

La Molina, 03 de febrero de 2017

OFICIO N° 003-2017-DER

Doctor
Miguel Ángel Torres Morales
Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento
Presente.-



Estimado congresista:

Tengo el agrado de dirigirme a usted a fin de adjuntarle la Propuesta:
Eliminar el inciso d) del artículo 46 del Decreto Legislativo 1323 Decreto
del Legislativo que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia
familiar y la violencia de género.

Sin otro particular, es propicia la ocasión para reiterarle los sentimientos
de mi especial consideración.

Atentamente,

Martín Santiváñez Vivanco
Decano de la Facultad de Derecho
Universidad San Ignacio de Loyola



06 FEB 2017

Reg. 1142

4:41p

DECRETO LEGISLATIVO Nº 1323
DECRETO LEGISLATIVO QUE FORTALECE LA LUCHA CONTRA EL FEMINICIDIO,
LA VIOLENCIA FAMILIAR Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Martín Santiváñez Vivanco
Decano de la Facultad de Derecho y Relaciones Internacionales
Universidad San Ignacio de Loyola

Propuesta: Eliminar el inciso d) del artículo 46

****Artículo 46.- Circunstancias de atenuación y agravación***

(...)

2. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

(...)

d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales como el origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole.

*(...)**

Propuesta: Eliminar los términos "orientación sexual, identidad de género" y agregar la palabra "injustificado" como aparece abajo en amarillo.

****Artículo 323.- Discriminación e incitación a la discriminación***

El que, por sí o mediante terceros, realiza actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas reconocido en la ley, la Constitución o en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte, basados en motivos raciales, religiosos, nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, idioma, identidad étnica o cultural, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, discapacidad, condición de salud, factor genético, filiación, o cualquier otro motivo injustificado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.

Si el agente actúa en su calidad de servidor civil, o se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental, a través de internet u otro medio análogo, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36."



ANÁLISIS Y COMENTARIOS

- La norma excede las facultades otorgadas por el Poder Legislativo.
- La norma es innecesaria, puesto que no añade un nuevo tipo penal respecto de aquellas conductas violentas en contra de la vida, la libertad, el cuerpo, la salud o, eventualmente, el patrimonio que ya están establecidos como delitos en el Código Penal.
- Se altera la configuración de los elementos subjetivos del tipo penal, introduciendo un nuevo elemento: "Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación".
- Lo que es más grave, dicha iniciativa constituiría una violación de los derechos fundamentales a la igualdad ante la ley.
- Se limita injustificadamente los derechos fundamentales a la libertades de expresión y religión; todos ellos reconocidos en la Constitución Política del Perú.

I) La norma excede las facultades otorgadas por el Poder Legislativo

El literal e) del artículo 2 de la Ley N° 30506 únicamente hace referencia a que el Poder Ejecutivo está facultado para legislar en materia de seguridad ciudadana, a fin de establecer modificaciones normativas a la legislación penal para combatir la violencia de género. Según nuestro marco constitucional y legal, así como documentos de consenso político (como el Acuerdo Nacional) el concepto de género tiene un uso restringido equivalente a la alusión a los dos sexos, masculino y femenino. Es decir que la "violencia de género" debe entenderse exclusivamente en el contexto de las relaciones entre varones y mujeres.

Sin embargo, la norma propuesta introduce los términos "orientación sexual", "identidad de género", los cuales además de no estar definidos en nuestro ordenamiento jurídico, pertenecen a un ámbito distinto a la seguridad ciudadana y la violencia de género. A su vez, la Exposición de Motivos hace referencia a "mejorar la protección del derecho a la igualdad y no discriminación debido al incremento del contexto de la violencia de género"; más aún la justificación que desarrolla la citada Exposición de Motivos (pp. 22-28) se limita única y exclusivamente a "la orientación sexual y la identidad de género como categorías sospechosas de discriminación", refiriéndose reiteradamente a "personas LGBTI", "personas trans, lesbianas, gays y bisexuales", "crímenes de odio", "lesbianas, homosexuales o bisexuales", "transexuales, transgénero o intersex".

Por tanto, el objeto de esta norma NO es la seguridad ciudadana ni el combate a la violencia de género, sino la igualdad y el derecho a la no discriminación de un grupo de personas supuestamente vulnerables. Es decir, se ha legislado sobre materias que NO fueron objeto de delegación por parte del Poder Legislativo.

