



**CARD**  
CENTER FOR APPLIED RESEARCH AND DEVELOPMENT

9.30am  
JUN 2017

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

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted para expresarle mi cordial saludo y a la vez remitirle el Informe Técnico sobre la modificación del artículo 323 del Código Penal realizada por el Decreto Legislativo N° 1323, llamado "Decreto Legislativo que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género".

Hago propicia la oportunidad para alcanzar a usted los sentimientos de mi especial consideración,

Atentamente,

**SANDY ADHEMIR CACERES VILCA**

Director

Center for Applied Research and Development  
PAD – Escuela de Dirección de la Universidad de Piura.

Adj.: Informe Técnico.

## INFORME TÉCNICO SOBRE EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1323

### I OBJETO DEL INFORME

1. El presente informe tiene por objeto dar cuenta al Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República del Perú, el congresista Miguel Ángel Torres Morales, sobre los alcances negativos del artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1323 (en adelante, el DL), que modifica el artículo 323° del Código Penal (en adelante, CP), que sanciona la discriminación con pena privativa de la libertad.

2. Este informe consta de cuatro partes. En la primera, se realiza un análisis de forma; es decir, si dentro de las facultades para legislar que el Congreso de la República le delegó al Poder Ejecutivo se encuentra la potestad de hacerlo sobre discriminación por orientación sexual e identidad de género. En la segunda parte, se realiza un análisis de fondo del artículo 323° del CP y se señalan los aspectos negativos del mismo. En la tercera parte, se señalan las conclusiones. Finalmente, en la cuarta parte, se adjuntan como anexos dos artículos y dos informes que sustentan con argumentos de forma y fondo las razones por las cuales el artículo mencionado y otros deben ser derogados.

### II ANÁLISIS DE FORMA

3. Antes de analizar el fondo del asunto, consideramos pertinente como cuestión previa, dilucidar si es que el Poder Ejecutivo tenía o no la potestad para legislar sobre la discriminación por orientación sexual o identidad de género.

4. Al respecto, el Congreso de la República mediante la Ley N° 30506 publicada el 09 de octubre de 2016, delegó por un plazo de 90 días calendario al Poder Ejecutivo la facultad de legislar en las siguientes materias:

- Reactivación económica y formalización.
- Seguridad ciudadana.
- Lucha contra la corrupción.
- Agua y saneamiento.
- Reorganización de Petropetru S.A.

5. En enero de 2017, el Ejecutivo legisó sobre discriminación por orientación sexual e identidad de género alegando que se encuentra dentro de las facultades para legislar en materia de seguridad ciudadana. Es así, que en la parte considerativa del DL, se cita el artículo 2, inciso 2, literal a), de la Ley N° 30506.

En concreto, dicha disposición legal señala lo siguiente:

**Art. 2, inciso 2, literal a) de la Ley N° 30506**

Establecer precisiones y modificaciones normativas a la legislación penal, procesal penal y de ejecución penal, en particular en lo que respecta a la tipificación de nuevos delitos o agravantes, beneficios penitenciarios y acumulación de penas, para fortalecer la lucha contra el crimen organizado, terrorismo, narcotráfico, lavado de activos, delincuencia común, inseguridad ciudadana, y afectaciones a la infraestructura, instalaciones, establecimientos y medios de transporte de hidrocarburos en el país; asimismo, modificar la legislación penal y procesal penal y de ejecución penal con el objeto de *revisar la regulación vigente del delito de feminicidio y sus agravantes, la terminación anticipada y la confesión sincera, y la regulación vigente de los beneficios penitenciarios, para combatir la violencia familiar y la violencia de género*, así como proteger los derechos de las mujeres, niñas y niños, y adolescentes, independientemente del vínculo de parentesco con los agresores y víctimas de dichos delitos. *(El subrayado es nuestro).*

6. No obstante, la disposición sobre la discriminación que se incluyó en el DL, haciendo uso de las facultades, es la siguiente:

**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, 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. *(El subrayado es nuestro).**

7. De la norma precedente, podemos afirmar que la regulación sobre discriminación presente en la modificatoria del artículo 323 del CP, tiene un vicio de origen. Opinamos de esta manera, porque las facultades delegadas por el Congreso para legislar en materia de seguridad ciudadana, se circunscriben, en este caso específico, únicamente para realizar modificaciones al tipo penal de feminicidio, con la finalidad de mitigar la violencia familiar y violencia de género, así como para proteger a las mujeres, niños y adolescentes.

