en la cual vivimos. Ese impulso que nos llama a contribuir con ideas y propuestas conforma el lazo que nos une, a los coordinadores de la obra, con los colegas que también participan de ella.

La coincidencia profunda que nos acerca está igualmente forjada a través de esa vocación académica en la que la universidad representa no solamente una etapa de paso en algún momento, sino un lugar de referencia y permanencia en nuestras existencias. Los coordinadores de esta obra tenemos como ese ámbito sagrado a la Universidad del Pacífico, la segunda casa que nos cobija y nos estimula para dar lo mejor en el proceso creativo que supone la vida académica.

La publicación de este libro es producto, entonces, del camino vocacional que nos une, pero es, en última instancia, el resultado del entrañable afecto que nos prodigamos entre nosotros. Ese sentimiento de afecto que nos acerca se ha visto fortalecido después de compartir este proyecto, que sentimos nuestro y de los colegas que nos acompañaron con sus aportes. Tenemos con ellos una especial deuda de gratitud por la paciencia y consideración que tuvieron ante los tiempos que demandó poner a punto la obra.

La apuesta de un libro con propuestas de reformas que congrega a un grupo de académicos de las ciencias sociales, forma parte de ese velar permanente que demanda la vida en democracia. En el caso del Perú, como ocurre en el resto

de los países vecinos, estamos todavía transitando por una etapa de fragilidad y precariedad que probablemente requiere un mayor compromiso que en otras latitudes. Es nuestro anhelo que las propuestas que dan vida al libro contribuyan de alguna forma con una democracia que nunca debemos asumir como dada o carente del peligro de nuevos retrocesos autoritarios.

Ronnie Farfán, Santiago Mariani y Cecilia O'Neill

Introducción

RONNIE FARFÁN, SANTIAGO MARIANI Y CECILIA O'NEILL

La democracia, que se ha visto restaurada en América Latina a partir de los años ochenta del siglo pasado (Huntington, 1994), se muestra todavía –en especial en el Perú– como un proceso que cosecha niveles bajos de satisfacción ciudadana en lo que respecta a su desempeño y resultados¹. Sin desconocer que, por primera vez en la historia de nuestra región, la estabilidad y continuidad en la dimensión electoral no tienen precedentes y representan un dato contundente (Malamud, 2002), la posibilidad de seguir avanzando hacia un mayor desarrollo en el marco de las libertades logradas ha incentivado el esfuerzo de académicos y decisores sobre posibles caminos para lograrlo (Nohlen, 2008). En tal sentido, la dinámica institucional, y sus implicancias y efectos sobre la consolidación democrática, ha ido generando en las últimas décadas una atención creciente, desde las ciencias sociales en general y desde la ciencia política en particular, mediante diversos y renovados aportes (Ortega Riquelme, 2004).

La literatura académica que se ocupa del tema de las instituciones en particular ha estado tradicionalmente enfocada en los países altamente industrializados y con instituciones democráticas maduras o consolidadas. Los mayores aportes y contribuciones se han realizado tomando a estos países como unidad de análisis. Las últimas décadas, con el regreso de la democracia a nuestra región, han generado novedades en este campo de estudio.

¹ Durante la última década, son numerosos los estudios que dan cuenta de la insatisfacción generalizada y la baja credibilidad que cosechan las instituciones democráticas. Véanse, por ejemplo, los informes de Latinobarómetro. Pueden consultarse en <http://www.latinobarometro.org/lat.jsp>

Después de una serie de reformas institucionales que se han ensayado en América Latina durante los años ochenta y noventa del siglo pasado, se ha ido profundizando el debate sobre los resultados que han tenido las experiencias reformistas a nivel de las reglas de juego. El estudio de los resultados potenció un debate académico que ha intentado explicar los efectos producidos por las nuevas reglas que se introdujeron, pero incluyendo la perspectiva de cómo las instituciones, no solo en el nivel de las reglas formales, determinan o limitan las expectativas y comportamientos de los individuos. Se trata de una nueva agenda de investigación que trae aportes diversos y renovadas perspectivas, en el marco del interés creciente sobre la consolidación de los regímenes democráticos de nuestra región, pero desde un enfoque distinto (Ortega Riquelme, 2004).

Una de las principales conclusiones que se recogen en este debate ampliado a nuestra región es la debilidad del entorno institucional como la principal característica que nos define (Nohlen, 2008; Levitsky & Murillo, 2012). La debilidad institucional supone dos cuestiones. Por un lado, que la aplicación adecuada de las normas no es recurrente y que este rasgo está acompañado de un margen de arbitrariedad elevado en su aplicación efectiva. Por otro lado, el argumento se complementa con una permanencia de corta duración de las normas en el tiempo y con un registro de muy pocos casos de «sobrevida» o continuidad ante cada cambio en la configuración del poder (Levitsky & Murillo, 2012).

La certeza sobre esta debilidad institucional que destacan algunos autores se deriva de constatar que la durabilidad de las reglas de juego diseñadas e implementadas en las transiciones democráticas, algo que se daba por sentado hace más de dos décadas, tuvo resultados bien distintos a lo esperado: «en lugar de echar raíces y generar expectativas de comportamiento compartidas, las reglas formales son ampliamente impugnadas, rutinariamente violadas, y frecuentemente cambiadas» (Levitsky & Murillo, 2010, p. 32).

A partir de la verificación de la inestabilidad institucional como un patrón característico en la mayoría de los países de la región, el «reemplazo constante» es uno de los conceptos que mejor sintetizan esa dinámica donde el cambio institucional está lejos de seguir un patrón más gradual e incremental, tal como sucede en los países industrializados con altos niveles de desarrollo (Levitsky & Murillo, 2012, p. 18). El cambio institucional en estos países no se produce, como pareciera ser la característica dominante en América Latina, por un reemplazo repentino y abrupto de las reglas formales o como algo «frecuente y radical», sino esencialmente por la acción de actores que «lentamente las subvierten, y construyen nuevas alrededor de ellas, o las redireccionan» (Levitsky & Murillo, 2012, p. 20).

En nuestra región, el patrón de cambios permanentes en las reglas de juego se presenta, entonces, en general, como una constante histórica. Este proceso repentino y radical, que se ha desplegado en diversas ocasiones a lo largo de la historia de nuestros países, se corporiza en ocasiones como una «cirugía mayor sin anestesia»². El Perú, entre otros, pareciera formar parte de ese patrón de «reemplazo constante», a juzgar por las 13 constituciones que se adoptaron desde su independencia en 1821. El contexto peruano podría entonces resumirse como uno en el que las reglas de juego se someten a cambios constantes. Las repercusiones que genera esta dinámica pueden verse en unas políticas públicas que tienden a ser erráticas, volátiles y altamente reversibles (Morón & Sanborn, 2007).

El renovado debate sobre reformas para la consolidación democrática

Desde los primeros debates sobre el tipo de ajuste institucional que se necesitaría para avanzar en la consolidación democrática regional, las propuestas de reformas a todo nivel formaron parte del eje dominante de la agenda pública. El espíritu de aquella corriente reformista, llamada «ingeniería constitucional», partía de la certeza de que las reformas por sí mismas fortalecerían la democracia. Se asumía, desde esta concepción, que el camino idóneo para producir cambios en la dinámica política giraba en torno a implementar las «mejores reglas» (Nohlen, 2008). Es decir que, independientemente del contexto en el que se intentaron aplicar, la cuestión central para afrontar correctamente la debilidad institucional estaba en implementar determinados cambios a nivel formal asumiendo que, con mejores reglas, la dinámica política funcionaría mejor.

Mientras la ola reformista operaba bajo estos supuestos, la «Nueva Economía Institucional» (NEI) irrumpió en escena para destacar la importancia de las instituciones, tanto a nivel formal como informal, en la explicación de los diferentes niveles de desarrollo. La importancia de las instituciones, como una explicación posible de la evolución diferente que han tenido los países desarrollados en comparación con nuestra región, produjo una revisión de los postulados que propuso aquella primera ola reformista.

El punto de partida asumido por los teóricos de la NEI señala a las instituciones como normas o reglas de juego que determinan la dinámica de organizaciones e individuos dentro de una sociedad. Bajo esta premisa, las reglas de juego pueden

² Es un término que utilizó Menem para ilustrar la implementación radical de reformas de cuño neoliberal en Argentina durante su presidencia (1989-1999). Tomado de <http://www.proceso.com.mx/183537/en-argentina-ldquocirugia-mayor-sin-anestesia-rdquo>

ser tanto formales como informales y las organizaciones son los jugadores que persiguen determinados objetivos compartidos (Burki & Perry, 1998; Drinot, 2006). Pero aun cuando las instituciones son de enorme relevancia, el entramado particular de cada contexto donde se insertan resulta crucial para ensayar explicaciones sobre los niveles de desarrollo alcanzados o las limitantes que lo imposibilitan (Drinot, 2006).

De acuerdo con este razonamiento sobre la importancia de pensar las instituciones tomando en cuenta el entramado donde se insertan, los nuevos intentos de reformas en la región deberían de considerar las diversas variables que operan en el contexto particular de cada situación. El contexto importa, entonces, tanto o más que el tipo de instituciones que se diseñen, porque es el marco donde se asientan y porque las reglas no formales también determinan los distintos efectos que finalmente producen estas reformas (Nohlen, 2008).

A partir de esta mirada, según la cual es crucial tomar en cuenta el contexto donde operan las reglas formales, se proponen, en esta obra una serie de reflexiones y posibles aterrizajes en forma de propuestas que podrían contribuir a fortalecer el endeble andamiaje institucional sobre el que se asienta la dinámica política, económica y social peruana. De allí que el conjunto de trabajos que conforman el libro tienen como punto de contacto el contexto específico peruano en una mirada histórica de largo plazo.

Los posibles cambios que se proponen, se asumen entonces desde los condicionamientos reales que determina el contexto a través de las ideas y valores que se ponen en juego, tanto a nivel de las élites como de la sociedad en general. Desde este punto de vista, como se señala en parte de la literatura, consideramos que la cultura política sería una de las variables de mayor importancia para el debate sobre el tipo de instituciones que mejor podrían contribuir a consolidar la democracia en el Perú (Nohlen, 2008). Tampoco se puede perder de vista que la variable en cuestión, a diferencia de los países donde se ha consolidado la democracia como forma de gobierno, opera en un marco de condicionantes históricos y restricciones estructurales particulares.

Creemos que el valor de este compendio de propuestas de reformas institucionales enfocadas en la democracia peruana reside en la diversidad y amplitud de temas que se intenta abarcar, expresión de esa complejidad económica, política y social que debe considerarse para un país como el Perú. Los aportes en cuestión se extienden desde la discusión general sobre el desafío de implementar reformas institucionales en un contexto como el peruano; el plano de una representación política disminuida y los efectos que se generan sobre el proceso de toma de deci-

siones en los temas nacionales; la normatividad excluyente de derechos y garantías en los sectores más vulnerables, o su contracara, con una profusión normativa que no encuentra una correcta implementación; y las políticas públicas de un Estado que no mide resultados ni logra evaluar sus impactos; hasta incluso cuestiones sectoriales de carácter estratégico.

El nivel en el que deberían operar las reformas

El desafío institucional en nuestro contexto, sobre el cual esta obra intenta aportar reflexiones y propuestas, pareciera navegar entre una democracia electoral que logra por primera vez perdurar en el tiempo, y una gobernabilidad democrática empantanada que no termina de cuajar con firmeza (Malamud, 2002). El dilema de la gobernabilidad en una sociedad crecientemente compleja como la peruana se acentúa con los altos niveles de desconfianza y rechazo que se mantienen desde hace tiempo entre la mayoría de los ciudadanos.

La brecha de confianza que forma parte de nuestra cultura democrática es básicamente un rechazo a quienes pretenden representar a la sociedad para tomar las decisiones colectivas. Ese rasgo de nuestra cultura democrática, imbuida de una baja legitimidad, está también presente, en distinta medida, en la región. Las relaciones familiares y de amistad parecieran ser las que se privilegian para dirimir los asuntos cotidianos en nuestras sociedades (Nohlen, 2008).

En seguimiento a ese planteamiento, la experiencia peruana muestra que se ha confiado en mayor medida en líderes carismáticos para operar sobre la trama de la gobernabilidad, antes que en un conjunto de reglas mantenidas a lo largo del tiempo. En otras palabras, los peruanos han confiado más en personas que intentaron colocarse por encima de las disputas políticas, antes que en un juego de concertación amplio sobre reglas y normas para sostenerse en el tiempo (Morón & Sanborn, 2007). En otros países de la región, como Argentina por ejemplo, se ha seguido un patrón similar, al intentar ligar el cambio institucional con determinados líderes carismáticos (Malamud, 2002). Los resultados de esta andadura cargada de inestabilidad sugieren la búsqueda de alternativas de acuerdos colectivos, que son más costosos de construir, pero que aseguran una estructura distinta de incentivos para los actores que podrían liderar el fortalecimiento de instituciones que aseguren los resultados que las mayorías demandan y esperan de sus gobernantes.

El dato acuciante de esa falta de confianza que nos agobia y el bajo nivel de legitimidad en el que se insertan las instituciones entraña una andadura peligrosa

porque puede inducir el debate sobre las reformas que se necesitan solamente en el nivel de la representación, esto es, en el quién toma las decisiones. Las reformas así pensadas se agotarían en una reforma política a nivel de los gobernantes o decisores, pero entendemos que la burocracia estatal tiene también una importante influencia en la implementación de las decisiones que se toman.

Vale decir que las reformas dirigidas solamente en el nivel de la representación, como respuesta a las demandas de cambio, parecen haber sido o serían insuficientes, porque profundizarían aún más la brecha de legitimidad. Por lo tanto, la visión de una reforma que abarque solamente la dimensión de la representación, sin tener en cuenta la eficacia del aparato del Estado para la implementación de las políticas públicas, seguirá siendo insuficiente para romper la secuencia o círculo vicioso entre desconfianza, demandas de reformas, respuestas incorrectas y mayor aumento de la brecha. El *delivery* o los resultados, en forma de bienes públicos de calidad, requiere incluir también el desafío de pensar las estructuras del Estado. De ello dependerá el fortalecimiento de los niveles de legitimidad, que a su vez dependen de la trama de incentivos que oriente la conducta de los actores (Malamud, 2002).

