

APORTE DEL CONSULTORIO JURÍDICO UNICXS AL INFORME SOBRE EL COLONIALISMO, LA ORIENTACIÓN SEXUAL E LA IDENTIDAD DE GÉNERO DEL EXPERTO INDEPENDIENTE SOBRE LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO¹

INTRODUCCIÓN

El Consultorio Jurídico UNICXS es un consultorio jurídico gratuito que forma parte de la Oficina Académica de Responsabilidad Social de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. En UNICXS brindamos asesoría jurídica gratuita en temas vinculados a discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. Asimismo realizamos investigación jurídica sobre este tema.

Al advertir el llamado a aportaciones para el Informe sobre colonialismo, orientación sexual e identidad de género hemos considerado pertinente analizar nuestra experiencia como Consultorio a través del lente del colonialismo. En UNICXS llevamos el patrocinio jurídico gratuito de casos de cambio de nombre de personas trans ante el Poder Judicial y hemos intervenido como *amicus curiae* en casos de reconocimiento matrimonio igualitario celebrado en el extranjero ante la misma institución. Esta experiencia nos ha permitido revisar diversas decisiones judiciales y encontrar la impronta del colonialismo (o colonialidad como desarrollaremos más adelante) dentro de las decisiones judiciales en el Perú.

Este texto busca responder a la siguiente pregunta: *¿Qué leyes coloniales que regulan la orientación sexual y la identidad de género siguen vigentes hoy? ¿Cómo se hacen cumplir? ¿Cómo están siendo interpretados por la jurisprudencia nacional y el derecho consuetudinario? ¿Qué explicaciones legales, morales o socioculturales se han proporcionado, si las hay, para su existencia continua?* Para poder hacerlo, se ha estructurado el mismo de la siguiente forma: En primer lugar una breve reseña sobre los conceptos que se usarán en el análisis. Esto es colonialismo y colonialidad. En segundo lugar, el análisis de las decisiones judiciales del Poder Judicial peruano en el marco de procesos de cambio de nombre y el reconocimiento matrimonio igualitario celebrado en el extranjero y finalmente las conclusiones.

SOBRE COLONIALISMO Y COLONIALIDAD

Si bien es cierto el Perú dejó de ser colonia española en el siglo XIX, los rezagos de estructura colonial se mantienen en nuestro país hasta la actualidad. En este punto, es importante establecer una diferencia entre colonialismo y colonialidad. El colonialismo por un lado se refiere a períodos históricos de dominio imperial mientras que la colonialidad es la estructura por la que el dominio colonial se consolida. En otras palabras, el colonialismo es la ocupación de un territorio a través de estrategias militares, políticas y económicas; mientras que la colonialidad es la imposición de las concepciones, imaginarios, y valores coloniales a los sujetos colonizados². Como bien sintetiza el autor Maldonado-Torres “el colonialismo precede a la colonialidad, la

¹ Elaborado por Brenda Santamaría, voluntaria del Consultorio Unicxs y Nicole Vasquez Coordinadora del Consultorio Unicxs.

² MIGNOLO, W. (2005), *La idea de América Latina. La herida colonial y la opción decolonial*, Gedisa, Barcelona.

colonialidad sobrevive al colonialismo”³. Es importante destacar que la colonialidad es un concepto introducido por el sociólogo peruano Aníbal Quijano, quien describe el término como el patrón de dominación entre colonizadores y colonizados⁴.

En este contexto, una de las manifestaciones de la colonialidad se puede encontrar en el Derecho. El Derecho entendido como el conjunto de normas que regulan una sociedad fue usado como una herramienta de consolidación del poder colonial para marginar aquellos comportamientos que no se alineaban con los valores coloniales españoles, íntimamente ligados a la religión católica. En ese sentido, el poder colonial castigaba cualquier expresión de la identidad de género u orientación sexual no vinculada con la cisheteronormatividad. Si bien es cierto el dominio del imperio español en el Perú acabó en el siglo XIX, dicho estado de cosas no ha cambiado. Los valores católicos coloniales se han impuesto a través de la colonialidad como fundamentaciones para diversas normas dentro del sistema jurídico peruano.

ANÁLISIS DE DECISIONES JUDICIALES EN EL MARCO DE CASOS DE CAMBIO DE NOMBRE Y RECONOCIMIENTO DE MATRIMONIO IGUALITARIO CELEBRADO EN EL EXTRANJERO

En Perú, diversos pronunciamientos judiciales en relación a la protección de los derechos de la comunidad LGTBIQ+ han revelado el mantenimiento de interpretaciones coloniales, específicamente en su dimensión de “colonialidad del ser”. Al respecto, Garzón menciona que la colonialidad del ser establece una “diferenciación jerárquica de la humanidad en seres superiores e inferiores bajo diferentes categorías identitarias hetero-asignadas”⁵ En ese sentido, se reduce el valor humano y la dignidad de la persona si es que no encaja en lo “socialmente aceptable”.

Así, por ejemplo, en los casos de cambio de nombre, cambio de sexo, reconocimiento de matrimonio igualitario, entre otros que versan sobre derechos de la comunidad LGTBIQ, los tribunales peruanos han manifestado esta diferenciación jerárquica de la humanidad, negando el reconocimiento de los derechos de los miembros de esta comunidad; por ejemplo, el caso P.E.N.M. Ella es una mujer trans que en sede judicial se le reconoció su derecho a la identidad, por lo que podía cambiar su nombre, pero el sistema de registro nacional, RENIEC, no permitió su cambio de sexo. El caso fue atendido por el Tribunal Constitucional y este, además de catalogar al transexualismo como un trastorno, negó la identidad de mujer de P.E.N.M.