II) LA NORMA NO ES NECESARIA

La propuesta no es necesaria por razones sociológicas ni jurídicas:

- 1) La Exposición de Motivos hace referencia a que "se dispone de distintas fuentes que evidencian la violencia que afecta los derechos de las personas LGBTI" pero todas ellas se limitan a constatar asesinatos, agresiones o incluso suicidios de estas personas, sin señalar que se hayan debido a odio o intolerancia contra ellos, es decir no separándolas de los delitos comunes. Otras "fuentes" son los reportes de instituciones privadas que tienen una agenda pro-homosexual definida (tales como PROMSEX).

Fuera de esto, no se señala ninguna investigación o estudio hechos con rigor académico que evidencien que, efectivamente, se verifica una alta incidencia de agresiones contra determinados grupos sociales, específicamente contra cuáles grupos sociales, qué tipo de agresiones, si han aumentado o disminuido, etc. No se cuenta, entonces, con datos fidedignos sobre la real magnitud o la frecuencia de estos casos. Tampoco indica ninguna información concreta y específica de que las víctimas estén siendo desprotegidas contra cualquier tipo de violencia ejercida contra ellos. Por tanto, no existe ninguna evidencia de que, actualmente, los casos que involucran a víctimas de grupos considerados vulnerables estén siendo desatendidos por parte de las autoridades policiales, del Ministerio Público o del Poder Judicial.

- 2) El proyecto no establece nuevos delitos sino que tan solo caracteriza agravantes, sobre la base del odio que motivaría al agente, para los tipos penales ya establecidos en el Código, y por tanto ya perseguidos por la ley. Nuestra Constitución Política consagra como fin supremo de la sociedad y del Estado la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad (Art 1°); de toda persona. Igualmente, en su Art. 2° reconoce de manera no taxativa los derechos que tiene toda persona: a la vida, identidad, integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. (inc.1), a no ser discriminada por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole (inc.2), a la libertad de conciencia y de religión (inc.3), a su identidad étnica y cultural (inc.19); el Art. 139° inc.3 garantiza para toda persona la tutela jurisdiccional como un derecho en la administración de justicia. Por otro lado, establece como deber primordial del Estado la garantía de la plena vigencia de los derechos humanos (Art. 44°). La Constitución también establece en su Art. 38° que todos los peruanos tienen el deber de respetar y cumplir la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación; y en su Art. 51° que la Constitución prevalece sobre toda norma legal. En esa misma línea el Código Penal en el Art. 1° de su Título Preliminar que su objeto es la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona y de la sociedad; de toda persona. Y con esta finalidad sanciona aquellos delitos que atentan contra la vida, el cuerpo y la salud (Título I, Libro II), la libertad (Título IV, Libro II) o el patrimonio (Título V, Libro II).

Por tanto, nuestro ordenamiento jurídico constitucional y legal establece ya un amplio y detallado marco de protección de los derechos fundamentales de todas las personas, y nuestras leyes castigan ya las acciones delictivas concretas contra



cualquier persona y que resulten de cualquier motivación, incluyendo el rechazo animadversión u odio hacia la víctima. Además, el Código Penal ya contempla, por ejemplo en su Art. 108°, como agravantes concretos la ferocidad, el placer (Inc.1) o la gran crueldad empleada (Inc.3); así como dispone que para determinar la pena el juez tenga que atender a la gravedad del hecho punible cometido (Art. 46°) considerando, entre otros, la naturaleza de la acción (Inc.1), las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión (Inc.5), los móviles y fines (Inc.6).

La propuesta, entonces, no demuestra que haya una carencia o insuficiencia en nuestro sistema legal que haya que subsanar con una adición a la legislación.

III) LA NORMA PROPUESTA DISTORSIONA LA TEORÍA DEL DELITO

La consagrada definición de delito lo caracteriza como "acción u omisión típica (esto es, descrita por la ley), antijurídica (violatoria del Derecho) y culpable". También nuestro Código Penal recoge esta noción en su Art. 11° que define a los delitos y faltas como "las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley" Si falta uno de los elementos de la definición, no se configura el delito, y por tanto no se podría aplicar pena.