Aspiramos, a partir de este esfuerzo conjunto de un grupo de académicos, a que la combinación de propuestas de reformas sobre las reglas del régimen político, pero también sobre los distintos niveles de implementación del aparato del Estado, representen otro aporte a la discusión sobre la gobernabilidad. Hemos apostado por una convocatoria a colegas de distintas especialidades para que elaboren propuestas pensadas en estos distintos niveles, que, como sugieren algunos autores, es desde donde se podría lograr una mayor eficacia gubernamental y avanzar hacia una mayor dosis de gobernabilidad democrática (Malamud, 2002).

De hecho, todo lo hasta aquí expuesto es compatible con las hipótesis formuladas por los distintos autores que participan de este libro. Paula Muñoz y Eduardo Dargent advierten el riesgo de desatender las circunstancias particulares del país en el momento de intentar promover cambios a través de la modificación de reglas formales. Coinciden Ronnie Farfán y Leda M. Pérez, al llamar la atención sobre un Estado que promueve políticas públicas y regulaciones que no son evaluadas y sobre las cuales muchas veces ni siquiera existen reglas o sistemas de información que permitan fiscalizar su cumplimiento. Y, en la misma línea, Rocío Villanueva y Carlos J. Zelada dan cuenta de cómo las estructuras normativas no son suficientes allí donde no exista un aparato burocrático debidamente capacitado para hacerlas cumplir; en estos casos, para la protección de las mujeres ante la violencia y para el reconocimiento de derechos de la ciudadanía LGBTI.

Roxana Barrantes insiste en la imposibilidad de avanzar allí donde no se incorpore un enfoque que considere los derechos de la ciudadanía en la toma de decisiones públicas, por más técnicas que estas sean, y halla un ejemplo claro en el uso de las metodologías utilizadas para definir la viabilidad de los proyectos de inversión. Se suma a este punto la necesidad de introducir mecanismos que permitan mejorar los niveles de representación de los ciudadanos en una institución fundamental para la democracia como el Congreso de la República y que, al mismo tiempo, coadyuven a asentar el arraigo político de las decisiones públicas, tal como señalan Santiago Mariani, Martín Pérez y Milagros Campos. La mejora de los canales de representación política de las poblaciones indígenas, que encuentra un cauce valioso en mecanismos como el de la consulta previa, se presenta como una línea de acción que apunta en el mismo sentido, según lo advertido por Mauricio Zavaleta.

Finalmente, William Postigo evidencia las consecuencias de la profusión normativa y de las graves deficiencias de gestión de un Estado que no puede implementar correctamente sus decisiones, desde el punto de vista de lo que ocurre en la promoción de la inversión privada y de los avances formales que se han llevado a cabo en el uso de las herramientas que provee el ordenamiento territorial. Jorge Valenzuela apunta en la misma dirección al dar cuenta de la necesidad de articular correctamente la colaboración público-privada para cerrar las brechas que obstaculizan el desarrollo y limitan la calidad de vida de los ciudadanos, como sucede en el caso de la cobertura de energía en el país.

La evidencia empírica sobre las reglas de juego que determinan cómo se institucionaliza la política, resulta de vital importancia para iluminar posibles situaciones de privilegios y desventajas que, de perdurar en el tiempo, pueden generar un mayor cuestionamiento y mayor desencanto con los representantes elegidos y las instituciones que configuran el proceso de toma de decisiones. La persistencia de una dinámica viciosa que es desde hace tiempo cuestionada tendrá, a nuestro juicio, un impacto altamente negativo sobre la endeble legitimidad que sostiene la democracia en el Perú. En última instancia, creemos que las instituciones políticas deben posibilitar mayores niveles de igualdad entre los ciudadanos, de modo que puedan influir y participar en el proceso de toma de decisiones.

En síntesis, esta obra busca contribuir a replantear, o por lo menos a enriquecer, a través de las propuestas esgrimidas, los términos del debate público, con miradas alternativas y críticas a esa inercia en la cual resulta casi una herejía la discusión de las posibles asimetrías del poder constituido y las lógicas excluyentes. Las diferentes propuestas tienen entonces por objetivo proveer algunas de

esas respuestas concretas que necesita una democracia que, luego de haber sido recuperada en 2002, se asienta todavía sobre una estructura endeble y precaria susceptible de colapsar o de permanecer en esa inercia que obstruye el ingreso del Perú a la senda del desarrollo.

Referencias

- Burki, S., & Perry, G. (1998). *Mas allá del Consenso de Washington: la hora de la reforma institucional*. Estudios del Banco Mundial sobre América Latina y el Caribe.
- Drinot, P. (2006). Construcción de nación, racismo y desigualdad: una perspectiva histórica del desarrollo institucional en el Perú. En Crabtree, J. (Ed.), *Construir instituciones: democracia, desarrollo y desigualdad en el Perú desde 1980* (pp. 11-31). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú / Universidad del Pacífico / Instituto de Estudios Peruanos.
- Huntington, S. F. (1994). *La tercera ola: la democratización a finales del siglo XX*. España: Paidós Ibérica.
- Levitsky, S., & Murillo, M. V. (2010). Variación en la fortaleza institucional. *Revista de Sociología*, 24, 31-56. Weatherhead Center for International Affairs, Harvard University.
- Levitsky, S., & Murillo, M. V. (2012). Construyendo instituciones sobre cimientos débiles: lecciones desde América Latina. *Politai*, 3(5), 17-44.
- Malamud, A. (2002). Gobernabilidad, gobernanza y reforma política en Argentina. Presentado en el VII Congreso Internacional del CLAD sobre la reforma del Estado y de la administración pública, Lisboa, Portugal, 8-11 de octubre de 2002.
- Morón, E., & Sanborn, C. (2007). *Los desafíos del policymaking en el Perú: actores, instituciones y reglas de juego*. Documento de Trabajo 77. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.
- Nohlen, D. (2008). Instituciones y cultura política. *PostData*, 13, agosto, 27-47.
- Ortega Riquelme, J. M. (2004). El nuevo institucionalismo en la ciencia política. *Revista Mexicana de Sociología*, 66, número especial (octubre), 49-57.

Cuerpxs indisciplinadx: hacia una mirada cuir (*queer*) (cuy-r) de la regulación jurídica de las sexualidades disidentes

CARLOS J. ZELADA¹

Para Andrés

Y quién puede negar ya, a estas alturas de la vida, que lo que nos faltó siempre fue E. T. A., es decir, aquello que los navegantes de aire, mar y tierra suelen llamar en inglés *Estimated time of arrival*. Porque la gran especialidad de Fernanda María y la mía, a lo largo de unos treinta años, fue la de nunca haber sabido estar en el lugar apropiado ni mucho menos en el momento debido.

O sea que jode, realmente jode, y cómo, tener que reconocer que fuimos mejores por carta.

Alfredo Bryce Echenique, *La amigdalitis de Tarzán*

Disclaimer

¿Por qué mejor no les aconsejas a tus amigos homosexuales a no ser promiscuos y dejar de estar buscando hombre por aplicaciones? Siempre son asesinados por sus maridos o por gente promiscua.

Comentario en redes luego del asesinato por odio del periodista José Yactayo (Lima, marzo de 2017)

Muérete, cabro de mierda.

Usuario de Facebook bajo perfil anónimo (Lima, enero de 2017)

¹ Este texto se ha beneficiado de los valiosísimos comentarios de mis buenos amigos Brenda Álvarez, Giancarlo Cornejo, Gonzalo Guevara, Julián Mezarina, Juan Diego Mujica, Carolina Neyra y Diego Quesada. A ellxs, gracias mil por aguantar mis constantes preguntas en la construcción de estas ideas. Espero de alguna forma haber logrado plasmar sus cuestionamientos y comentarios en lo que hoy aquí presento.

Debo empezar diciendo que escribir estos párrafos ha sido personalmente complejo y tedioso. Al pensarlos me he sentido inseguro. Al escribirlos me ha vuelto a rondar el miedo a la muerte.

Por un lado, me plantean la responsabilidad de redactar sobre un tema del que poco se conversa en la literatura jurídica peruana *mainstream*. Ahora que tengo (¿tenemos?) esta oportunidad, ¿qué debería(mos) decir acerca de la discriminación en contra de quienes somos LGBTI²? ¿Serán estas páginas lo suficientemente convincentes para transmitir con urgencia las carencias de nuestro sistema jurídico frente a la diversidad sexual? Teniendo en cuenta la imposibilidad de abordar la totalidad de las relaciones entre las sexualidades disidentes y el Derecho en un espacio tan breve (un capítulo dentro de un libro colectivo), ¿cuál de las aristas de la problemática jurídica de la sexualidad no normati-

² Utilizo el acrónimo LGBTI para referirme a las personas que nos identificamos como lesbianas, gais, bisexuales, trans* o intersexuales.

Prefiero utilizar el prefijo-término «trans*» —en lugar de «transgénero», «trans-» o «trans»— para identificar a las personas con identidades de género no normativas. El uso de la palabra «trans*» —así, con el asterisco— es propuesto por Tompkins como un manifiesto que reivindica de manera más idónea aquellas identidades no incluidas en el paradigma cisnormativo y/o binario (2014, pp. 26-27).

Sobre el uso del asterisco, Cabral (2009, p. 14) señala deliciosa y poéticamente que:

Podríamos escribir siempre los.

Podríamos escribir as/os.

Podríamos escribir las y los.

Podríamos escribir las, los y les.

Podríamos usar una arroba.

Podríamos usar una x.

Pero no. Usamos un asterisco.

¿Y por qué un asterisco?

Porque no multiplica la lengua por uno.

Porque no divide la lengua en dos.

Porque no divide la lengua en tres.

Porque a diferencia de la arroba no terminará siendo la conjunción de una a y una o.

Porque a diferencia de la x no será leído como tachadura, como anulación, como intersex.

Porque no se pronuncia.

Porque hace saltar la frase fuera del renglón.

Porque es una tela de araña, un agujero, una estrella.

Porque nos gusta. ¡Faltaba más!

Ahora bien, el asterisco no aparece siempre y en todas partes.

No se usa para todo, ni tod*s lo usan.

En este libro la gente escribe como quiere y puede.

El asterisco no se impone.

De todas las cosas,

Ésa.

Ésa es la que más nos gusta.

va debería resaltarse aquí estratégicamente? ¿Cómo aprovechar al máximo esta oportunidad de ser escuchad(x)?

Pero la redacción de estas líneas me confronta además con mi a menudo ignorado privilegio en el acrónimo LGBTI³. Si bien el que escribe estas líneas se identifica como homo-bi-sexual, también es hombre endosexual y cisgénero. Agnóstico con algunos residuos de espiritualidad. Latino, hijo de migrantes nacido en la capital, pero que ha vivido un tercio de su vida en el norte más global del planeta. Un feminista marrón que –por ironías del destino– fue forjado en su niñez y adolescencia bajo las férreas reglas de una Iglesia cristiana conservadora. Un estudiante marginal del Derecho que recibió –contra todo pronóstico– una formación académica privilegiada que le ha permitido ejercer la profesión de abogado de manera poco convencional⁴. En otras palabras, mis etiquetas (mis identidades) son poco representativas de los matices de las letras del acrónimo LGBTI que parecen identificarme.

Y es desde esa posición marginal de la G y de la B que quiero confesar que escribo. Escribo, por eso, con temor. Temor, pues en mi discurso no solo hablo de mí sino que también «hablo por» (*speaking for*) y «hablo de» (*speaking about*) otrxs a los que –aparentemente– represento (Alcoff, 1991, pp. 8-9) o que estoy siendo «obligado a representar» por la fuerza de las circunstancias⁵. ¿Dónde están lxs otrxs? ¿Por qué no están aquí? De alguna manera, hago eco de la angustiada confesión de Cornejo cuando dice: «Temo que mis palabras sean leídas como “representativas”

³ Prefiero hablar del «acrónimo», de las «siglas» LGBTI, o simplemente de «personas» LGBTI, antes que de un «colectivo» o «movimiento» que parezca homogéneo y sin tensiones. Soy un convencido de que, en no pocas ocasiones, la noción del «nosotrxs», «nosotros» o «nosotras» en la diversidad ha terminado encubriendo y hasta naturalizando los mismos comportamientos de violencia y exclusión que son cuestionados por quienes no encajamos en las sexualidades normativas. De hecho, hay quienes afirman que las identidades representadas en el acrónimo LGBTI son en realidad etiquetas de corte médico-patológico surgidas en contraposición a la regla de la heterocisnormatividad. Preciado diría, por ejemplo, que «[l]a identidad homosexual, [...] es un accidente sistemático producido por la maquinaria heterosexual, y estigmatizada como anti-antinatural, anormal y abyecta en beneficio de la estabilidad de las prácticas de producción de lo natural» (2002, pp. 25-26).

⁴ Tomando prestada una frase genial de Sabsay, yo sufro –sin duda– de «(dis)locación geo-académica» (2014, p. 46).

⁵ En paralelo, bajo todas mis interrogantes subyace otra cuestión decisiva para el debate de lo cuir (*queer*) (cuy-r): en el Perú, las voces de lxs sexualmente diversos en el mundo académico-jurídico todavía no suelen ser explícitas. ¿Por qué sus silencios? ¿Por qué su invisibilidad? ¿Qué esconden nuestras ausencias en el debate académico de lo LGBTI?

La acepción «cuy-r» se la he robado a Diego Falconí, buen amigo *marica*, a quien más de una vez he disfrutado escuchar mientras utiliza dicho término para ironizar sobre las contingencias y contradicciones del aterrizaje de la teoría *queer* en el sur andino (Falconí Trávez, 2016).

de un movimiento diverso y complejo, y así caer en la trampa que espero más bien contribuir a visibilizar y cuestionar» (2015, p. 131).

Por ello, lo que diga aquí sobre las otras corporalidades y formas de ser y sentir la sexualidad —femeninas, lésbicas, trans*, intersexuales, o simplemente no normativas— pasará por el filtro de mis particulares experiencias y lugares en la discriminación y en la diversidad. Un par de anteojos que espero no hagan invisibles las voces detrás de la L, la T y la I (y hasta de las mismísimas G y B), ni tampoco las de otras identidades que se intersecan en el cuerpo que habito (mis otras «matrices», como la etnia, la clase o la nacionalidad)⁶.

En todo caso, sé que soy representativo de mi propia experiencia. Lo que intentaré aquí, con bastante cautela, es que esta experiencia mía pueda al menos advertir la urgencia por abrir espacios para que las demás voces de la diversidad —esas que también debieron estar aquí— puedan ser escuchadas a tiempo.