### III. ANÁLISIS DE FONDO

8. Antes de comenzar con nuestro análisis de fondo sobre la materia controvertida, cabe resaltar, que en este Informe solo analizamos la modificatoria del artículo 323° del CP realizada mediante el DL 1323. Ello no significa que esta sea la única disposición que el Congreso de la República debería revisar, por el contrario, el CARD recomienda que dada su importancia para la sociedad, se revise toda la normativa que haga alusión al "enfoque de género", entre las que se encuentran: el DL 1266 (art. 5.2.4; 9.5), DL 1267 (art. VII.1; 2.5), DL 1297 (art. 4.d), DL 1323 (art. 46; 323), DL 1325 (art. 3.3) y algunas disposiciones del DL 1348.

9. Argumentos en contra de la modificatoria del artículo 323° del CP:

a) El DL 1323, al modificar el artículo 323° del CP sobre el delito de discriminación, ha introducido una formulación muy general, contrariamente al rigor del texto original. Además, ha incluido unos supuestos de discriminación que no tienen un respaldo constitucional o pueden colisionar con leyes especiales. Todo esto pone en serio riesgo de persecución penal injustificada a las personas que sean imputadas de este delito, en perjuicio de sus derechos fundamentales.

Al sustituir el término "discriminación" por los de "distinción, exclusión, restricción o preferencia", esta modificación introduce una gran incertidumbre jurídica y le daría un amplio margen de decisión al juez de la causa.

Asimismo, se debe tener en cuenta que no todo trato diferenciado es discriminatorio, puesto que este puede ser legítimo si se fundamenta en causales objetivas y razonables.

b) La inadecuada técnica legislativa empleada para el delito de discriminación regulado en el artículo 323° del CP, habilita y permite la vulneración de los

derechos a la libertad de conciencia, objeción de conciencia, libertad de expresión y opinión, libertad religiosa y libertad contractual. Por ejemplo, se puede llegar al extremo de que en ejercicio del derecho de libertad de expresión, una persona que se manifieste en contra de la inclusión del enfoque de género en el currículo escolar sea procesado por discriminación.

(c) La inclusión del concepto de discriminación por "identidad de género" en el artículo 323 del CP, resulta muy controversial en la actualidad como para que sea incluido en una norma con rango de ley por el Poder Ejecutivo sin haber sido debatido previamente en el Congreso. Se debe tener en cuenta que el enfoque de género en la actualidad es controversial en la sociedad peruana, por lo tanto, solo debería ser incluido en una norma con rango legal si los representantes de la sociedad así lo desean, y esos representantes son los congresistas no los funcionarios del Poder Ejecutivo.

(d) El Congreso de la República otorgó facultades al Poder Ejecutivo para legislar sobre seguridad ciudadana y, dentro de ese contexto, que modifique la regulación del feminicidio para mitigar la violencia familiar, de género (entendiéndose esta como violencia contra la mujer), así como para proteger los derechos de las mujeres, niños y adolescentes. No obstante, modificar la regulación del delito de discriminación no tiene relación de causalidad para alcanzar los fines para los cuales el Congreso le delegó facultades al Ejecutivo.

#### IV. CONCLUSIONES

10. Las conclusiones del presente Informe son las siguientes:

- El Poder Ejecutivo se ha excedido en el uso de facultades delegadas por el Congreso al legislar para modificar la regulación del delito de discriminación, razón por la cual esta modificación debería ser derogada.
- La modificación del delito de discriminación que sustituye el término "discriminación" por los de "distinción, exclusión, restricción o preferencia", es muy ambigua y le otorgará un amplio margen de decisión al juez de la causa.
- La modificación del delito de discriminación habilita y permite la vulneración de los derechos a la libertad de conciencia, objeción de conciencia, libertad de expresión y opinión, libertad religiosa y libertad contractual.

- La inclusión del concepto de discriminación por identidad de género, debe ser solo producto de un consenso del Congreso que representa a la sociedad, mas no de la mera voluntad del Poder Ejecutivo; máxima si es que la mayoría de la población peruana no está conforme con el enfoque de género, habiendo incluso protestas en la actualidad.
- No hay relación de causalidad entre que el Congreso haya otorgado facultades al Ejecutivo para modificar el feminicidio, con el hecho de que el Ejecutivo haya modificado la regulación del delito de discriminación.