El proyecto plantea incorporar al artículo 46 del Código Penal el siguiente texto:

"d) Ejecutor el delito bajo móviles de..."

El proyecto, entonces, caracteriza agravantes en base a las ideas o sentimientos del agente. Por ello debemos atender a los aspectos subjetivos de la tipicidad, la cual tiene dos variantes: el dolo y la culpa. La culpa engloba los actos cometidos sin intención propiamente dicha, que resultan de imprudencia o negligencia. El proyecto que analizamos se limita a los delitos dolosos, esto es los cometidos con plena intención.

Ahora bien, el proyecto está añadiendo un nuevo elemento al aspecto subjetivo de la tipicidad: el móvil, el por qué se comete el delito, en este caso la OPINIÓN y/o los SENTIMIENTOS que el agente tiene sobre el sujeto pasivo (la víctima) por su "origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentario, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole"; es decir, un elemento altamente subjetivo.

Como señala la doctrina penal: "Debemos distinguir dolo de móvil; en algunos casos pueden coincidir, pero casí siempre el móvil es irrelevante para el Derecho Penal, ya que se refiere a la finalidad – lo que se quiere obtener, el provecho – con que se actuó y no a la determinación con que se hizo la acción propiamente dicha" (el subrayado es nuestro) (BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal – Parte General*. Lima: p. 157) Por ello es que el móvil sólo se toma en consideración, en los casos en los que se puede determinar con cierto grado de certeza, para la determinación concreta de la pena (Art. 46° Inc.6), y siempre dentro de los límites fijados por la ley, no pudiéndose aumentar penas sobre el máximo establecido, como pretende el proyecto. Según el mismo autor: "El tipo subjetivo es mucho más difícil de probar que el tipo objetivo, ya que



refleja una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir, pero no observar" (Ibid. p. 155). Si esto es así respecto del dolo, con mucha mayor razón es evidente la dificultad probatoria en lo que se refiere al móvil.

IV) LA NORMA PROPUESTA VIOLA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y A LA IGUALDAD ANTE LA LEY

- 1) La base de la Reacción Penal es el comportamiento humano y no las opiniones de las personas. Nuestro ordenamiento jurídico no permite al Estado determinar qué opiniones y qué sentimientos son aceptables y cuáles no. Así, el estado de derecho, aun cuando lamenta la existencia de concepciones intolerantes o ideas incompatibles con una vida sana en sociedad, no puede castigar las opiniones en sí, sino sólo en la medida en que se plasmen en actos antijurídicos concretos. Por ejemplo, si alguien piensa que los ciudadanos peruanos que tienen ascendencia indígena son inferiores a los de apariencia europea, y que aquéllos deben ser obligados por sus patrones a trabajar mediante castigos físicos, su idea en sí no es punible, por más negativa que sea nuestra opinión sobre ella. Lo que es punible es el maltrato que efectivamente se realice. Nuestra Constitución Política establece claramente:

"Artículo 2° . Toda persona tiene derecho:

(...)

3. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. (...)"

Por tanto, si se aumentase la pena en base a las ideas o sentimientos del agente, se estaría violando la Constitución, puesto que se perseguiría una idea o creencia. El error de la configuración de los llamados Crímenes de Odio radica en que se sustenta en una premisa falaz: que las personas pueden ser castigadas por sus opiniones o sentimientos y no únicamente por sus acciones. El considerar que el Estado tiene la capacidad de penetrar la subjetividad de las personas y corregir sus contenidos implica, necesariamente, sostener también que puede decidir que creencias, opiniones o emociones son aceptables y, lo que es peor, cuáles no. De aceptarse este punto de vista, el Estado incurriría en una violación del Art. 43° de la Constitución, que define al Perú como una República *"democrática, social, independiente y soberana"*, pues estaría adoptando actitudes típicas de los regímenes totalitarios, en los cuales las personas son castigadas por tener opiniones o ideas "aceptables" para el gobierno.

- 2) Los Crímenes de Odio incrementan las penas si el agente comete el delito motivado por el odio hacia su víctima basado en la pertenencia de ésta a determinado grupo racial, religioso, ideológico, etc. Por tanto, las personas quedan segmentadas en distintas categorías por esos mismos motivos. El culpable de un delito contra personas que no estén incluidas en ninguno de los grupos así definidos recibirá una pena menor que si lo cometiera, en las mismas circunstancias, contra otras que si



encajen en aquellos. Esto implicaría una violación de la Constitución Política, que ha establece:

"Artículo 2° . Toda persona tiene derecho:

(...)