Es con este *disclaimer* que, ahora sí, comienzo a escribir(les).

Advierto que este es un texto experimental. Comenzaré contándoles cuatro historias acerca de las vivencias cotidianas de quienes somos LGBTI en el Perú. En la siguiente sección, entraré a describir a fondo cómo creo que debe aplicarse el enfoque cuir (*queer*) (cuy-r) al Derecho, a partir de una propuesta metodológica en cuatro categorías. Cierro con algunas reflexiones muy preliminares —pero, creo, necesarias— en torno al panorama jurídico de lo LGBTI en nuestro país. Mi deseo es que usted, *querido lector*, al llegar al final de estos párrafos pueda —como yo— imaginar un futuro en el que el destino común sea el de la solidaridad y el respeto y no solo el de la mera tolerancia⁷.

⁶ La sexualidad debe pensarse también «interseccionalmente» con otros campos de poder y saber, pues en un mismo cuerpo LGBTI pueden habitar otras identidades que pueden hacernos aún más vulnerables frente la violencia. Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) considera que: «[U]na mujer trans[*] afrodescendiente que ha sido desplazada internamente a una zona rural y que vive en la pobreza experimentará la violencia y las consecuencias de ésta de una manera diferente a un hombre gay, blanco, con alto poder adquisitivo y que vive en una gran ciudad» (2015, p. 163). En la misma línea, la Defensoría del Pueblo ha sostenido que «la discriminación contra [las personas LGBTI] a menudo se ve exacerbada por otros factores como el sexo, el origen étnico, la edad y la religión, así como por cuestiones socioeconómicas como la pobreza. Esas formas de discriminación pueden tener efectos tanto a nivel individual como en el plano social, ya que las personas LGBTI que ven negado su acceso a derechos como el trabajo, la salud, la educación, entre otros, viven en situaciones de pobreza y privadas de toda oportunidad económica» (2016, p. 29). Finalmente, tampoco hay que olvidar, como Facio y Fries advierten, que «todas las formas de discriminación y opresión son igualmente oprobiosas; descansan las unas en las otras y se nutren mutuamente» (2005, p. 265).

⁷ Aspiro de alguna forma a lo que Wayar enuncia como el objetivo de «lo travesti» como teoría: «Es ésta una teoría en construcción, lo suficientemente buena como para despertar conciencias que

Cuatro historias

Imagínate que no puedes declararte a la chica que tanto te gusta porque si le dices algo podrían sacarte la mierda a patadas. Porque existe la posibilidad de que se burlen de ti o te expulsen del colegio. Que tus padres se pregunten qué hicieron mal para tener un hijo como tú.

Da Morgue, *Me muero*

¿Qué Pokemon de mierda es ése? ¡Ya pues, acéptate como eres: un maldito hombre! Deja de hacer el ridículo y busca ayuda psicológica. Eso no es normal, por más que un millón de jabalíes femilocas te lo digan o que te defienda el colectivo de las diez mil letras.

Comentario en redes luego de la elección de una mujer trans* como representante estudiantil en una universidad privada (Lima, enero de 2017)

Ser distinto en un mundo sexualmente homogenizador es *angustiante*.

En *Homophobia: A History*, Fone argumentaba que la discriminación contra quienes somos sexualmente diversos constituye el «último prejuicio aceptable» (2001, p. 5). En la misma línea, Young-Bruehl sostenía hace algunos años que, a diferencia de otro tipo de prejuicios «clásicos» (como los raciales, sexistas y anti-semitas⁸), en la discriminación contra lo sexualmente no normativo se combinan ingredientes de obsesión, histeria y narcisismo que hacen de ella una fobia única enfocada en quienes con su sola presencia subvierten y ponen en riesgo el orden sociosexual preestablecido (1998, p. 137). Y es que, como retoma Fone, la fobia

sumen a la acción reproductiva de subjetividades capaces de empatizar con la otredad, capaces de la creatividad necesaria que Oscar Wilde reclama para observar ante quien roba no un problema jurídico con ánimo punitivo sino un problema de equidad social de alguien que roba para dar de comer a su prole. Es lo suficientemente buena como para ver qué resultados venimos obteniendo con las mismas estrategias y tener el coraje de cambiarlas. Es al menos necio en grado sumo pretender resultados diferentes realizando los mismos actos. Necesitamos salir de la negación constante de nuestra responsabilidad de los actos individuales, colectivos, sociales e institucionales. Detrás de un Estado que criminaliza, hay necesariamente una sociedad que lo hace. Somos cómplices, por acción u omisión. Yo soy con mi Estado y sociedad ejecutor/a de racismo, xenofobia, misoginia, transodio. Un Estado que discrimina» (2018, p. 18).

⁸ En otro estudio clave para la comprensión de la discriminación, Don Kulick señala que la homofobia es distinta al racismo y al sexismo en tanto «hace específica la dirección del prejuicio de una manera única: mientras que los objetivos del racismo y el sexismo son mayoritariamente personas de color y mujeres, respectivamente, no existe nada en el concepto mismo que impida que personas blancas y hombres se declaren víctimas de prejuicios raciales y de género. El racismo y el sexismo son, de alguna manera, conceptos con igualdad de oportunidades. La heterofobia, por otro lado, no puede existir» (2009, p. 23).

contra lo sexualmente distinto «tiende a surgir con especial fuerza cuando las personas sienten amenazadas las certezas surgidas desde los roles tradicionales del género; las “verdades” religiosas, estatales o sociales; o la sexualidad sana y la salud del individuo» (2001, pp. 6-7).

En el Perú, ser sexualmente diverso es, además de angustiante, *peligroso*.

En 2013, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú presentó los resultados de una encuesta en la que el 93 por ciento de los entrevistados señalaban que las personas LGBTI se encontraban más expuestas a la discriminación (maltratos físicos y verbales, amenazas, chantajes) que cualquier otro grupo social. En la misma encuesta se revelaba también que el 45 por ciento de los encuestados consideraban que las personas LGBTI no deberían ser docentes en las escuelas, y que un 59 por ciento opinaban que el Estado no debía concederles acceso alguno al matrimonio civil (2013, pp. 26-28).

Lo anterior guarda una relación muy estrecha con lo que la Defensoría del Pueblo del Perú afirmaría algunos años después sobre quienes somos sexualmente disidentes: «Las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans[*] e intersex (LGBTI) afrontan una serie de problemas en el ejercicio de sus derechos a causa de los prejuicios, estereotipos y estigmas que existen sobre su orientación sexual e identidad de género. Esta situación los convierte en un grupo especialmente vulnerable y proclive a sufrir atentados contra su vida e integridad, discriminación, exclusión y negación de derechos no sólo por las autoridades o terceras personas sino también por su propia familia y entorno más cercano» (2016, p. 15).

Las cercanías del clóset, pero también sus periferias y contornos, suelen estar llenas de complejidades⁹. Si te quedas dentro, tu seguridad es relativa por el miedo a ser descubierto. Si sales, tu exposición te puede hacer abyecto incluso frente a personas de tu círculo familiar o afectivo. Resulta entonces que, cuando uno es sexualmente distinto, es mejor aparentar: conviene ser «caleta», invisible o, lo que es peor, simplemente no existir (Cornejo, 2010). Es una cuestión de superviven-

⁹ En este punto, no puedo dejar de mencionar el estupendo texto de Carlos Ulises Decena, «Sujetos tácitos», en el que se señala que en América Latina el clóset es «un esfuerzo colaborativo. Mantener la puerta del clóset entreabierta se logra sólo en la medida en el que el sujeto *gay* y sus allegados co-producen el clóset cuando interactúan entre sí» (2014, p. 232). En el ensayo introductorio a otro importante grupo de textos (*The Politics of Sexuality in Latin America*), Corrales y Pecheny argumentan también que «la paradoja de las políticas LGBT[I] es que el clóset se ha convertido en un espacio necesario de ingreso para que los ciudadanos [LGBTI], al menos ocasionalmente, encuentren seguridad e inclusive libertad. Sin embargo, el quedarse en el clóset debilita el activismo LGBT[I], pues reduce el número visible de seguidores de la causa, impidiendo así que se logren alcanzar mayores protecciones y libertades» (2010, p. 9).

cia en la que uno tiene que encajar lo más que se pueda en los moldes sexuales que nos brinden seguridad. Ser disidente sexual o, como Preciado califica, ser «contra-sexual», es suicida (2002, pp. 18-21).

Las cuatro historias que siguen, todas ocurridas en nuestro país, muestran –justamente– la materialización de estos temores y prejuicios.

Miguel y Christian se conocieron en 1998. Se enamoraron. Comenzaron a vivir juntos algunos meses después. En 2009, compraron una propiedad en Lima en la que residen hasta hoy. En 2014, tras 16 años de relación, viajaron a Argentina para contraer matrimonio civil. Un año después, lograron registrar su licencia matrimonial en Madrid, pues uno de ellos es también nacional español. Intuye bien, *querido lector*: ellos están casados en Argentina y España. Lo irónico es que, en el Perú, donde ellos residen, ni siquiera califican como convivientes¹⁰. Para el Estado peruano, entonces, Miguel y Christian son solo dos hombres solteros que hace mucho tiempo comparten el mismo inmueble (y, *de facto*, la misma cama). Ambos han decidido solicitar al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) que sus documentos de identidad reflejen la verdad de su estado conyugal. Todo parece indicar que la respuesta de las autoridades administrativas encargadas será negativa¹¹.

Mario solo existe «en los papeles». Andrea es una mujer que cuando nació en 1957 fue registrada como una persona de características sexuales masculinas. El día que vino al mundo, los médicos limeños, marcados por el estereotipo de los genitales, dijeron a sus padres que tenían delante a un varón: Mario. Con el tiempo, Andrea se dio cuenta de que el nombre que le fue asignado en su partida de nacimiento no guardaba correspondencia alguna con la identidad que ella vivía

¹⁰ En el Perú, el matrimonio está definido en el artículo 234 del Código Civil (1984) como «la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer», mientras que la unión de hecho o convivencia está prevista en el artículo 5 de la Constitución Política (1993) como «la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial».

¹¹ En diciembre de 2016, la jueza Maurila Muñoz Carranza emitió una sentencia en un proceso de amparo que ordenaba al Reniec la inscripción del matrimonio igualitario celebrado por el ciudadano peruano Óscar Ugarteche en México. Esta decisión de primera instancia, inédita para la judicatura peruana, fue apelada por el Reniec bajo el argumento de que, en el Perú, «no existe respaldo legislativo para el matrimonio entre personas del mismo sexo». El tribunal superior decidió a favor del Reniec, por lo que la causa deberá dirimirse en el Tribunal Constitucional. A la fecha de cierre de este ensayo, todavía se encuentra pendiente conocer la decisión final en este caso.

En un texto académico que causó bastante revuelo, Zelada y Gurmendi han argumentado que la inscripción en el Perú de matrimonios igualitarios celebrados en el exterior no solo es constitucional y civilmente posible, sino que además es un mandato derivado de las obligaciones internacionales asumidas por el Perú en materia de derechos humanos (2016).

internamente y que deseaba expresar al mundo. A los 15 años, Andrea asumió públicamente su identidad trans* femenina: dejó su casa y decidió dejar allí a Mario para siempre. Desde entonces, todos conocen a Andrea, la mujer. Pasaron así 32 años. Sin embargo, todos sus documentos oficiales hablan de Mario. Aconsejada por un grupo de amigos, Andrea decidió acudir ante un juez para solicitar que se le reconociera como mujer. En 2014, tras seis años de litigio, un juez de primera instancia respondió negativamente a sus pretensiones. En uno de los párrafos de la resolución que archivaba definitivamente el caso, el juez le recordaba a Andrea que «existían algunas cosas que simplemente no podían modificarse». Andrea no apeló la decisión¹².

En abril de 2014, Alberto y Diego se encontraban en una de las áreas comunes de un conocido centro comercial de la capital. Alberto tenía para entonces 19 años, Diego acababa de cumplir 22. Se dieron un beso, tal como lo hacían otras parejas en el mismo espacio. Quedaron tomados de la mano. Al cabo de unos minutos, un vigilante se acercó para decirles que «no podían hacer mariconadas» allí. Diego grabó el incidente en la cámara de su teléfono y captó el instante preciso cuando el representante del centro comercial afirmaba que «no habría problema si fueran varón y mujer». Luego de ello, los amenazó con denunciarlos con la Policía. «En sus casas, sí; en la calle, no», sentenció el vigilante. Alberto y Diego hicieron viral la grabación del incidente en sus redes sociales. Al cabo de unos días, ambos iniciaron un procedimiento sancionador en contra del centro comercial ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). El corazón del argumento es que fueron discriminados a causa de su orientación sexual. La empresa declaró que su vigilante no tuvo motivación homofóbica alguna: que solo hizo eco de la incomodidad de otros clientes que se encontraban en el mismo espacio y que actuó más bien «preventivamente» para evitar que los niños alrededor pudiesen presenciar un acto «socialmente reprochable»¹³. Pasados unos meses, Alberto y Diego lograron ganar el procedimiento administrativo que iniciaron contra la empresa. Sin embargo, los insultos que recibió cada uno en sus redes sociales en los meses

¹² El Perú no cuenta todavía con una ley de identidad de género que permita a las personas trans* el reconocimiento de su nombre y/o sexo / género social. Ante la ausencia de un marco regulatorio, las personas trans* acuden al Poder Judicial vía procesos contenciosos para lograr el reconocimiento jurídico de su identidad de género. En la judicialización de estos casos, más allá de la (absurda) extensión temporal, los magistrados suelen requerir que las personas trans* argumenten en el Derecho desde paradigmas patológicos y médico-quirúrgicos (Zelada & Neyra, 2017).

¹³ En una conversación con Giancarlo Cornejo, él me hizo notar que, en esta parte de la narración «la homofobia se presenta no como una característica personal, sino como parte del tejido social».

siguientes a la difusión del caso fueron tan brutales que han decidido nunca más denunciar un acto discriminatorio en su contra. «Es mejor callarse. Ya tengo suficiente con lo que me hicieron pasar ese día y todos los problemas que me hace mi familia», apuntaba Alberto. «Una vez, una persona escribió en mi Facebook que personas como yo no deberíamos existir, y que esperaba que algún día me muera de sida. No entiendo por qué tanto odio», me decía Diego. Y es que, en el Perú, la denuncia pública de la discriminación a veces acarrea una mayor exposición a la violencia¹⁴.