## V. ANEXOS

Los anexos que se adjuntan al presente Informe son los siguientes:

1. "Con mis hijos no te metas". Artículo del Decano de la Facultad de Derecho y Relaciones Internacionales de la Universidad San Ignacio de Loyola, el Dr. Martín Santivañez Vivanco. Publicado en [www.elimontonero.pe](http://www.elimontonero.pe) el 10 de enero de 2017.
2. "Modificación introducida al artículo 323 del Código Penal por el D. Leg. 1323, sobre el delito de discriminación". Informe elaborado por el Dr. Oscar Díaz Muñoz.
3. "Comentarios al Decreto Legislativo 1323". Informe elaborado por el grupo de abogados Santo Tomás Moro.
4. "¿Es legítima la modificación al delito de discriminación (art. 323 del Código Penal) mediante el D.L. 1323?" Artículo elaborado por la Dra. Mercedes Herrera Guerrero y publicado en [www.legis.pe](http://www.legis.pe) el 09 de enero de 2017.

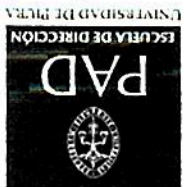
*No se le otorgaron facultades al Ejecutivo para inocular la ideología de género*

El Estado existe para proteger a la comunidad sociopolítica. El fin del Estado es la preservación de la sociedad. La sociedad es anterior y superior al Estado. Cuando el Estado, por sus inercias estructurales o por infiltración ideológica, genera un entorno de hegemonía que debilita el tejido social, emerge el totalitarismo estatal, un totalitarismo que tiene como finalidad fomentar la estatolatría bajo el ropaje de la tolerancia.

La estatolatría coloca por encima de la sociedad al Estado. Y, llegado el caso, fuerza una situación legal, no legítima, en la que el Estado determina qué es bueno y qué es malo para la convivencia social. La estatolatría de nuestro tiempo ha generado dos tipos de estados modernos: el Estado relativista y el Estado políticamente correcto. El Estado relativista coloca en el mismo nivel cualquier afirmación: los principios que nacen de la realidad y las fórmulas creadas en los laboratorios de la progresía. El Estado políticamente correcto impone como superiores un conjunto de principios positivizados que se traducen en un amplio programa de ingeniería institucional. Ambos tipos de Estado aspiran a modelar una nueva mayoría electoral en la que, de manera artificial, lo que nació en el laboratorio del voluntarismo ideológico termina reemplazando al sentido común y a la realidad.

Eso es precisamente lo que el gobierno de PPK pretende infiltrar cuando introduce la ideología de género, un sucedáneo ideológico fruto del voluntarismo progresista, en el tejido legal e institucional de nuestro país. Todos estamos a favor de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres en un marco de complementariedad. ¡Faltaba más! Pero la ideología de género no busca la igualdad de los sexos. Lo que la ideología de género quiere imponer es la desigualdad de los principios. Así, violentando la razón de la delegación de facultades otorgada por el Congreso, el gobierno de PPK mete de contrabando en el Estado la ideología de género mediante leyes y decretos legislativos que, en el colmo del totalitarismo, prevén sanciones penales (con pena de prisión) para todo aquel que no comparta la ingeniería social que pretende imponer el *lobby* LGTBIQ.

El Congreso ni puede ni debe pasar por alto el abuso de la delegación de las facultades. El gobierno debe ceñirse al encargo aprobado por el Congreso en el marco de la Constitución. Por eso, deben derogarse los artículos de las leyes y los decretos legislativos que, subrepticamente, inocular en el torrente de nuestra sociedad una ideología sin el menor asidero científico. Así, nuestro Congreso debe revisar el DL 1266, Ley de Organización y Funciones del Ministerio del Interior (art. 5.2.4; 9.5); el DL 1267, Ley de la Policía Nacional del Perú (art. VII.1; 2.5); el DL 1297, Decreto Legislativo para la



protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos (art. 4.d); el DL 1323, Decreto Legislativo que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género (art. 46, 323); el DL 1325, Decreto Legislativo que declara en emergencia y dicta medidas para la reestructuración del sistema nacional penitenciario y el instituto nacional penitenciario (art. 3, numeral 3) y el DL 1348, Decreto Legislativo que aprueba el código de responsabilidad penal de adolescentes (Artículo XIII, 2.1, 16.1, 19.6, 44.2, 45.6, 161.1, 177.1.4, 183).