Específicamente mencionó:

- “el Derecho no puede abandonar la realidad científica de que el sexo de la persona es su sexo biológico o cromosómico” (párr. 30)

³ MALDONADO-TORRES, N. (2007), “Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto”. En: GROSFOGUEL, R., y CASTRO-GÓMEZ, S. (eds.), El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global, Iesco-Pensar-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, pp. 127-167.

⁴ QUIJANO, A. "Colonialidad y Modernidad/Racionalidad", Perú indígena, vol. 13, No. 29, Lima, pp. 11-20.

⁵ GARZÓN LÓPEZ, P. (2016), Ciudadanía indígena. Del multiculturalismo a la colonialidad del poder, Prólogo de José María Sauca Cano, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. p. 210.

- “un transexual operado, a pesar del cambio externo, sigue teniendo el mismo sexo cromosómico” (párr. 33)
- “la modificación del sexo en el registro civil no sería posible sin inevitables consecuencias de defraudación a terceros”; por ejemplo, “[el cambio de sexo] daría lugar a un matrimonio cuya anulabilidad podría solicitar el cónyuge perjudicado por el “error sobre la identidad física del otro contrayente”” (párr. 41)

Igualmente, en el caso Ugarteche, el Tribunal Constitucional emitió otro pronunciamiento en el que no reconoce a los miembros de la comunidad LGTBIQ+ como sujetos de derechos, reafirmando así la superioridad de los sujetos binarios heterosexuales en base al cual las leyes han sido creadas. En este caso, el señor Ugarteche plantea una demanda de amparo para que el registro nacional, RENIEC, inscriba su matrimonio, el cual había sido contraído con una persona del mismo sexo. Sin embargo, por 4 votos, la demanda es declarada improcedente. Así, cada magistrado justificó su voto singular, en los que se puede apreciar lo siguiente:

- “la realidad antecede al Derecho [...] la unión establece entre un hombre y una mujer, y que recibe el nombre de matrimonio. El término matrimonio es la palabra que designa a este tipo de unión heterosexual”⁶
- “la heterosexualidad del matrimonio es una constante a lo largo de toda la historia sociojurídica”⁷
- “dicho matrimonio entre personas del mismo sexo es incompatible con el orden público internacional”⁸
- “los elementos esenciales del matrimonio en el Perú son dos: ser una unión voluntaria y [...] ser celebrado por un varón y por una mujer”⁹
- “Plantear que una unión homosexual es matrimonio es como pretender que una unión homosexual sea heterosexual: una contradicción en sus propios términos. Y afirmar que son realidades distintas no es decir nada malo de las uniones entre personas del mismo sexo, sino simplemente diferenciarlas de otro tipo de uniones (la de las personas de diferente sexo) que son, efectivamente, distintas y las que producen el crecimiento de la población mundial, y el mantenimiento de ella”.¹⁰

Igualmente, el sentido de estos votos se sustentaron en lo regulado por el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la que se establece que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, por lo que señalan que “hay un bloque convencional de interpretación que lleva a dicha conclusión [no hay derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo]”. Así pues se evidencia una falta de cuestionamiento a las normas que durante el colonialismo se hayan establecido y con ello se pretende llamar como “normal” y lo único aceptable a lo repetitivo. Sin embargo, detrás de estas interpretaciones hay una manifestación de la

⁶ Voto singular del magistrado Ferrero Costa

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Voto singular del magistrado Sardón de Taboada

¹⁰ Voto singular del magistrado Ernesto Blume, párr. 2

colonialidad, pues usando lo que dice la norma, se está excluyendo a un grupo de personas que, al no encajar en la heteronormatividad, se les impide el reconocimiento de sus derechos.

CONCLUSIONES

Respondiendo a la pregunta realizada en el inicio de este texto: *¿Qué leyes coloniales que regulan la orientación sexual y la identidad de género siguen vigentes hoy?* Señalamos que en el caso de personas trans la vigencia del orden colonial está en la interpretación normativa que realizan los operadores de justicia. El artículo 29 del Código Civil peruano permite el cambio de nombre cuando existe un motivo justificado. Sin embargo, como se ha podido leer en el apartado anterior, los jueces no interpretan que la adecuación del prenombre con la identidad de género es un motivo justificado y señalan que la identidad de género y el sexo biológico son categorías idénticas. Esta interpretación que niega la existencia de las personas trans se corresponde con el rezago colonial que castiga cualquier manifestación fuera de la cisheteronormatividad. En el caso del reconocimiento del matrimonio de parejas del mismo sexo, sí existe una norma colonial que regula la orientación sexual e identidad de género. Este es el artículo 234 del Código Civil que define que el matrimonio es "la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común". Esta norma que tiene una fuerte impronta colonial y de valores católicos solo admite el matrimonio entre personas heterosexuales y que además se identifiquen como hombre o mujer, cualquier espectro fuera del binario no tiene un reconocimiento expreso en dicho cuerpo normativo. La manera en cómo se han hecho cumplir es gracias a las interpretaciones judiciales que apelan al texto de la norma como única validación. Sin tener en cuenta interpretaciones más amplias.

Solo a través de una interpretación normativa acorde al principio de igualdad y no discriminación se podrá empezar a dejar de lado la impronta colonial que existe en el Derecho y que continúa oprimiendo a sectores vulnerables de nuestra sociedad.