Juliana es una adolescente que, desde que tiene uso de razón, recuerda haber sido «bulleada» en la escuela, el barrio y su casa. Juliana vive en La Victoria y no califica dentro de lo que solemos describir como una persona «femenina». Detesta los vestidos, le encanta jugar al fútbol, tiene una voz gruesa y un cuerpo robusto. «Machona» y «leca» son las palabras con las que más la han agredido. En un par de ocasiones, cuando tenía 14 años, unos compañeros de escuela la amenazaron con iniciarla sexualmente para ver si así «la ayudaban a hacerse mujercita». Desde ese día, Juliana prefiere guardar un perfil más silencioso. No quiere llamar la atención. No quiere que nadie sospeche de su atracción hacia las mujeres. Quiere ser «caleta». Episodios similares de *bullying* han sucedido en el barrio y, a veces, hasta en su casa. Su madre, quien la ama, no llega a comprender por qué esa necesidad de Juliana de proyectarse tan «ahombrada». ¿Acaso no se da cuenta?, ¿cuándo le trae un enamorado?, son las preguntas que le hace cada vez con mayor frecuencia. A menudo, Juliana piensa en fugarse de casa y, a veces, hasta en quitarse la vida¹⁵.

¿Qué tienen en común estas cuatro historias? Todas revelan las precarias vivencias del que habita en la periferia de la sexualidad virtuosa. Estas narrativas también revelan violencia: a veces física y brutal; en otras ocasiones, más sutil y

¹⁴ En el Perú, la orientación sexual y la identidad de género no han estado incluidas de manera explícita en las normas del Código Penal que tipifican las causales prohibidas de discriminación (artículo 323). Tampoco han estado visibles como circunstancias que agraven la pena de los delitos motivados en el odio y el prejuicio hacia una persona LGBTI (artículo 46). En enero de 2017, el artículo 1 del Decreto Legislativo 1323, propuesto por el Poder Ejecutivo, incorporó ambas posibilidades. Sin embargo, algunas semanas después, cuando la norma fue revisada en el Congreso, los grupos antiderechos presionaron a la mayoría fujimorista, que dispuso su inmediata derogación. Si bien para el momento de redacción de este texto la norma continúa –curiosamente– vigente, es cuestión de tiempo para que se formalice su derogación.

¹⁵ En el Perú, el currículo escolar vigente propone un enfoque de género del proyecto educativo. Sin embargo, colectivos vinculados a sectores antiderechos del catolicismo y del mundo evangélico han denunciado que se quiere –bajo la excusa del género– «homosexualizar» a los niños y destruir con ello el modelo familiar tradicional. Animados por miembros del colectivo «Con mis hijos no te metas», el Poder Judicial discute actualmente si el enfoque de género debe permanecer o no en el currículo escolar.

normalizada, pero no por ello menos destructiva. Siguiendo a Murray, «estamos ante una forma de discriminación que no siempre o que no sólo es articulada en términos de odio y miedo: esta discriminación [...] puede canalizarse a través de un rango de actitudes: desde la indiferencia hasta el rechazo, la lógica “científica”, la “tolerancia”, o incluso en un apoyo cuidadosamente delimitado (“amamos al pecador pero no al pecado”))» (2009, p. 3).

Pero ¿qué puede explicar esta decidida exclusión de la sexualidad diversa? ¿Qué esconde esta violencia? La CIDH concluyó hace algunos años que «[m]uchas manifestaciones de [la] violencia [contra las personas LGBTI] están basadas en el deseo del perpetrador de “castigar” dichas identidades, expresiones, comportamientos o cuerpos que difieren de las normas y roles de género tradicionales, o que son contrarios al sistema binario hombre/mujer. Esta violencia se dirige, entre otros, a las demostraciones públicas de afecto entre personas del mismo sexo y a las expresiones de “feminidad” percibidas en hombres o “masculinidad” en mujeres. La violencia se puede manifestar en el uso de la fuerza por parte de agentes de seguridad del Estado encargados de hacer cumplir la ley amparados en normas sobre la “moral pública”. También puede tomar la forma de violencia médica ejercida contra personas cuyos cuerpos difieren de los estándares socialmente aceptados de cuerpos masculinos o femeninos, en intentos por “arreglar su sexo”, entre otros» (2015, pp. 37-38).

En resumen, *no eres como nosotros*. O, dicho de otro modo, *nosotros no somos como ustedes* (Portocarrero, 2015). Los cuerpos dóciles son cuerpos útiles. Lxs cuerpxs indisciplinadx, esos que no encajan, se arriesgan a la exclusión y al castigo del discurso socialmente legitimado de la patología y el delito. Estas manifestaciones discriminatorias expresan las expectativas a las que debemos someternos quienes no nos identificamos con todo o parte del «paradigma sexual»: aquello que Butler llama «matriz heteronormativa» (2006), lo que Preciado califica como «tecnología sexual» (2002), o lo que Rubin ha bautizado como «círculo de la virtud» (1993).

En otro trabajo ya he advertido de los peligros políticos de la construcción de un modelo excluyente de las sexualidades no hegemónicas (2014); quisiera ahora más bien centrarme en cómo este modelo de disciplina sexual tiene un impacto en el diseño cotidiano del mundo jurídico¹⁶. En realidad, la violencia en contra de quien es sexualmente diverso pasa desapercibida porque nuestro contrato social es hetero-cis-endo-sexual. Ya decía Wittig, hablando de la orientación homosexual,

¹⁶ Viene a pelo revisar aquí el concepto de «democracia sexual» que articula Sabsay (2011).

que «vivir en sociedad es vivir en heterosexualidad [...]. La heterosexualidad está siempre allí, en el interior de todas las categorías mentales. Se ha escabullido en el pensamiento [...] como la categoría principal» (1992, pp. 40, 43). En el mismo sentido, Tin afirma que: «[s]e trata de un imperio invisible; invisible al menos para la mayoría de los heterosexuales» (2012, p. 7). Y es que, como plantea irónicamente Warner, en nuestra sociedad, humanidad y heterosexualidad (o como prefiero decir, nuevamente y despacio, hetero-cis-endo-normatividad) son términos sinónimos: «Este recordatorio alcanza incluso a los confines del universo, anunciando a las estrellas de paso que la Tierra no es, a pesar de lo que algunos digan, un planeta *queer*» (1993, p. xxiii).

Es frente a esta matriz de sexualidad –aparentemente– virtuosa que aparece el enfoque cuir (*queer*) (cuy-r)¹⁷. Una mirada que desde lo LGBTI desafía abiertamente el paradigma heterocisendonormativo, cuestionando su pretendido carácter natural: «[I]as políticas LGTB[I] buscan crear espacios seguros para aquellos individuos disconformes con las expectativas heteronormativas. Esto incluye a las personas que sienten atracción hacia las personas del mismo sexo (gays, lesbianas y bisexuales); aquellos cuya identidad o expresión de género se aparta de los cánones binarios (femenino vs. masculino, heterosexual vs. homosexual), y aquellos que sienten que sus características anatómicas de nacimiento, la identidad que les fue atribuida al nacer, o ambas, se encuentran en conflicto con su verdadera identidad de género» (Corrales & Pecheny, 2010, p. 3).

Para decirlo en simple, lo cuir propone trascender el concepto del sexo como meramente masculino o femenino e incluso como fenómeno biológico, para pensarlo más bien como una construcción basada en las expectativas sociales articuladas desde siglos atrás sobre los cuerpos. Es una apuesta teórica y política contra los regímenes de la normalidad. No hay más anormalidad (patología) ni incorrección (delito). No hay expectativas. En el enfoque cuir, parafraseando

¹⁷ Siguiendo a Figari (2014), prefiero utilizar «cuir» (o «cuy-r») a «*queer*» para reflejar la connotación hispana de un término que desde hace tiempo ha dejado de «sentirse» y «re-sentirse» solo en su sentido anglófono. Es importante señalar, sin embargo, que, como enfoque, lo «cuir» –en castellano– no arriba a América Latina con la carga peyorativa de su sentido original de «raro», «torcido» o «monstruoso» que es propio del norte global.

Buena parte de los textos fundacionales de lo que se conoce académicamente como estudios *queer* permanece todavía en inglés y de manera poco sistematizada. Una antología de estos clásicos traducida al castellano, y que conviene revisar, fue editada por Mérida Jiménez hace algunos años (2002).

a Butler, *todxs lxs cuerpxs importan* (1993)¹⁸. Es sobre esta nueva premisa que se *de*-construye el paradigma tradicional de la sexualidad y se *re*-construyen las nociones de caracterización y orientación sexual, expresión e identidad de género disidentes.

Pero el proceso de visibilización de las sexualidades disidentes escribe todavía sus primeras páginas en el plano jurídico. El interés del Derecho por la sexualidad diversa, sin embargo, no es para nada novedoso: lo jurídico ha sido –junto a la Medicina– el aliado predilecto del Estado en la búsqueda de un control del desfreno que la sexualidad aparentemente no virtuosa parece representar (Brundage, 2000, pp. 21-28)¹⁹.

El enfoque cuir, originado en las Ciencias Sociales, intenta –desde hace algunas décadas– tomar por asalto el edificio del Derecho. Habiendo sido por tanto tiempo silenciados por la matriz de la normalidad (por enfermos o por criminales), la caja de herramientas del Derecho nunca nos tomó en cuenta a los LGBTI. Así, la matriz jurídica (esa que se predica a sí misma como «neutral») también se ha construido en clave heterocisendonormativa. Esta neutralidad aparente del Derecho hace difícil reconocer la violencia contra lo sexualmente diverso. De allí su resistencia frente a las periferias de la sexualidad que hoy reclaman –bajo mucho riesgo– su emancipación.

Como veremos en la sección que sigue, las nuevas relaciones que comienzan a tejerse entre lo jurídico y lo sexualmente diverso son todavía tensas, plagadas de resistencias. De allí la importancia de que los operadores jurídicos sean capacitados en el enfoque cuir, es decir, con anteojos de diversidad que les permitan identificar y desarticular la matriz del prejuicio sexual. El enfoque cuir tiene así un doble objetivo: (1) busca que el Derecho confiese su genealogía heterocisendonormativa y (2) exige una mirada crítica a los regímenes hegemónicos de la sexualidad: una que reivindica la insubordinación de las periferias sexuales, pero también la autonomía de aquellxs cuerpxs que todavía se resisten a ser disciplinadx.

¹⁸ Dicho de otra manera, la teoría cuir cuestiona las barreras rígidas construidas entre lxs cuerpxs que importan y lxs que no importan. Y esto porque, sin duda, hay ciertos *cuerpos* que importan mucho en la sociedad (y en el Derecho), por ejemplo, los masculinos, blancos y atléticos.

¹⁹ Para un análisis de la historia jurídica de la sexualidad en la América Latina colonial, conviene revisar el estupendo volumen editado por Tortorici, *Sexuality and the Unnatural in Colonial Latin America* (2016).

Hacia una mirada cuir (*queer*) (cuy-r) de la regulación jurídica de las sexualidades disidentes

What do queers want?

Michael Warner, *Fear of a Queer Planet: Queer Politics and Social Theory*

¿Un hombre que cree que es mujer? ¿Qué mierda es esta aberración?

Comentario en redes luego de la elección de una mujer trans* como representante estudiantil en una universidad privada (Lima, enero de 2017)

Aplicar el enfoque cuir a la regulación jurídica de la sexualidad implica plantear un modelo inclusivo desde al menos cuatro ejes o categorías: (1) la expresión de género, (2) las características sexuales, (3) la identidad de género y (4) la orientación sexual. Como sostiene Saldivia, es desde estas nuevas coordenadas que se «desnud[a] el pacto de poder que subyace al orden binario y heterosexual de los sexos/géneros [y se] reclama una revisión, y nueva formulación, de los arreglos y estructuras existentes fundados en tal orden que tienden a invisibilizar y subyugar» las sexualidades disidentes (2010, p. 99)²⁰.

Lxs cuerpxs disruptivxs deben normalizarse. Foucault señala que el Estado ya ha advertido los «peligros» que las sexualidades disidentes o no hegemónicas plantean al modelo social de heteronormatividad (y por extensión, de monogamia y de cisendosexualidad). Por ello, sostiene que desde la Medicina y el Derecho («las ciencias») se ha elaborado un discurso –aparentemente neutro y purificador– que condena lo sexualmente disidente como inmoral, perverso, patológico y hasta criminal (1989, p. 67).

Lxs cuerpxs disidentes pueden vivir, pero siempre invisibles, en silencio y bajo la férrea mirada de los guardianes de la matriz. La mirada cuir desafía las «presunciones sexuales» de la matriz heterocisendonormativa y reivindica jurídicamente lxs cuerpxs no alineadx en la tradición binaria construida desde el género. Así, desde el enfoque cuir la sexualidad humana deja de ser un corsé y se transforma en un *continuum* de variadas alternativas en las que es válido habitar indisciplinadamente. Y es que lo cuir «expand[e] las fronteras de la división dual de la sexualidad humana hacia un modelo que incluy[e] y abar[ca] los infinitos matices y formas que integran dicha sexualidad» (Saldivia, 2010, p. 99).

²⁰ Esta idea es cuidadosamente desmenuzada en un texto posterior (e ineludible) de la misma autora: *Subordinaciones invertidas: sobre el derecho a la identidad de género* (2017).

Tabla 1
Las presunciones sexuales de la matriz heterocisendonormativa

	¿Quién es un hombre?	¿Quién es una mujer?	Lxs excluidxs
Expresión de género	Persona que cumple con las expectativas y estereotipos sobre lo masculino.	Persona que cumple con las expectativas y estereotipos sobre lo femenino.	Personas que desafían las expectativas y estereotipos sobre lo masculino o femenino. Por ejemplo: personas <i>queer</i> , no binarias, no conformes con el género, entre otrxs.
Características sexuales	Persona endosexual, es decir, que a nivel cromosómico, gonadal y genital cumple con lo que se considera promedio o típico para un hombre (por ejemplo: pene «normal», testículos y cromosomas XY).	Persona endosexual, es decir, que a nivel cromosómico, gonadal y genital cumple con lo que se considera promedio o típico para una mujer (por ejemplo: clítoris «normal», vulva, vagina, útero y cromosomas XX).	Personas intersexuales.
Identidad de género	Persona cisgénero masculina.	Persona cisgénero femenina.	Personas trans* ²¹ .
Orientación sexual	Personas heterosexuales (hacia las mujeres).	Personas heterosexuales (hacia los hombres).	Personas gais, lesbianas y bisexuales.