No se le otorgaron facultades delegadas al Ejecutivo para contravenir a la Constitución e inocular la ideología de género. Este es un tema demasiado importante para la sociedad. Por ello, el Congreso debe ejercer el control en nombre de la sociedad en la que recae toda soberanía.

Por Martín Santiváñez Vivanco



**Modificación introducida al artículo 323 del Código Penal por el D. Leg. 1323, sobre el delito de discriminación**

El D. Leg. 1323, al modificar el artículo 323 del Código Penal sobre el delito de discriminación, ha introducido una formulación muy general, contrariamente al rigor del texto original. Además, ha incluido unos supuestos de discriminación que no tienen un respaldo constitucional o pueden colisionar con leyes especiales. Todo esto pone en serio riesgo de persecución penal injustificada a las personas que sean imputadas de este delito, en perjuicio de sus derechos fundamentales.

Modificación D. Leg. Nº 1323	Código Penal (texto original)
<p><b>“Artículo 323.- Discriminación e incitación a la discriminación</b></p>	<p><b>“Artículo 323. Discriminación e incitación a la discriminación</b></p>
<p>El que, por sí o mediante terceros, realiza actos de <u>distinción, exclusión, restricción o preferencia</u> 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, <u>nacionalidad</u>, edad, sexo, <u>orientación sexual, identidad de género</u>, idioma, identidad étnica o cultural, opinión, nivel socio económico, <u>condición migratoria</u>, discapacidad, <u>condición de salud</u>, factor genético, filiación, o cualquier otro motivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.</p>	<p>El que, por sí o mediante terceros, discrimina a una o mas personas o grupo de personas, o incita o promueve en forma pública actos discriminatorios, por motivo racial, religioso, sexual, de factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión política o de cualquier índole, o condición económica, con el objeto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años, ni mayor de tres o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.</p> <p>Si el agente es funcionario o servidor público la pena será no menor de dos, ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al numeral 2 del artículo 36.</p> <p>La misma pena privativa de libertad señalada en el párrafo anterior se impondrá si la discriminación, la incitación o promoción de actos discriminatorios se ha materializado mediante actos de violencia física o mental o a través de internet u otro medio análogo.”</p>
<p>Si el agente actúa en su calidad de servidor civil, o se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental, a través de internet u otro medio análogo, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36.</p>	

A continuación presentamos un cuadro donde destacamos (en negrita) los cambios introducidos al Código Penal por el D. Leg. 1323:

1. Se sustituye la **discriminación** por **“distinción, exclusión, restricción o preferencia”**

El texto original del Código Penal usaba un término muy preciso para la tipificación de este delito: incurrir en el la persona que “discrimina”.

Ha dicho el Tribunal Constitucional que el derecho a no ser discriminado “no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación” (STC 0048-2004-PI/TC, fundamento 59). Por esta razón, señala este Tribunal, “no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribire todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables” (STC 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC [acumulados], fundamento 20).

Consecuentemente, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, **no todo trato diferenciado será discriminatorio, sino sólo aquel que carezca de justificaciones objetivas y razonables**, es decir, si se trata de un trato desigual arbitrario o injustificado.

Sin embargo, el D. Leg. N° 1323 **reemplaza “discriminación”, que tiene un contenido muy preciso, por una serie de términos genéricos y amplios (“distinción, exclusión, restricción o preferencia”)** y que van claramente en contra del significado de discriminación contenido en la jurisprudencia constitucional que venimos de ver. Así, conforme a dicha jurisprudencia, podría darse una distinción, exclusión, restricción o preferencia que se encuentre razonablemente justificada, por lo que sería conforme a la Constitución y, en consecuencia, no podría constituir delito.

Además, reemplazar “discriminación” por “distinción, exclusión, restricción o preferencia” conlleva una ambigüedad y subjetividad terminológica que pone en serio riesgo de persecución penal a las personas y atenta contra el

*principio de legalidad*—consagrado en el inciso d), numeral 24, del artículo 2 de la Constitución— que impone al legislador el deber de configurar “las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones” (STC 00535-2009-PA/TC, fundamento 31).