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. "

Todas las víctimas de un delito merecen la misma protección del sistema de justicia. Los Crímenes de Odio, sin embargo, crean un sistema escalonado en el ejercicio de la acción penal en el cual determinados casos de víctimas de un delito reciben una atención preferente respecto de otros, lo cual resulta discriminatorio para aquellos que ven que su vida, libertad, integridad o patrimonio tienen menos valor que los de otros.

V) LA NORMA PROPUESTA LIMITA INJUSTIFICADAMENTE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA LIBERTAD DE RELIGIÓN Y A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1) En el Derecho comparado otros países han recogido los Crímenes de Odio en sus legislaciones. Sin embargo, en aquellos casos en que dichas leyes incluían la "orientación o identidad sexual" como categoría protegida, han sido usadas para sancionar a aquellas personas que mantienen opiniones morales tradicionales acerca de la homosexualidad y la familia, principalmente cristianos de las distintas denominaciones.

- En Inglaterra, Sonia Maples y su esposo fueron descalificados para adoptar niños por una entidad pública, pues sus creencias cristianas no permitirían una crianza adecuada en caso de que el hijo adoptivo resultara homosexual. En artículo para el Daily Telegraph, ella pregunta: "¿Por qué no existe la misma preocupación en cuanto a entregar un niño heterosexual a una pareja homosexual (...)?"¹. La pregunta es razonable, máxime porque, en enero de 2007, el entonces primer ministro Tony Blair negó a una agencia católica de adopciones la objeción de conciencia de dar niños a parejas homosexuales², por lo cual tuvieron que cerrarse todas las agencias cuyos principios rectores no permitían una tal incoherencia.
- En Nuevo México, EE.UU., una empresa fotográfica familiar fue condenada a pagar US\$6600 de multa por no desear asistir a una ceremonia homosexual para tomar fotografías.³
- En Ontario (Canadá), el dueño de una imprenta fue juzgado por no aceptar imprimir material pro-homosexual. Tras ocho años de proceso, fue condenado definitivamente a pagar una multa de C\$5000, más C\$40000 de gastos procesales

¹ www.telegraph.co.uk/portal/main.jhtml?xml=/portal/2007/01/25/ftadopt125.xml

² www.pm.gov.uk/output/Page10869.asp

³ www.wnd.com/index.php?fa=PAGE.view&pageId=61342



de las "víctimas", además de ser obligado a imprimir material que violenta sus principios morales.⁴

- Dos damas de 70 y 75 años, respectivamente, fueron detenidas y procesadas penalmente por predicar la Biblia a grupos de homosexuales, en las calles de Filadelfia (EE.UU.)⁵
- Por su parte, en Saskatchewan (Canadá), Hugh Owens publicó un aviso en un diario con referencias bíblicas sobre la homosexualidad, acompañados de un signo de tránsito prohibiendo ésta. Fue condenado a indemnizar a tres personas que se declararon ofendidas, por sentirse expuestas "al odio o al ridículo". Después de nueve años de proceso, fue absuelto por una tercera sentencia, que no obstante reconoció que algunos podrían sentirse perturbados u ofendidos por el aviso.⁶
- En el año 2000 Scott Brockie, dueño de una imprenta en Ontario, Canadá, quien rehusó por motivos de conciencia imprimir tarjetas para la Canadian Lesbian and Gay Archives, fue sentenciado por un tribunal a pagar CA\$ 5,000 por concepto de daños al presidente de dicha asociación, y a imprimir materiales para cualquier individuo o grupo homosexual que se lo solicitase.
- También en el 2004, 11 cristianos fueron arrestados por cantar y predicar en un parque público de Filadelfia, Estados Unidos, durante un festival homosexual. Cinco de ellos, incluida una chica de 17 fueron acusados de 5 cargos mayores y tres menores: conspiración criminal, posesión de instrumentos criminales, intimidación étnica, resistencia a la autoridad, bloqueo de vías, etc.

Todas estas sanciones se ampararon en las respectivas leyes de Crímenes de Odio de dichos países. Similares hechos han ocurrido, asimismo, en el Reino Unido y Nueva Zelanda.