El enfoque cuir ha encontrado importantes aliados en campos jurídicos como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional, que tienen como motor al principio de prohibición de la discriminación. Pero, como ya hemos mencionado, el Derecho apenas viene escribiendo las primeras páginas inclusivas de su historia con las sexualidades disidentes. Como retoma Saldívia, «[v]isibilizar a estas personas como sujetos de derechos implica considerar al ser humano más allá de su sexo/género binario —o en otra lectura, tal vez más compleja de implementar, que tome en cuenta sus vastas identidades de género, no sólo dos—.

²¹ Aunque no es el espacio para tal discusión, es importante destacar que recientemente los contornos de las identidades «trans*» también vienen siendo utilizados por algunos activistas para incluir a las personas *queer*, no binarias y no conformes con el género. Así, la T es una letra cuyos contornos todavía se encuentran en disputa.

En la actualidad, esta empresa es sumamente dificultosa dado que el [D]erecho ya está construido sobre el binomio hombre/mujer, y cualquier uso que se pretenda hacer de él para avanzar y mejorar causas vinculadas a violaciones de derechos en virtud del género de una persona descansa en tal binariedad sexual» (2010, p. 110).

Sin duda, hoy vivimos un período en el que tribunales domésticos e internacionales, así como agencias del Ejecutivo y órganos legislativos, se sienten cada vez menos incómodos para explicitar lo sexualmente distinto –desde la libertad o la regulación (Araujo, 2008, p. 32)– como parte de las realidades sociales que el Derecho simbólicamente debe legitimar. En particular, las últimas tres décadas nos han regalado un espacio temporal en el que activistas y defensores de los derechos humanos han logrado posicionar buena parte de la problemática más sensible de la orientación sexual disidente –apenas una de las siempre complejas aristas de la sexualidad– en el entorno jurídico²².

Estas estrategias, sin embargo, han ido variando el uso de las nuevas herramientas conceptuales obtenidas desde lo cuir en función de su objetivo. Al inicio, y sobre todo durante la década de 1980, la meta era lograr la derogación de las normas penales de sodomía que criminalizaban la homosexualidad. Los sistemas jurídicos nacionales y supranacionales fueron puestos a prueba en ocasiones diferentes hasta que se obtuvo un corpus uniforme de criterios que hacían insostenible tal prohibición en la medida en que vulneraba frontalmente el derecho fundamental a la privacidad –y en última instancia, la libertad– de los individuos. Y si bien esta es ya una batalla ganada en el plano jurídico, no hay que olvidar que la homosexualidad es todavía perseguida en buena parte de los países del globo a través del delito de sodomía.

Las estrategias cuir de esta década parecen más bien concentrar sus esfuerzos en la «normalización» jurídica de las conductas afectivas estables del mundo gay (Pierceson, Piatti-Crocker, & Schulenberg, 2013), la visibilización de las identidades trans* (Currah, Juang, & Minter, 2006) y la reivindicación de los cuerpos intersexuales (Greenberg, 2012). Es así que buena parte de las batallas judiciales y legislativas de nuestros días se concentran –aunque no se agotan– en (1) el reconocimiento como familia de las parejas homosexuales bajo la fórmula

²² Esta observación no es ociosa pues cuando se busca explorar la literatura jurídica en torno a los otros ejes de la sexualidad disidente, como por ejemplo la intersexualidad o la identidad trans*, el desbalance bibliográfico y de registro de sentencias judiciales y/o de políticas públicas es, por decir lo menos, muy revelador de las prioridades y urgencias estratégicas de quienes conducen (y resuelven) tales batallas en el plano jurídico.

matrimonial (o alguna institución análoga)²³, (2) la consolidación de estándares que garanticen el acceso sin discriminación de las personas trans* a documentos que reflejen su identidad y (3) la calificación de las cirugías de asignación sexual practicadas en niñxs y adolescentes intersexuales como tortura.

Es así que, desde lo cuir, el paradigma inicial de liberación en el espacio íntimo (vida privada) convive hoy con uno de expresión abierta que apuesta más bien por la visibilidad en el espacio público (libre desarrollo de la personalidad) (Gallo, Paladini, & Pustorino, 2014, p. 2). Veamos ahora cómo funciona cada uno de los cuatro elementos de este engranaje que lo cuir propone reivindicar.

La expresión de género

En el principio, solo estaba el género. La CIDH define la expresión de género como la manifestación externa del género de una persona (2015, p. 32).

¿En qué consiste el género, ese que se manifiesta externamente? Mantilla lo define como «el conjunto de creencias, prescripciones y atribuciones que se construyen tomando a la diferencia sexual como base. Es decir, [que] mientras el término “sexo” se usa para referirse a las diferencias biológicas relacionadas con la reproducción y otros rasgos físicos entre los seres humanos –creando categorías entre hombres y mujeres–[,] al hablar de género nos referimos a las características

²³ Es importante señalar que si bien la reivindicación por el matrimonio igualitario es hoy la demanda más visible del colectivo gay, no todos los activistas y defensores están de acuerdo con ella. Tal como Gimeno y Barrientos destacan: «Existe, por el contrario, un importante sector del activismo español, pero también del de América Latina y de otras regiones del mundo, que se ha mostrado reiteradamente en desacuerdo, no ya con esta conquista, sino más bien con que, como reivindicación, ésta sea prioritaria. La acusación más frecuente que se hace a esta reivindicación es que se trata de una demanda que proviene del ala institucionalizada del movimiento LGTB, que es conservadora y ajena a los verdaderos intereses de los gays y lesbianas. Demanda que rompería, además, con el planteamiento que ha considerado siempre al matrimonio más como una institución a combatir que como una posible reivindicación política a exigir desde sectores sociales que pretenden transformar la sociedad. Éste es un viejo debate que tarde o temprano termina alcanzando a todos los movimientos sociales: escoger entre reformas parciales, postura defendida por sectores más institucionalizados, o cambios estructurales o “revolucionarios”, defendidos por los sectores más radicales o “antisistema”. De otro lado, la oposición al matrimonio desde el feminismo –que ha sumado ideas provenientes del anarquismo y el socialismo– ha sido muy importante y de esperar, puesto que dicha institución ha constituido un pilar fundamental en la opresión de las mujeres. También desde sectores libertarios ha habido una fuerte oposición al matrimonio entendiendo éste como yugo y una protección innecesaria al sentimiento verdadero» (2009, p. 20).

Otro texto más reciente, de lectura obligatoria, y en una línea similar, pertenece a Pecheny, «El papel del amor en el discurso político reivindicativo de la sexualidad» (2018). También, sobre el caso argentino, conviene revisar el texto de García, *Del arcoíris a la norma. La ley de matrimonio igualitario como estrategia biopolítica* (2016).

que socialmente se atribuyen a las personas de uno u otro sexo» (2013, p. 132). La misma autora dirá después que, «[t]radicionalmente, lo asociado a lo femenino –o, en términos generales, lo “no masculino”– ha sido considerado de menor valor y en situación de subordinación, lo cual ha tenido un impacto negativo importante en el reconocimiento, ejercicio y protección de los derechos de las mujeres» (p. 132).

No hay que confundir, entonces, género con sexo. En este punto, cabe advertir, sin embargo, que «[y]a sabemos que lo que se entiende por sexo es construido socialmente también. Sin embargo, la mayoría de las personas entienden el sexo como algo biológico, inmutable, y por eso corresponde hacer, para facilitar la comprensión, una distinción entre sexo y género. Sin esta distinción es difícil entender la subvaloración de todo lo femenino o entender que los roles o características que se le atribuyen a cada sexo, aunque se basaran en diferencias biológicas no son una consecuencia ineludible de esas supuestas diferencias y que, por lo tanto, pueden ser transformadas. Es precisamente esta separación conceptual entre el sexo y el género la que ha permitido entender que ser mujer o ser hombre, más allá de las características anatómicas, hormonales o biológicas, es una construcción social y no una condición natural. Entender que género no es lo mismo que sexo es fácil, pero lo que no es tan fácil es hacer una distinción tajante entre uno y otro concepto porque ambos se significan mutuamente» (Facio & Fries, 2005, p. 276).

La expresión de género puede convertirse así en fuente de vulneración de los derechos humanos de quienes somos LGBTI, dado que no encajamos o «no nos ajustamos» a los modelos estereotípicos del binario, es decir, a las expectativas sociales aparentemente ineludibles en torno a lo masculino y femenino. Piense, por ejemplo, en las reacciones que se suscitan cuando dos hombres se toman de la mano o se besan apasionadamente en la calle u otro espacio público²⁴. Citando a la Comisión Internacional de Juristas, la CIDH apunta que «[l]as posturas, la forma de vestir, los gestos, las pautas de lenguaje, el comportamiento y las interacciones sociales, [...] y la ausencia de una pareja del sexo opuesto, son todos rasgos que pueden alterar las expectativas de género» (2015, pp. 32-33).

Y si bien el género y la expresión de género encuentran su genealogía en las teorías feministas que han sido estratégicas para visibilizar la discriminación es-

²⁴ Es el supuesto del caso que Crissthian Olivera ha planteado contra el Perú en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, por hechos ocurridos en un establecimiento privado, pero abierto al público, en 2004. A la fecha de cierre de este ensayo, el caso se encuentra en fase de fondo ante la CIDH. CIDH, Informe 172/17. Petición 1718-11. Admisibilidad. Crissthian Manuel Olivera Fuentes. Perú. 28 de diciembre de 2017.

tructural que padecen las mujeres²⁵, el enfoque desde el género no es por ello menos relevante en el abordaje jurídico de la diversidad sexual. *Todo lo contrario*.

¿Por qué la identificación de los estereotipos de género es esencial para comprender la violencia contra quienes somos LGBTI? Para Mantilla, los estereotipos de género «presumen como ciertas “cualidades masculinas” y “femeninas” y consagran situaciones discriminatorias. Frases del tipo “las mujeres son más honestas” o “los hombres controlan mejor sus emociones” que son repetidas continuamente van consagrando ideas preconcebidas que tienen un impacto negativo, aun cuando aparentemente no se vea así. De esta forma, considerar la honestidad como una cualidad propia de las mujeres podría ser visto como algo positivo. Sin embargo, eso hace que muchas veces las faltas y delitos cometidos por las mujeres reciban mayor reprobación y condena» (2013, p. 134). Viéndolo desde una perspectiva cuir, el género establece también mandatos sociales, esta vez de heterocisdonormatividad, para disciplinar a todo individuo sexualmente disidente.

Como explica Saldivia, la mirada cuir «rechaza la idea de que existe un vínculo esencial entre el sexo biológico de una persona al nacer y la representación de género de una persona a lo largo de su vida. La sexualidad “continuada” no coloca las categorías de hombre y mujer en los extremos del *continuum* sexual, sino que no tiene límites determinados por dichas categorías duales de género» (2010, p. 104).

La CIDH ha afirmado que «las normas sociales tradicionales sobre género y sexualidad y la discriminación generalizada por parte de la sociedad hacia las orientaciones e identidades no normativas, y respecto de personas cuyos cuerpos difieren del estándar socialmente aceptado de los cuerpos masculinos y femeninos, incentiva la violencia contra las personas LGBTI» (2015, p. 50). Y es que, «las creencias y prejuicios sociales que perpetúan la idea de que las personas heterosexuales, cisgénero y aquellas que no son intersex son superiores a las personas LGBTI, contribuyen a una cultura de violencia estructural basada en el prejuicio hacia las orientaciones sexuales e identidades de género no normativas y cuerpos diversos» (p. 50).

Aquí es importante señalar que en los contornos de la expresión de género disidente se encuentran también las llamadas «personas no binarias», «personas

²⁵ Facio ha señalado, por ejemplo, que el Derecho es androcéntrico. Es decir, que al ser lo jurídico un producto de la sociedad patriarcal –construida desde lo masculino– este refleja el punto de vista y los intereses masculinos (2000). Aplicar la perspectiva de género al Derecho implicará entonces identificar cuándo las diferencias entre las personas –por el hecho de ser hombres o mujeres o por asumir roles masculinos o femeninos– les significan ser o no titulares de derechos y les facilitan o dificultan ejercerlos y reclamarlos (Mantilla, 2013, pp. 133-134).

queer» o «personas no conformes con el género», que son individuos «que no están de acuerdo y no siguen las ideas o estereotipos sociales acerca de cómo deben actuar o expresarse con base en el sexo que les asignaron al nacer» (CIDH, 2015, pp. 32-33). En otras palabras, de aquellxs cuya expresión (o identidad) de género no está incluida en la idea social de lo masculino-femenino o que hasta trascienden el binario mismo de hombre/mujer.

¿Bastaría entonces utilizar el enfoque de género para abordar la problemática de la violencia contra las personas LGBTI? Creo que no. Si bien el enfoque de género permite revelar las expectativas sociales y jurídicas de la matriz heterocisendonormativa, sus lentes son todavía insuficientes para captar las esencias de lo sexualmente diverso. Algo que nos ofrece la mirada cuir es que hace explícitas y visibles corporalidades (y contornos) de categorías otrora abyectas, como las características sexuales, la identidad de género y la orientación sexual disidentes: todos ejes conceptualmente distintos de la expresión del género.

Lo cuir tiene como principal objetivo subrayar la diversidad sexual, explícita e incómodamente. Quedarnos solo en el género, la expresión de género o el enfoque de género podría hacernos correr el peligro de hacer invisibles, precisamente en nombre del género, categorías claves como las características sexuales, la identidad de género y la orientación sexual: los otros puntos cardinales de la matriz cuir de la sexualidad.

Características sexuales

One of the few fundamental aspects of life is that of sex [...]. To visualize individuals who properly belong neither to one sex nor to the other is to imagine freaks, misfits, curiosities, rejected by society and condemned to a solitary existence of neglect and frustration [...]. The tragedy of their lives is the greater since it may be remediable; with suitable management and treatment, especially if this begun soon after birth, many of these people can be helped to live happy well-adjusted lives.

Christopher J. Dewhurst y Ronald R. Gordon, *The Intersexual Disorders*

Ha llegado el momento para denunciar nuestro tratamiento como abuso, para manifestar y afirmar abiertamente nuestra identidad como personas intersex, para enfrentar intencionadamente esa suerte de razón que requiere que seamos mutilados y silenciados.