Asimismo, tal amplitud terminológica puede afectar otros derechos fundamentales, como la libertad de conciencia (artículo 2, inciso 3, de la Constitución), pues una persona podría haber hecho una distinción, exclusión, restricción o preferencia que, en conciencia, encuentre razonablemente justificada y, por tanto, no discriminatoria; y, no obstante ello, ser perseguidas penalmente por el delito de discriminación.

Por tal motivo, el D. Leg. N° 1323 en la parte que modifica el artículo 323 del Código Penal es inconstitucional y debe ser derogado o, en todo caso, modificado, a fin de reemplazar “actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia” para volver al texto primigenio de dicho Código: “actos de discriminación”.

## 2. Las nuevas causales del delito

Como hemos resalado, las nuevas causales del delito tipificado en el artículo 323 del Código Penal introducidas por el D. Leg. 1323 son realizar “actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia” (sic) por razones de nacionalidad, orientación sexual, identidad de género, condición migratoria, y condición de salud.

Debe destacarse que el D. Leg. 1323 introduce conceptos ajenos a nuestro ordenamiento constitucional, como la identidad de género. En efecto, la Constitución (en su artículo 2, inciso 1) no reconoce el derecho a la identidad de género, sino el derecho a la identidad. Además, la “identidad de género” no está mencionada en ningún tratado internacional ratificado por el Perú y su existencia es altamente controversial en el plano jurídico y académico.

Asimismo, las demás nuevas causales: nacionalidad, condición migratoria y de salud, pueden colisionar con leyes especiales que permiten hacer distinciones o restricciones que resulten razonables y, consecuentemente, no

discriminatorias. Es más, por ejemplo, la propia Constitución expresamente permite hacer distinciones entre las personas en lo referido a la libertad de tránsito "por razones de sanidad" o "por aplicación de la ley de extranjería" (artículo 2, inciso 11). Con la modificación introducida por el D. Leg. 1323, podría llegarse al caso que una persona sea denunciada por discriminación por haber restringido la libertad de tránsito en base a una distinción prevista nada menos que en la propia Constitución.

Por tal motivo, las nuevas causas configuradoras de delito introducidas al Código Penal por el D. Leg. 1323 resultan inconstitucionales.

## Comentarios al Decreto Legislativo 1323

### 1. Introducción

Con fecha 6 de enero de 2017 fue publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el Decreto Legislativo No. 1323, Decreto Legislativo que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género (El "**DL 1323**"), mediante el cual, entre otros, el Poder Ejecutivo:

1.1.1.1. Aprobó los llamados crímenes de odio (modificando el artículo 46° del Código Penal); y,

1.1.1.2. Modificó el delito de "discriminación", tipificado en el artículo 323° del Código Penal, agregando las causales de orientación sexual e identidad de género.

El presente informe (el "**Informe**") tiene como fin sustentar las razones por las cuales el **DL 1323 debe ser derogado** en la parte que modifica los artículos 46° y 323° del Código Penal, por haber sido aprobado y promulgado **en exceso y en violación de las facultades expresamente delegadas por el Congreso de la República** (el "**Congreso**") al Poder Ejecutivo. Específicamente, el exceso en la actuación de facultades se debe a las siguientes razones, que serán debidamente sustentadas a lo largo del presente **Informe**:

(a) El **DL 1323** se dio en virtud de la facultad de "*incorporar en la legislación penal precisiones normativas a fin de fortalecer la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género*" (tercer párrafo del **DL 1323**), facultad que no permite **(i)** la modificación del artículo 46° del Código Penal, a fin de aprobar los llamados crímenes de odio, ni **(ii)** la modificación del artículo 323° del Código Penal, a fin de modificar el tipo penal de discriminación para incluir las causales prohibidas de orientación sexual e identidad de género.

(b) La violencia de género no comprende a la discriminación por identidad de género ni por orientación sexual, ni tampoco permite incluir circunstancias agravantes de discriminación por identidad de género u orientación sexual.

### 2.

#### Las facultades para legislar delegadas mediante la Ley 30506

El Artículo 2 de la Ley 30506 regula la materia de la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo y en su numeral 2) inciso a) le otorga la facultad de legislar en materia de seguridad ciudadana, **en estricto**:

1.1. La autoriza a legislar en materia de **seguridad ciudadana**, dentro de este ámbito se detallan una serie de temas, tales como: crimen organizado, lavado de activos,

1.2. Se autoriza a modificar la legislación penal y procesal penal y de ejecución penal con el objeto de revisar la regulación vigente del **delito de feminicidio y sus agravantes, la terminación anticipada, la confesión sincera y la**

regulación vigente de beneficios penitenciarios con la finalidad de combatir la violencia familiar y violencia de género.