Así, aunque estas leyes han sido promulgadas con la intención de proteger a grupos considerados vulnerables, especialmente homosexuales, de ser víctimas de actos violentos motivados por el odio, por lo general han servido como instrumento para que estos mismos grupos busquen suprimir toda opinión disidente y limiten la libertad religiosa de aquellos que en base a sus creencias consideran su estilo de vida como equivocado.

- 2) Al implicar, virtualmente, la penalización de las opiniones, como hemos demostrado más arriba, la norma propuesta limita también de manera injustificada el derecho a la libertad de expresión consagrado en Nuestra Constitución:

"Artículo 2° . Toda persona tiene derecho:

⁴ www.theinterim.com/2004/june/02scottbrockie.html

⁵ www.wnd.com/news/article.asp?ARTICLE_ID=54125, www.stophatecrimesnow.com/?host_id=WND

⁶ www.christianlegalfellowship.org/Interventions/Hugh%20Owens%20Background.pdf, <http://204.83.249.88/judgments/2006/CA2006/01asp.pdf>. El aviso puede verse en www.lifesitenews.com/ldn/images/2006/hughowensad.jpg

(...)

4. A las libertades de (...) opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley. "

Dado que la norma propuesta establece que un elemento tan subjetivo de determinar como el odio, se configura como agravante de cualquier tipo penal; y precisamente por esa dificultad probatoria, el titular de la acción penal podrá remitirse a hechos no relacionados directamente con el caso en concreto con el fin de probar la existencia del móvil (en este caso, el odio). Así, si A comete un delito contra B, quien pertenece a una categoría protegida, el fiscal prueba que A llevó a cabo el hecho punible, y que lo hizo porque en algún momento dijo o escribió una opinión desfavorable acerca de la categoría a la que pertenece B aunque nunca contra éste en concreto. Sin embargo tales declaraciones podrán ser usadas para probar que A actuó motivado por "odio" contra B.

Por tanto, la ley de Crímenes de Odio termina teniendo el efecto de limitar la libre expresión de pensamientos u opiniones impopulares, pues éstas podrían convertirse en el fundamento de una sanción penal más elevada.

CONCLUSIONES

Por todo lo anterior, se considera que:


1. La modificación del artículo 46° y del artículo 323° del Código Penal ha excedido las facultades legislativas delegadas por el Poder Legislativo.
2. La modificación del artículo 46° y del 323° del Código Penal es inconstitucional por cuanto se basa en aumentar las penas en base a las ideas y sentimientos del delincuente, lo cual viola el derecho a la libertad de conciencia y el principio de que "no hay persecución por razón de ideas o creencias" (art. 2, inc. 3 de la Constitución Política del Perú) y por cuanto se introducen categorías no definidas en nuestro ordenamiento jurídico ni menos aún reconocidas como constitutivas de derechos fundamentales.
3. La norma se basa en un tratamiento desigual de las víctimas creando categorías especiales de víctimas que merecerían un nivel más elevado de protección por parte del Estado, lo que viola el derecho a la igualdad ante la ley (ídem, art. 2, inc. 2).
4. Esta innovación jurídica de legislar sobre la opinión y sentimientos de las personas es además innecesaria. Es verdad que existen casos comprobados de delitos movidos por el desprecio a la condición de las víctimas, pero no hay ninguna evidencia que demuestre que tales casos están recibiendo un tratamiento menos justo que aquellos en los que el móvil no se pueda establecer en los mismos términos, o estén mereciendo menos atención en la Investigación de los hechos o la condena de los agresores. Además las normas actuales ya contemplan aumentos de pena según la



crueidad del agente o los daños infligidos a la víctima, entre otros factores a tener en cuenta por el juez.

5. Al introducir la investigación sobre condiciones subjetivas, genera una deformación de la concepción del delito como pacíficamente lo ha establecido la ciencia penal y consagrado en nuestra legislación nacional.
6. Asimismo, teniendo presente la experiencia que su aplicación ha tenido en otros países sobre la libertad religiosa y de expresión, consideramos que no se puede descartar que su adopción en nuestra legislación pueda también tener un efecto restrictivo sobre derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución.




Martín Santiváñez Vivanco
Decano de la Facultad de Derecho y
Relaciones Internacionales
Universidad San Ignacio de Loyola