Cheryl Chase

El sexo es una construcción social. No se asuste, *querido lector*, pero es cierto. Lo que nos han repetido tanto —«el sexo es la base “natural” del edificio de la sexualidad»— también es una determinación socialmente condicionada. El sexo es tan moldeable, tan social, como el género mismo. Quiero ser aún más categórico: no es que el sexo carezca de base «carnal», pero su materialidad es el resultado de una lectura «generalizada» (*gendered*) que se interactúa, que se «performa» reiterada y obligatoriamente todo el tiempo (Butler, 1993). El género constituye y regula el sexo. No al revés. El sexo existe, claro, pero su realidad material no tiene nada de natural.

Siguiendo al enfoque cuir, la CIDH ha señalado que la asignación del sexo, o como prefiero decir, de las características sexuales, no es un hecho innato y que, «más bien, a las personas se les asigna socialmente un sexo al nacer con base en la percepción que otras personas tienen sobre sus genitales» (2015, p. 30). Y si bien en la mayoría de los casos los recién nacidos son fácilmente clasificados como niño o niña, es decir, como endosexuales, «algunas presentaciones del cuerpo son percibidas como “ambiguas”, y el proceso de asignación [de sus características sexuales] no es inmediato» (p. 30). Es aquí que se hacen visibles las personas intersexuales.

Los intersexuales son personas que nacen con variaciones en sus características sexuales, incluyendo características genéticas, hormonales y anatómicas atípicas (Justicia Intersex & StopIGM.org, 2017, p. 3). En palabras de la CIDH, la intersexualidad engloba «todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al estándar de corporalidad femenina o masculina vigente» (2015, p. 30).

A lo largo de la historia, los profesionales médicos han tomado en consideración diversos factores en el momento de la determinación de las características sexuales de un recién nacido: los genes o cromosomas, las gónadas o glándulas reproductivas, el sexo morfológico interno, el sexo morfológico externo o genitales, la cantidad de hormonas, entre otras (Fausto-Sterling, 2000; Greenberg, 2012). En todos estos casos, la clasificación de una persona como hombre o mujer promedio responde en realidad a «una decisión social». Precisamente, el abordaje médico de la intersexualidad como patología muestra que la asignación de las características sexuales está basada en prejuicios que marcan el cuerpo: hay que remediar la ambigüedad genital para «adaptarla» a la naturalidad, para volverla endosexualidad. Como apunta Saldívia, «[h]asta los años cincuenta, la asignación de género se basó en el “sexo predominante/verdadero”, el cual, primero, fue definido en términos de la apariencia de los genitales externos; luego, en términos de las gónadas y su histología, y más tarde, en términos del sexo cromosómico. En cada una de estas etapas había un convencimiento fuerte de que el infante era

criado conforme a su “sexo verdadero” (2010, p. 101). Y es que, como indica la CIDH, «podemos utilizar el conocimiento científico para ayudarnos a tomar la decisión, pero sólo nuestras creencias sobre el género –no la ciencia– terminan definiendo nuestro sexo. Asimismo, nuestras creencias sobre el género afectan, de entrada, qué tipo de conocimiento los científicos pueden producir sobre el sexo» (2015, p. 30).

En nuestros países, los nacimientos intersexuales se hacen invisibles a través cirugías de asignación de sexo y protocolos médicos de «normalización» innecesaria. Y es que la idea es que el niño o niña tenga *un sexo que no presente dudas*. Cabral afirma con razón que la intersexualidad «no es una enfermedad, sino una condición de no conformidad física con criterios culturalmente definidos de normalidad corporal, criterios que establecen [...] un mínimo posible para el largo de un pene culturalmente admisible, la máxima extensión de un clítoris culturalmente aceptable» (2003, p. 121). Se sabe también que las organizaciones intersex «se refieren a estas cirugías como “cosméticas” porque su único propósito es hacer que los cuerpos se parezcan más a los estándares dominantes sobre cómo se considera que debe ser la apariencia de un cuerpo “masculino” o “femenino”. La “urgencia médica” de realizar estas cirugías durante la infancia es el resultado de la alegada imposibilidad de parte de sus padres y madres, la comunidad médica, el registro civil y la sociedad en general de aceptar la “incertidumbre” sexual porque el niño o niña no puede fácil y rápidamente ser clasificado o clasificada como un niño o una niña. Estas intervenciones son realizadas, en la mayoría de los casos, porque las variaciones en las características sexuales son consideradas obstáculos para llevar una vida “normal”, pero no porque en sí mismas sean riesgosas para la vida de las personas intersex» (CIDH, 2015, p. 127).

Bajo el enfoque cuir, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos intenta rescatar las variaciones del cuerpo estándar para crear un nuevo paradigma de diversidad corporal que no patologice y que más bien denuncie la ficción de conceptos endosexuales tales como «hombre» y «mujer».

La CIDH ha informado que las violaciones que comúnmente sufren las personas intersexuales incluyen «cirugías irreversibles de asignación de sexo y de “normalización” de genitales; esterilización involuntaria; sometimiento excesivo a exámenes médicos, fotografías y exposición de genitales; falta de acceso a información médica e historias clínicas; retardos en el registro de nacimiento; negación de servicios o seguros de salud, entre otras» (2015, pp. 125-126). Estamos, entonces, ante gravísimos episodios discriminatorios, esta vez por razón de las características sexuales.

El enfoque cuir ha permitido que diferentes órganos de supervisión de los derechos humanos recomienden a los Estados prohibir los procedimientos médicos innecesarios a personas intersexuales cuando son realizados sin su consentimiento libre e informado. En palabras de la CIDH: «las personas intersex deben decidir por sí mismas si desean realizarse cirugías, tratamientos y procedimientos [...]. Las cirugías y otras intervenciones médicas que no son necesarias según criterios médicos deben ser postergadas hasta que las personas intersex puedan decidir por sí mismas» (2015, p. 131).

Un enfoque más reciente plantea incluso que estas vulneraciones de los derechos humanos revisten una especial gravedad en la medida en que estos tratamientos pueden afectar de manera total o parcial la capacidad reproductiva de las personas intersex, dejándolas «con infertilidad permanente o irreversible». En la medida en que estamos ante prácticas no consentidas, estas mutilaciones médicas que causan esterilidad podrían ser consideradas no solo como afectaciones a la integridad personal, sino también como tortura (Carpenter, 2018).

La intersexualidad comienza así a plantear sus demandas en lo jurídico frente a la matriz de estandarización corporal por tanto tiempo naturalizada²⁶. No olvidemos, sin embargo, como plantea Cabral, que es vital que las voces detrás de estos planteamientos sean –ante todo– intersexuales: «¿Qué demanda el movimiento político de personas intersex? La respuesta es a la vez simple y compleja, y puede traducirse en una demanda universal por el respeto a nuestra autonomía. Autonomía corporal. Autonomía de la decisión. Derecho a identidad y a la memoria. No es una sociedad sin géneros la que se pretende, sino el reconocimiento de la libertad inalienable de las personas para decidir sobre sus cuerpos. Las intervenciones quirúrgicas intersex realizadas durante los primeros días y/o meses de un recién nacido y que se prolongan, en muchos casos, a lo largo de toda la infancia y la adolescencia no solo no nos devuelven a una supuesta “normalidad” corporal, sino que mutilan la diversidad de nuestros cuerpos; mutilan nuestra sensibilidad genital y nuestra capacidad para el goce sexual, nuestra identidad y, en muchos casos, nuestra capacidad para optar por cirugías deseadas al llegar a ser adultos. Mutilan nuestro derecho a decidir aspectos centrales de nuestras vidas, y nuestro sentido de merecer ser queridos y aceptados aun sin cirugías» (2003, pp. 122-123).

²⁶ Esta estandarización también revela estructuras discriminatorias y de violencia contra otras corporalidades «desmesuradas» como las que experimentan lxs gordxs (Contrera & Cuello, 2016; Moreno, 2018).

Identidad de género

Todos mis arrestos ocurrieron únicamente por caminar en la calle, salir de un club, o sólo porque un policía me identificó como una persona trans*. Siempre buscan condones. A ellos nos les importas tú, te quitan tu cartera, la tiran en su carro, botan tus cosas en el piso, te toquetean, te preguntan si tienes tetas falsas, te las sacan ahí mismo, si tienes peluca te la quitan. Es humillante. Asimismo, en la calle te despojan de tu identidad ahí mismo. Si encuentras condones te preguntan «para qué son estos, ¿cuántos penes te chupaste hoy?, ¿cuánta plata hiciste hoy?».

Victoria D. (testimonio recogido por Human Rights Watch en 2012)

Para el Derecho, entonces, el sexo viene a ser el sexo biológico, el sexo cromosómico o genético instaurado en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que determina el sexo como femenino o masculino: cromosomas XX (femenino), cromosomas XY (masculino). La diferencia entre sexos responde, pues, a una realidad extrajurídica y biológica que debe ser constitucionalmente respetada por fundarse en «la naturaleza de las cosas» [...], y en tanto que la ciencia aporta que el sexo cromosómico no se puede cambiar, el sexo es indisponible para el individuo.

Tribunal Constitucional del Perú (STC 00139-20130PA/TC. P. E. M. M.)

Los Principios de Yogyakarta (2006) definen la identidad de género en su preámbulo como «la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales»²⁷.

Quienes somos cisgénero no encontramos mayor problemática en la afirmación de esta dimensión de la sexualidad cuir. Es aquí donde se hacen visibles las personas

²⁷ Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (2006).

En 2017, se aprobó una versión más actualizada: The Yogyakarta Principles plus 10 (YP+10). Additional Principles and State Obligations on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics

trans*, un término paraguas «frecuentemente utilizado para describir las diferentes variantes de las identidades de género (incluyendo transexuales, travestis, transformistas, entre otros), cuyo denominador común es que el sexo asignado al nacer no concuerda con la identidad de género de la persona. La identidad de género no la determinan las transformaciones corporales, las intervenciones quirúrgicas o los tratamientos médicos. Sin embargo, estos pueden ser necesarios para la construcción de la identidad de género de algunas personas trans[*]» (CIDH, 2015, p. 32).

La mirada cuir ha permitido identificar ya varias de las aristas de la problemática trans*, por ejemplo, calificando el contexto de vulneración de sus derechos a la vida y a la integridad personal como violencia; e identificando su falta de acceso a documentos oficiales que reflejen cabalmente su identidad²⁸.

La Defensoría del Pueblo ha señalado que, en el Perú, las personas trans*, y en particular las mujeres trans*, sufren un contexto de grave violencia que «obedece a varios factores como la exclusión, discriminación, falta de reconocimiento de su identidad de género, ocupaciones que las colocan en un mayor riesgo a sufrir violencia y un alto grado de criminalización». Frente a este panorama, las personas trans* no denuncian las agresiones por temor a represalias, a revelar su identidad o por desconfiar del sistema de justicia (2016, pp. 19-20). Más aún, los estigmas y prejuicios internalizados de muchas personas trans* parecen también obstaculizar que estos episodios sean reconocidos y admitidos como tales. La CIDH apunta que «la mayoría de las mujeres trans[*] se encuentran inmersas en un ciclo de violencia, discriminación y criminalización que generalmente comienza desde muy temprana edad, por la exclusión y violencia sufrida en sus hogares, comunidades y centros educativos. Esta situación se suma a una ausencia, en la mayoría de los países de la región, de disposiciones legales o administrativas que reconozcan su identidad de género. [...] [S]egún la información recibida y los datos producidos por la CIDH, la mayoría de las mujeres trans* que son asesinadas son menores de 35 años de edad y son particularmente vulnerables a la violencia por parte de fuerzas de seguridad del Estado, encargadas de hacer cumplir la ley» (2015, p. 38).

Por otro lado, lo anterior no significa que este contexto de violencia no sea

to Complement the Yogyakarta Principles. A la fecha de cierre de este texto, este último documento solo se encuentra disponible en inglés.

²⁸ Como he señalado en otro trabajo, prefiero utilizar el término «identidad» a secas, en lugar de «autopercepción» o «identidad autopercebida». En el fondo, «autopercepción» o «identidad autopercebida» son conceptos cissexistas que, bajo una aparente corrección en el lenguaje, todavía perpetúan esquemas de jerarquía y discriminación. La autopercepción implicaría que los hombres y las mujeres cisgénero tienen «identidad», mientras que las personas trans* tienen «identidades autopercebidas». ¿Acaso las personas cisgénero no se autoperciben? (Zelada, 2017, p. 22).

también experimentado por hombres trans*, el cual se manifestaría más comúnmente en la esfera privada, lo que explicaría su mayor invisibilidad (CIDH, 2015, p. 83).

Sin embargo, no hay información oficial. Como afirma la CIDH, las pocas cifras no oficiales que se manejan dificultan reflejar la complejidad de la violencia contra las personas trans* (y también contra las personas gais, lesbianas y bisexuales): la falta de información oficial es así un desafío para los Estados de la región (2015, pp. 79-80), y el Perú no es la excepción a este problema (Defensoría del Pueblo, 2016, pp. 22-23).

A lo anterior se suma el hecho de que muchas personas trans* son indocumentadas o sus papeles no reflejan su nombre y sexo/género social: la materialización de su derecho a la identidad y, por ende, de acceso a la plena ciudadanía.

¿Hasta cuándo tendremos que litigar para demostrar que somos quienes decimos ser? El Derecho Internacional de los Derechos Humanos todavía debate la articulación del mecanismo más adecuado que permita a las personas trans* ejercer su derecho a la identidad. Sin embargo, las formulaciones jurídicas más avanzadas²⁹ proponen que ninguna persona debe ser obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Quiero destacar que los Principios de Yogyakarta han establecido hace más de una década que los Estados tienen la obligación internacional de asegurar la existencia de «procedimientos mediante los cuales todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indican el género o el sexo de una persona—incluyendo certificados de nacimiento, pasaportes, registros electorales y otros documentos— reflejen la identidad de género profunda que la persona define para sí». Y en ese mismo marco, dichos procedimientos deberán ser «eficientes, justos y no discriminatorios» (2006).