Al respecto, a efecto de explicitar el sentido de la norma, transcribimos las facultades otorgadas, donde según la propia estructura de la redacción, las facultades se agrupan en dos bloques, cada uno de ellos como sus respectivos motivos que sustentan el otorgamiento de las facultades, los motivos inician con el conector "para", que en materia lingüística es un conector de finalidad:

1.3.

**"Establecer precisiones y modificaciones normativas a la legislación penal, procesal penal y de ejecución penal, en particular en lo que respecta a la tipificación de nuevos delitos o agravantes, beneficios penitenciarios y acumulación de penas, para fortalecer la lucha contra el crimen organizado, terrorismo, narcotráfico, lavado de activos, delincuencia común, inseguridad ciudadana, y afectaciones a la infraestructura, instalaciones, establecimientos y medios de transporte de hidrocarburos en el país; asimismo, modificar la legislación penal y procesal penal y de ejecución penal con el objeto de revisar la regulación vigente del delito de feminicidio y sus agravantes, la terminación anticipada y la confesión sincera, y la regulación vigente de los beneficios penitenciarios, para combatir la violencia familiar y la violencia de género, así como proteger los derechos de las mujeres, niñas y niños, y adolescentes, independientemente del vínculo de parentesco con los agresores y víctimas de dichos delitos"**

Este -y no otro- era el marco de la potestad delegada dentro del tema seguridad ciudadana y feminicidio.

3.

### Objeto del Decreto Legislativo 1323 dado sobre la base de la Ley 30506

El **DL 1323**, denominado como Decreto Legislativo que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género, en su texto considerativo hace expresa alusión a las facultades otorgadas en materia de feminicidio y en virtud de ellas, sustenta las modificaciones en la legislación penal, a fin de fortalecer la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género, y se protege de modo efectivo a los grupos vulnerables de mujeres, niñas, niños y adolescentes de la violencia familiar y cualquier otra forma de violencia y discriminación.

En tal sentido, entre otras modificaciones, realiza los siguientes cambios normativos:

- Modificación del inciso d) del Artículo 46° del Código Penal, para regular los llamados "crímenes de odio";
- Modificación del artículo 323° del Código Penal, para modificar el tipo penal de discriminación e introducir, entre otras, las causales de discriminación por orientación sexual e identidad de género.

4.

### Reglas para el control de la Delegación de Facultades para legislar otorgadas al Poder Ejecutivo

- Los Decretos Legislativos tienen como presupuestos habilitantes una **materia específica** y un plazo determinado definidos por el propio Congreso en la ley

autoritativa. No debe existir mayor margen de discrecionalidad por parte del Poder Ejecutivo o la Comisión Permanente. No obstante, el Poder Ejecutivo podría indebidamente realizar una interpretación abierta o extensiva de la ley autoritativa que exceda el mandato recibido, por lo que es necesario que el Parlamento realice un escurpulooso control de estas normas, en tanto constituye una obligación establecida en la Constitución y en el Reglamento del Congreso.

Los decretos legislativos, están sometidos a los siguientes controles específicos: i) **control de contenido**, para verificar su compatibilidad con las expresas disposiciones de la ley autoritativa; ii) **control de apreciación**, para examinar si los alcances o la intensidad del desarrollo normativo del decreto legislativo se enmarca en los parámetros de la dirección política que asume el Congreso en materia legislativa; y, iii) **control de evidencia**, para asegurar que dicho decreto legislativo no sólo no sea violatoria de la Constitución por el fondo o por la forma, sino también que no sea incompatible o no conforme con la misma.

## 5. Control de Contenido del Decreto Legislativo 1323

### 5.1. Exceso de facultades

Respecto a las modificaciones realizadas a los artículos 46° inciso d) del Código Penal y el artículo 323 del Código Penal, incluyendo como formas de discriminación a la "orientación sexual" y a la "identidad de género" se observa un **exceso en el uso de las facultades legislativas otorgadas por la Ley 30506**, por las siguientes razones:

(i) En la Parte Considerativa del **DL 1323** el Poder Ejecutivo menciona expresamente que al amparo de las facultades otorgadas para modificar el delito de feminicidio realiza una serie de modificaciones al Código Penal. El Poder Ejecutivo no podía entonces, sobre la base de esas facultades, modificar la parte general del Código Penal (artículo 46° inciso d) del Código Penal) ni tampoco el Delito de Discriminación (artículo 323 Código Penal), ya que **las facultades utilizadas le restringían sólo al DELITO DE FEMINICIDIO**.