La mirada cuir exige hoy que los Estados aprueben legislación que permita a las personas trans* acceder a la adecuación de los datos de sus documentos de identidad sin discriminación ni requisitos que las patologicen o que les impongan requerimientos quirúrgicos. Si el Estado careciera de legislación, los procesos

²⁹ Como es el caso de la reciente Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A n.º 24.

judiciales conducentes a la afirmación de sus derechos humanos a la personalidad jurídica e identidad tampoco deben incurrir en tales exigencias. En el Perú, por ejemplo, se verifica que ante la ausencia de una ley de identidad de género, los jueces han generado criterios disímiles y hasta contradictorios para resolver los casos en los que personas trans* les solicitan el reconocimiento de su nombre y sexo/género social. En varias de las decisiones se verifica además el requerimiento de medios probatorios discriminatorios, los cuales, aunque a veces garantizan la obtención de lo solicitado, lo hacen a costa de una grave vulneración de los derechos fundamentales de lxs solicitantes (Zelada, 2017, pp. 27-45).

Un hecho clave que no debe pasar desapercibido es que ha sido la mirada cuir la que ha logrado consolidar en el Derecho la noción de que la identidad de género configura una conducta sospechosa de discriminación, integrante del elenco de categorías por las cuales los Estados no pueden diferenciar arbitrariamente. Es sobre esta noción de prohibición de la discriminación por identidad de género que se vienen articulando las demandas trans* de los últimos años. Tocará ver cómo responderán los sistemas judiciales locales y supranacionales frente a la articulación de solicitudes bajo ese argumento³⁰. Tengo la impresión de que en el futuro más de una práctica gubernamental normalizada –pero discriminatoria– comenzará a ser cuestionada desde este nuevo paradigma del Derecho. Y al igual que en el caso de las personas intersex, las protagonistas de estos procesos deben ser las mismas personas trans* (Berkins, 2015).

Orientación sexual

Ahumada y Angulo le preguntaron [a Daniel Zamudio] si era homosexual, [...], cuando Daniel dice que sí, Ahumada le empieza a pegar palmetazos [...] Angulo dijo que era una lacra porque era gay, Ahumada se reía. Ellos dos [Ahumada y Angulo] comienzan a pegarle continuamente, saltaban en su cabeza y nariz. [...] Luego que lo golpearon, se sentaron, siguieron fumando. Posteriormente Angulo se levantó y orinó en la boca y pecho de Zamudio, luego Ahumada hizo lo mismo, también le orinó encima, después le siguen pegando; Ahumada le rompe una botella de ron [...] en la cabeza de Zamudio y Angulo toma el gollote y le hace tres

³⁰ Es el supuesto que demanda Karen Mañuca Quiroz en la petición que ha presentado contra el Perú en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos por hechos ocurridos en 2001 y que están relacionados con la emisión de un documento de identidad emitido por el Reniec que no reflejaba su identidad de género. A la fecha de cierre de este texto, el caso se encuentra en etapa de fondo ante la CIDH. CIDH, Informe n.º 57/18. Admisibilidad. Karen Mañuca Quiroz Cabanillas. Perú. 5 de mayo de 2018.

esvásticas, le hace dos en el estómago y una el pecho y le da dos «punchazos» en el lado izquierdo del cuerpo. [...] Ahumada y Angulo le pegan nuevamente a Daniel, zamarrear brutalmente su cabeza tomándola de las orejas y golpeándola, rebotaba en el suelo. [...] Luego Ahumada rompe otra botella en la cabeza de Zamudio y le dice a Angulo que aprenda a hacer los cortes y le hace otras dos esvásticas en la espalda [...]. Posteriormente, Angulo y Ahumada saltaban en la cabeza, le pegaban en la nariz, ojos, genitales, luego los dos orinan de nuevo sobre Zamudio. [...] Raúl [López] tomó una piedra que estaba en el lugar y se la tira en la pierna tratando de quebrársela [...], como no puede quebrársela con la piedra, le hace una palanca con las manos y se la quiebra, ellos se ríen y dicen que sonó como un hueso de pollo.

Testimonio recibido en el caso del asesinato de Daniel Zamudio (Chile, 2013)

Los Principios de Yogyakarta definen la orientación sexual en su preámbulo como «la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas» (2006).

La orientación sexual fue la primera de las dimensiones abordadas desde lo *cuir*. De allí que buena parte de su interacción con la argumentación jurídica haya tenido ya un importante desarrollo. Como hemos referido antes, la descriminalización de la conducta homosexual fue el primer objetivo de aplicación de este enfoque desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Mucho queda aún por hacer.

Nos matan por prejuicio. En varios Estados todavía se documentan «asesinatos selectivos de personas homosexuales caracterizados por su gran crueldad y brutalidad, “violaciones correctivas” a lesbianas, exámenes anales forzosos a hombres sospechosos de ser homosexuales, violencia sexual, tortura y malos tratos en centros de detención así como otros actos de violencia física, psicológica y callejera que suelen quedar impunes» (Defensoría del Pueblo, 2016, p. 18).

Tenemos miedo en la escuela y en la casa. Una forma de violencia que lo *cuir* ha permitido identificar es el llamado *bullying* homofóbico (y transfóbico) en el espacio escolar y familiar, el cual abarca episodios de violencia física, psicológica y verbal en los que se acosa, hostiga e intimida. Tal como señala la CIDH: «Como en el caso de personas adultas, niños y niñas LGBT pueden convertirse en un blanco de ataque porque han asumido públicamente su orientación sexual o identidad de

género, o simplemente porque se percibe que desafían de alguna manera las normas tradicionales de masculinidad y femineidad. Es decir, niños y niñas pueden sufrir discriminación y marginalización con base en su expresión de género, incluso antes de que ellos y ellas estén plenamente conscientes de su sexualidad o identidad. En este sentido, un estudio realizado [...] concluyó, por ejemplo, que el acoso ocurre cuando un niño es percibido como afeminado o cuando la expresión de su género no está conforme con los estereotipos masculinos. La CIDH ha recibido información preocupante sobre ataques violentos perpetrados por padres, madres, hermanos o hermanas y otros parientes contra niños y niñas LGBT, o aquellos percibidos como tales, en países del continente americano. La violencia intrafamiliar contra personas LGBT es un tema constante, e incluye a personas que se les niegan oportunidades de escolarización, que son sujetas a violencia sexual, expulsadas de sus hogares, y/o abusadas física y psicológicamente. Los niños y las niñas a menudo son expulsados de sus hogares luego de que revelan su orientación sexual a sus padres y madres. [...] [N]iños y niñas LGBT a menudo enfrentan el rechazo de sus familias y la comunidad, quienes desapruaban su orientación sexual e identidad de género. Esto puede tener como resultado altas tasas de falta de vivienda, exclusión social, y pobreza» (2015, pp. 185-186).

De acuerdo con la Defensoría del Pueblo del Perú, este panorama exige que «el sistema educativo visibilice en los contenidos del currículo educativo la educación sexual, temas de género y diversidad sexual, en especial cuestiones relativas a la orientación sexual e identidad de género» (2016, p. 28).

La mirada cuir, enfocada por tanto tiempo en esta arista, ha permitido que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y ahora el Derecho Constitucional, hayan consolidado la prohibición de la discriminación por orientación sexual, y que ello a su vez haya abierto una ventana de oportunidades para considerar una serie de casos que hoy se han centrado en la visibilización de lo homosexual en el espacio público, buscando además alcanzar, por vía del argumento de la no discriminación, el acceso a las clásicas instituciones heterocisendonormativas del Derecho de Familia.

Es cuestión de tiempo, pero la posibilidad del matrimonio y la adopción igualitaria es casi ya una apuesta ganada jurídicamente³¹. Curiosamente, los grupos antiderechos en América Latina han abandonado la discusión jurídica de estos

³¹ En texto reciente, «¿Camino al altar? El matrimonio igualitario en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos» (2018), exploro los vaivenes del matrimonio igualitario en el marco del litigio estratégico en sedes supranacionales. Allí afirmo que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no siempre ha sido el mejor amigo de esta causa.

temas para centrarse más en la generación de alianzas políticas que impidan el reconocimiento explícito de la orientación sexual y la identidad de género como conductas prohibidas para discriminar en nuevos cuerpos legislativos y documentos de política pública. Se avecinan tiempos duros, pero no se debe volver al clóset de ninguna forma. Ya bastante hemos pagado siendo invisibles.

El panorama jurídico de lo LGBTI en el Perú

Quiero finalizar este texto experimental comentando acerca del panorama jurídico de lo LGBTI en el país, mirando así el potencial de lo *cuir* para lo que todavía está pendiente y en curso.

Analizar jurídicamente el ser LGBTI en el Perú es particularmente relevante porque, a diferencia de varios de los países vecinos, este carece de un marco legal específico para la protección de las parejas homosexuales estables (ya sea vía unión civil o matrimonio igualitario³²), de las personas trans* que deseen el reconocimiento de su nombre o sexo/género, o de la niñez y adolescencia intersex que sufre mutilación genital.

Si bien la homosexualidad no ha estado criminalizada formalmente en el territorio peruano, hasta hace muy poco han subsistido normas disciplinarias en el régimen policial, como fue el Decreto Legislativo 1150, que sancionaba con el retiro a quienes tuvieran, por ejemplo, «relaciones sexuales con personas del mismo género, que causen escándalo o menoscaben la imagen institucional».

Este panorama legislativo no ha tenido mayores cambios pese a la primavera democrática que ha acompañado al Perú desde inicios del siglo XXI. Así, la transición a la democracia desde el oncenio fujimorista no ha representado un mayor avance para el reconocimiento o el posicionamiento jurídico de la agenda LGBTI.

Por contraste, es en el Perú donde surgió la primera organización de la sociedad civil dedicada a la promoción de los derechos LGBTI en América Latina (Cornejo, 2015, pp. 133). Existen además diferentes organizaciones LGBTI dedicadas al *advocacy* de sus intereses. La mayoría, sin embargo (y como es lógico), no puede dedicarse en estricto al litigio como un componente estructural de su diseño y visión. Priman, en realidad, la desarticulación de estrategias y el escaso contacto (y lamentable desinterés) del mundo académico jurídico frente el co-

³² El Perú es uno de los cuatro países de Sudamérica (junto a Bolivia, Paraguay y Venezuela) que no reconoce ninguna fórmula legal para que dos personas del mismo sexo puedan conformar una unión estable legalmente y ser reconocidos como una familia (Zelada & Gurmendi, 2016, p. 258).

lectivo LGBTI. Muchas de estas organizaciones carecen de un flujo constante de recursos, lo que impide que sus proyectos puedan ser pensados en el mediano o largo plazo. Así, la mayoría de ellas prefiere trabajar en episodios aislados para hacer incidencia en el espacio político: desde la organización y participación en intervenciones y marchas por las calles o espacios estratégicos de la ciudad, hasta la aparición en medios de comunicación radial o televisiva.

Parte de la dificultad a la que se enfrentan las personas LGBTI en el Perú se basa además en la casi inexistente información oficial relacionada con las sexualidades disidentes. Ni el Ministerio Público ni el Poder Judicial producen información diferenciada relacionada con los episodios de discriminación y violencia sufridos por las personas gais, lesbianas o trans* (mucho menos acerca de la niñez intersex que sufre violencia médica). De acuerdo con un informe reciente, solo en el período 2015 se produjeron 8 asesinatos, 43 atentados contra la integridad física y 28 episodios de discriminación, todos presumiblemente cometidos con un móvil vinculado a la orientación sexual o la identidad de género de las víctimas. La Policía Nacional, sin embargo, no ha visibilizado ninguno de estos delitos por su causa y los ha clasificado en el rubro «otros» de sus estadísticas, alegando su poca ocurrencia (Red Peruana TLGB, 2016, pp. 52-64). En el Perú, con frecuencia, los encargados de la investigación de estos delitos tienden a identificarlos como «crímenes pasionales» o «a hacer asunciones sesgadas con base al estilo de vida de las víctimas, responsabilizándolas por los ataques» (Defensoría del Pueblo, 2016, p. 20).

Las estrategias jurídicas (si se puede hablar de alguna) para avanzar en la protección de los derechos LGBTI han ido tanto por la vía legislativa, como también por la ruta jurisdiccional y administrativa. Algo que resulta llamativo de estos esfuerzos es que casi todos han estado a cargo de abogados independientes o de organizaciones de la sociedad civil de agenda feminista.

Sin embargo, las estrategias diseñadas para el reconocimiento de derechos por la vía legislativa no han rendido los frutos esperados, al menos en el corto y mediano plazo. Estas iniciativas suelen ser archivadas incluso antes de ser discutidas en el pleno del Congreso. Algo que resulta curioso es que el debate en las comisiones del Parlamento en las que recaen estos proyectos de ley normalmente está plagado de argumentos no técnicos, bastante influenciados además por la presión de grupos religiosos antiderechos y de sus representantes.

En el plano jurisdiccional y administrativo los resultados tampoco han sido demasiado auspiciosos. Las vulneraciones a los derechos fundamentales en el Perú pueden ser conocidas inicialmente por el Poder Judicial vía recursos de hábeas corpus y amparo que pueden culminar con sentencias del Tribunal Constitucio-

nal. Son pocos los casos litigados utilizando estas vías, pero, cuando han ocurrido, el Tribunal Constitucional ha solido tener posiciones de mínima avanzada para el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI.

En lo referido a la temática trans*, por ejemplo, ante la inexistencia de una ley de identidad de género que permita el reconocimiento del nombre y el sexo/género en los documentos de personas trans*, se han ensayado distintas aproximaciones jurisdiccionales, todas con resultados disímiles y fruto, en su mayoría, de iniciativas independientes y ajenas al colectivo trans* (Zelada & Neyra, 2017).

En el caso P. E. M. M., una de las decisiones más recientes vinculadas a una solicitud de reconocimiento de sexo/género en el documento de identidad de una mujer trans* vía amparo (Exp. n.º 00139-2013-PA/TC), el Tribunal Constitucional afirmó que «el sexo (femenino o masculino) asignado a la persona desde su nacimiento, es uno de aquellos rasgos distintivos de carácter objetivo [...], viniendo tal característica de una realidad biológica indisponible». Más adelante, el mismo tribunal señaló que no considera conveniente declarar procedente la solicitud de amparo porque se abriría la puerta al matrimonio entre personas del mismo sexo, tema que más bien «debe ser ampliamente debatido por los ciudadanos y los congresistas como sus representantes [...], por lo que su discusión y eventual decisión debe hacerse en sede legislativa –cuyo producto legal podrá luego estar sujeto, por supuesto, al control de la jurisdicción constitucional–, pero no jurisdiccionalmente, ya que el diálogo democrático implica la discusión abierta al pueblo y a los parlamentarios que lo representan». En opinión de los magistrados, dado que la solicitante ya contaba con el reconocimiento de su nombre, ello resultaba suficiente para proteger su derecho constitucional a la identidad. Cabe notar que el caso P. E. M. M., el primero en llegar al Tribunal Constitucional con una solicitud de esta naturaleza, no fue litigado por una organización de la sociedad civil, sino por un abogado independiente. En un caso más reciente, Romero Saldarriaga (Exp. n.º 06040-2015-PA/TC), el Tribunal Constitucional revirtió P. E. M. M., pero abdicando de su competencia para decidir sobre estos asuntos. Es ahora el Poder Judicial el que tiene la potestad de evaluar estas solicitudes en la vía sumarísima civil. *Soy escéptico de lo que pueda ocurrir allí.*

Actualmente también se encuentran en curso en la vía jurisdiccional dos solicitudes de reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el exterior. En ambos casos, las iniciativas corresponden a abogados independientes y a una firma privada de alto prestigio. Las demandas, que podrían afectar seriamente la posibilidad de un futuro litigio estratégico de la unión

civil o el matrimonio igualitario, no han contado con articulación alguna con organizaciones de la sociedad civil.