(ii) Tampoco las facultades otorgadas para luchar contra la inseguridad ciudadana facultaban al Poder Ejecutivo a realizar las modificaciones al artículo 46° inciso d) ni al artículo 323 del Código Penal, por cuanto según la propia fundamentación del **DL 1323** (tercer párrafo de la introducción), tenía como finalidad luchar contra la violencia familiar y violencia de género. La Ley 30506 no les autoriza **expresamente** a incluir conceptos de orientación sexual e identidad de género y además la violencia familiar y violencia de género a la que se refiere la Ley 30506, son los motivos que sustentaron el otorgamiento de las facultades de **modificar la legislación penal y procesal penal y de ejecución penal con el objeto de revisar la regulación vigente del delito de feminicidio y sus agravantes, la terminación anticipada y la confesión sincera, y la regulación vigente de los beneficios penitenciarios**, por ende su análisis deben enmarcarse únicamente dentro del contexto de esas facultades, es decir dentro del delito de feminicidio.

(i) En consecuencia, la violencia de género a que hace referencia la Ley 30506, se refiere a la violencia sufrida por la mujer a causa del hombre, **por su condición de tal**, aludiendo evidentemente a su sexo biológico "mujer" y no a su orientación

sexual o identidad de género (sexo construido) que son conceptos que no tienen sustento constitucional ni científico y actualmente son materia de análisis y controversia en la sociedad peruana con la imposición de la llamada "ideología de género".

Lo anterior encuentra sustento, a nivel normativo en la "Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer - Convención de Belém Do Para" suscrita por el Perú como Estado Parte, que define a la violencia contra la mujer como cualquier acción o conducta, **basada en su género**, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Asimismo, en el artículo 3º numeral 1) de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra Las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar - Ley Nº 30364, que basado en un enfoque de género reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, **construidas sobre la base de las diferencias de género** que se constituyen en una de las causas principales de la violencia hacia las mujeres.

A nivel jurisprudencial, la sentencia penal de la Corte Interamericana en el caso del Penal Miguel Castro y el cambio en los estándares de prueba sobre violencia sexual sufrido por mujeres, analizan la violencia a la mujer desde una perspectiva de género, en aplicación de la Convención de Belém Do Para.

**Por tanto, suponer que la violencia por orientación sexual o identidad de género subyace al contenido de la violencia de género constituye una interpretación extensivamente del concepto de género, que no es materia de competencia del Poder Ejecutivo y excede a las facultades delegadas otorgadas por la Ley 30506.**

(ii) En cuanto a la violencia familiar, el artículo 6º la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar - Ley Nº 30364, define a la violencia familiar como: "la violencia contra cualquier integrante del grupo familiar es cualquier acción o conducta que le causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico y que se produce en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder, de parte de un integrante a otro del grupo familiar. Se tiene especial consideración con las niñas, niños, adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad". Por la propia definición de la violencia familiar, la violencia por orientación sexual o identidad de género no subyace al contenido de ese concepto.

En consecuencia, el Poder Ejecutivo ha excedido las facultades delegadas mediante la Ley 30506, al incluir los conceptos de "orientación sexual" e "identidad de género", cuando ello no estuvo expresamente autorizado por el Poder Legislativo, haciendo una interpretación extensiva del término género.

## 5.2. Vulneración a la libertad de expresión y opinión como consecuencia de la ampliación de las causas prohibidas del delito de discriminación a "orientación sexual" e "identidad de género"



El DL 1323, al haber establecido que puede existir discriminación por orientación sexual o identidad de género, ha impuesto a los ciudadanos limitaciones a su libertad de expresión, derecho que si goza de reconocimiento constitucional. El verbo **“distinguir”** por “la identidad de género” o “la orientación sexual”, contenido en el nuevo texto del artículo 363º del Código Civil, **prohíbe una caracterización o un juicio de valor** (que puede ser negativo) en función a la orientación sexual, y aquí se manifiesta precisamente la restricción a la libertad de expresión de todas aquellas personas que pueden manifestarse en contra de las pretensiones de reconocimiento de derechos a personas con una “orientación sexual diversa”.