No obstante, donde se viene desarrollando un espacio importante de reconocimiento de derechos para las personas LGBTI es en el litigio a nivel administrativo. En el Perú, los episodios discriminatorios en las relaciones de consumo privadas pueden ser demandados ante el Indecopi³³. En dicho procedimiento, usualmente rápido en comparación con el proceso judicial, se pueden imponer sanciones y medidas correctivas (disculpas públicas, capacitación del personal, entre otras) cuando el episodio denunciado encierra un trato discriminatorio.

Así, el Indecopi ha sentado interesante jurisprudencia administrativa en años recientes en casos vinculados al acceso de una pareja homosexual a una habitación de hotel³⁴, el uso de lenguaje discriminatorio contra personas del mismo sexo en establecimientos abiertos al público³⁵, las expresiones de afecto de una pareja homosexual en un centro comercial³⁶ y el ingreso de una persona trans* a una discoteca³⁷. No debe perderse de vista, sin embargo, que en el mismo período también han existido decisiones del mismo órgano bastante cuestionables, todas vinculadas a supuestos episodios discriminatorios que involucraban a personas trans*³⁸. Ninguno de estos casos tuvo como representante, en estricto, a alguna organización LGBTI. Por el contrario, fueron en su mayoría litigados por organizaciones feministas, o partieron de iniciativas de oficio del propio Indecopi frente a la viralización de ciertos episodios en las redes sociales.

Urge atender lo LGBTI, urge enfocarlo desde el género, pero urge aún más mirarlo con lentes cuir. Debemos capacitar a funcionarios públicos y agentes de seguridad en esta mirada. Resulta necesario incorporar el enfoque cuir en los programas escolares de estudio. Una necesidad aún más urgente en las facultades de Derecho y, qué digo, en toda la formación universitaria (Blanco, 2014). Esxs cuerpxs indisciplinadx, esxs que fueron castigadx, postergadx, invisibilizadx y hasta desaparecidxs, lo reclaman.

³³ El artículo 38 de la Ley 29571 (Código de Protección y Defensa del Consumidor) señala que: «Los proveedores no pueden establecer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, respecto de los consumidores, se encuentren estos dentro o expuestos a una relación de consumo».

³⁴ Resolución 1507-2013/SPC-Indecopi.

³⁵ Resolución 2357-2013/SPC-Indecopi y Resolución 3820-2015/SPC-Indecopi.

³⁶ Resolución 3255-2015/SPC-Indecopi.

³⁷ Resolución 1197-2014/SPC-Indecopi.

³⁸ Son los casos de la Resolución 2640-2013-Indecopi/SPC (uso del baño de mujeres por parte de una trans* femenina) y de la Resolución 3444-2012/SPC-Indecopi (perifoneo del nombre de una mujer trans* en un gimnasio).

El futuro de quienes vienen detrás de nosotrxs –y de los que estamos todavía aquí– está en juego. Nuestras vidas ya son, *per se*, demasiado breves como para seguir esperando. *Al clóset, nunca más.*

There isn't time –so brief is life– for bickerings, apologies, heartburnings, callings to account. There is only time for loving– but an instant, so to speak, for that.

Mark Twain, «Letter to Clara Spaulding, 20 August 1886»

Referencias

- Alcoff, L. (1991). The problem of speaking for others. *Cultural Critique*, 20, 5-32.
- Araujo, K. (2008). Entre el paradigma libertario y el paradigma de derechos: límites en el debate sobre sexualidades en América Latina. En Araujo, K., & Prieto, M. (Eds.), *Estudios sobre sexualidades en América Latina* (pp. 25-41). Quito: Flacso.
- Berkins, L. (Comp.). (2015). *Cumbia, copeteo y lágrimas. Informe nacional sobre la situación de las travestis, transexuales y transgéneros*. 2.^a edición. Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo.
- Blanco, R. (2014). *Universidad íntima y sexualidades públicas. La gestión de la identidad en la experiencia estudiantil*. Buenos Aires: Miño y Dávila Editores.
- Brundage, J. A. (2000). *La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa medieval*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Butler, J. (1993). *Bodies that matter. On the discursive limits of «sex»*. Nueva York: Routledge
- Butler, J. (2006). *Gender trouble*. Nueva York: Routledge.
- Cabral, M. (2003). Pensar la intersexualidad, hoy. En Maffía, D. (Comp.), *Sexualidades migrantes. Género y transgénero* (pp. 117-126). Buenos Aires: Feminaria Editora.
- Cabral, M. (2009). Asterisco. En Cabral, M. (Ed.), *Interdicciones. Escrituras de la intersexualidad en castellano* (p. 14). Buenos Aires: Anarrés Editorial.
- Carpenter, M. (2018). The «normalization» of intersex bodies and «othering» of intersex identities. En Scherpe, J. M., Dutta, A., & Helms, T. (Eds.), *The legal status of intersex persons* (pp. 445-514). Cambridge: Intersectia.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*. Washington D. C.: Organización de los Estados Americanos.
- Contrera, L., & Cuello, N. (Comps.). (2016). *Cuerpos sin patrones. Resistencias desde las geografías desmesuradas de la carne*. Buenos Aires: Madreselva.
- Cornejo, G. (2010). Sacando la bestia del clóset: autoritarismo y homofobia. Portocarrero, G., Ubilluz, J. C., & Vich, V. (Eds.), *Cultura política en el Perú. Tradición autoritaria y democratización anómica* (pp. 67-78). Lima: Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú.
- Cornejo, G. (2015). (Des)encuentros anales con la identidad: explorando los límites de la representación en el movimiento TLGB peruano. *Nomadías*, 19, 131-146.
- Corrales, J., & Pecheny, M. (Eds.). (2010). *The politics of sexuality in Latin America. A reader on lesbian, gay, bisexual, and transgender rights*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.
- Currah, P., Juang, R. M., & Minter, S. P. (Eds.). (2006). *Transgender rights*. Minneapolis: University of Minnesota.
- Decena, C. U. (2014). Sujetos tácitos. En Falconí, D., Castellanos, S., & Viteri, M. A. (Eds.), *Resentir lo queer en América Latina: diálogos desde/con el sur* (pp. 217-239). Madrid: Egales.
- Defensoría del Pueblo. (2016). *Derechos humanos de las personas LGTBI: necesidad de una política pública de la igualdad para el Perú*. Informe Defensorial 175. Lima: Defensoría del Pueblo.
- Dewhurst, C. J., & Gordon, R. R. (1969). *The intersexual disorders*. Londres: Balliere, Tindall and Cassell.
- Facio, A. (2000). Hacia otra teoría crítica del Derecho. En Herrera, G. (Coord.). *Las fisuras del patriarcado. Reflexiones sobre feminismo y Derecho*. Quito: Flacso.
- Facio, A., & Fries, L. (2005). Feminismo, género y patriarcado. *Academia*, 6(3), 259-294.
- Falconí Trávez, D. (2016). *De las cenizas al texto. Literaturas andinas de las disidencias sexuales en el siglo XX*. La Habana: Casa de las Américas.
- Fausto-Sterling, A. (2000). *Sexing the body: Gender politics and the construction of sexuality*. Nueva York: Basic Books.
- Figari, C. (2014). Fagocitando lo queer en el Cono Sur. En Falconí, D., Castellanos, S., & Viteri, M. A. (Eds.), *Resentir lo queer en América Latina: diálogos desde/con el sur* (pp. 63-79). Madrid: Egales.
- Fone, B. (2001). *Homophobia: A history*. Nueva York: Picador.
- Foucault, M. (1989). *Historia de la sexualidad*. Tomo I: La voluntad del saber. (16.ª ed.). México D. F.: Siglo XXI.

Cuerpxs indisciplinadx: hacia una mirada cuir (*queer*) (cuy-r) ...

- Gallo, D., Paladini, L., & Pustorino, P. (Eds.). (2014). *Same-sex couples before national, supranational and international jurisdictions*. Berlín: Springer.
- García, D. (2016). *Del arcoíris a la norma. La ley de matrimonio igualitario como estrategia biopolítica*. Rosario: Río Ancho Ediciones.
- Gimeno, B., & Barrientos, V. (2009). La institución matrimonial después del matrimonio homosexual. *Íconos*, 35, 19-30. Quito: Flacso.
- Greenberg, J. A. (2012). *Intersexuality and the Law. Why sex matters*. Nueva York: New York University Library.
- Justicia Intersex & StopIGM.org. (2017). *Intersex genital mutilations. Human rights violations of persons with variations of sex anatomy. NGO Report to the 6th and 7th Periodic Report of Argentina on the Convention against Torture (CAT)*.
- Kulick, D. (2009). Can there be an anthropology of homophobia? En Murray, D. A. B., *Homophobias. Lust and loathing across time and space*. Durham: Duke University Press.
- Mantilla, J. (2013). La importancia de la aplicación del enfoque de género al Derecho: asumiendo nuevos retos. *Themis – Revista de Derecho*, 63, 131-146.
- Mérida Jiménez, R. M. (Ed.). (2002). *Sexualidades transgresoras. Una antología de estudios queer*. Barcelona: Icaria Editorial.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2013). *Encuesta para medir la percepción de la población peruana en relación a los derechos humanos*. Lima: Observatorio de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Moreno, L. (2018). *Gorda vanidosa. Sobre la gordura en la era del espectáculo*. Ariel: Buenos Aires.
- Murray, D. A. B. (2009). Introduction. En Murray, D. A. B. (Ed.), *Homophobias. Lust and loathing across time and space*. Durham: Duke University Press.
- Pecheny, M. (2018). El papel del amor en el discurso político reivindicativo de la sexualidad. En: Blanco, F. A., Pecheny, M., & Pierce, J. M. (Eds.). *Políticas del amor. Derechos sexuales y escrituras disidentes en el Cono Sur* (pp. 245-260). Santiago: Cuarto Propio.
- Pierceson, J., Piatti-Crocker, A., & Schulenberg, S. (Eds.). (2013). *Same-sex marriage in Latin America. Promise and resistance*. Lanham: Lexington Books.
- Portocarrero, G. (2015). *La urgencia por decir «nosotros». Los intelectuales y la idea de nación en el Perú republicano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Preciado, B. (2002). *Manifiesto contra-sexual*. Madrid: Opera Prima.
- Red Peruana TLGB. (2016). *Informe anual sobre derechos humanos de personas trans, lesbianas, gays y bisexuales en el Perú 2015-2016*. Lima: Promsex.

- Rubin, G. (1993). Thinking sex: Notes for a radical theory of the politics of sexuality. En Abelove, H., Barale, M. A., & Halperin, D. M. (Eds.). *The lesbian and gay studies reader* (pp. 3-44). Nueva York: Routledge.
- Sabsay, L. (2011). *Fronteras sexuales. Espacio urbano, cuerpos y ciudadanía*. Buenos Aires: Paidós.
- Sabsay, L. (2014). Políticas queer, ciudadanía sexual y decolonización. En Falconí, D., Castellanos, S., & Viteri, M. A. (Eds.), *Resentir lo queer en América Latina: diálogos desde/con el sur* (pp. 45-58). Madrid: Egales.
- Saldivia, L. (2010). Reexaminando la construcción binaria de la sexualidad. En Alegre, M. et al., *Derecho y sexualidades. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA 2009)* (pp. 98-119). Buenos Aires: Librería.
- Saldivia, L. (2017). *Subordinaciones invertidas: sobre el derecho a la identidad de género*. Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento.
- Tin, L.-G. (2012). *La invención de la cultural heterosexual*. Buenos Aires: El Cuenco de Plata.
- Tompkins, A. (2014). Asterisk. En Postposttranssexual. Key concepts for a twenty-first-century transgender studies. *TSQ: Transgender Studies Quarterly*, 1(1-2), 26-27.
- Tortorici, Z. (Ed.). (2016). *Sexuality and the unnatural in colonial Latin America*. Oakland: University of California Press.
- Warner, M. (Ed.). (1993). *Fear of a queer planet: Queer politics and social theory*. Minneapolis: University of Minnesota.
- Wayar, M. (2018). *Travesti: una teoría lo suficientemente buena*. Buenos Aires: Muchas Nueces.
- Wittig, M. (1992). *The straight mind*. Boston: Beacon Press.
- Young-Bruehl, E. (1998). *The anatomy of prejudices*. Cambridge: Harvard University Press.
- Zelada, C. J. (2014). Amor prohibido. Un análisis de la ciudadanía sexual desde *Contracorriente*. En Alcántara, M., & Mariani, S. (Eds.). *La política va al cine* (pp. 243-257). Lima: Universidad del Pacífico.
- Zelada, C. J. (2017). *Los estándares internacionales para el reconocimiento de las identidades trans**. Lima: Demus – Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer.
- Zelada, C. J. (2018). ¿Camino al altar? El matrimonio igualitario en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Iuris Dictio*, 22, 155-189.
- Zelada, C. J., & Gurmendi, A. (2016). Entre el escudo y la espada: el matrimonio igualitario visto desde el orden público internacional y el derecho internacional de los derechos humanos. *Themis – Revista de Derecho*, 69, 257-274.

Cuerpxs indisciplinadx: hacia una mirada cuir (*queer*) (cuy-r) ...

Zelada, C. J., & Neyra, C. (2017). Trans*legalidades: estudio preliminar de expedientes sobre reconocimiento de las identidades trans* en el Perú. *Ius et Veritas*, 55, 90-111.