A título enunciativo, daría pie a situaciones diversas que podrían ser considerados como situación de discriminación por orientación sexual o identidad de género, cuando en realidad se trata del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión u opinión. A continuación, listamos los casos más resaltables que podrían ocurrir en nuestro país de mantenerse el delito de discriminación por orientación sexual o identidad de género vigente y que son una realidad en otros países como Estados Unidos o España:

- Baños de hombres y mujeres: Con la implementación del delito de discriminación por orientación sexual e identidad de género, se crearían distorsiones en los usos de los baños públicos. Por ejemplo, en otros países muchos hombres que se reconocen psicológicamente como mujeres exigen el uso de los baños de damas. En caso sus pretensiones sean negadas, el establecimiento es sometido a un proceso de discriminación por identidad de género, en el cual los jueces los sancionan.
- ¿Cómo podría controlarse el hecho de que una persona no se encuentre mintiendo sobre su verdadera “identidad de género”, concepto que hoy se encuentra dentro de una gran controversia? ¿La identidad de género se basa en lo que aparece en el DNI o basta el sólo dicho de la persona? Tal es el problema de adoptar posturas radicales como que lo único relevante en la identidad personal es la identidad de género (concepto que se basa en la autonomía arbitraria del ser humano) y no en la identidad biológica.

- Opiniones delictuosas: Ahora la mera opinión que realice “distinciones” que tengan como fin no reconocer supuestos derechos basados en la identidad de género constituye discriminación.
- Esto se conoce en otros países como “discurso de odio” y consiste en que estarán penadas todas las opiniones que rechacen el reconocimiento de supuestos derechos sustentados en el concepto de género. En otras palabras, ninguna persona podrá estar en desacuerdo (a nivel solo de opinión y no de actos concretos de exclusión) con el reconocimiento de supuestos derechos como el matrimonio homosexual, adopción gay, sin enfrentarse a penas de cárcel. Esto genera una seria limitación a la libertad de expresión.

Pueden verse casos en otros países, de persecución a sacerdotes y religiosos de diversas confesiones que, basados en creencias legítimas, no se encuentran de acuerdo con el reconocimiento de derechos (que consideraran inexistentes) a miembros de la comunidad LGTBIQ, afectando con ello la libertad de pensamiento y de conciencia.

- Colegios, universidades: Se prevén casos de adolescentes y jóvenes con orientaciones homosexuales, lésbicas, etc., a quienes se les niegue la matrícula por motivos distintos de aquellos de su orientación sexual. En estos casos, los directores de los colegios podrían ser demandados, sobre la base falsa de que se ha discriminado a los adolescentes y jóvenes por su orientación sexual.
- Podrían darse casos también en los que adolescentes y jóvenes con orientaciones homosexuales, lésbicas, etc., se sientan discriminados por parte de sus compañeros por su orientación sexual o identidad de género, cuando en realidad el maltrato no se haya debido a dicho motivo; o no exista tal maltrato. Se trata, pues, de causales sumamente subjetivas (no son objetivas, tales como la religión, el sexo, la indumentaria u otras).
- Así también, puede pensar en casos de padres de familia, que actualmente en el Perú son la mayoría, disconformes con el enfoque adoptado por el MINEDU y actuación de retirar a sus hijos de las clases que lo adopten, realizar marchas pacíficas, entre otros, podrían ser procesados penalmente por discriminación, ya que, en su actuación "realizarían actos de distinción que no reconocerían la existencia de derechos relativos al tema de género, que hoy se encuentran en controversia".
- Municipalidades: Pueden darse casos en los que se persigan a funcionarios o servidores públicos, debido a su negativa libremente expresada de aceptar el matrimonio gay, en tanto este grupo considera que dicha figura contraviene la institución natural del matrimonio. En casos como estos, las leyes de discriminación por identidad de género u orientación sexual no solo vulneran la libertad de expresión sino también el derecho a la libertad de conciencia, la objeción de conciencia y la libertad religiosa.
- Restaurantes, bares, hostelerías, negocios diversos: Pueden darse casos en donde las personas con orientación homosexual o con una identidad de género distinta a la de su sexo biológico se sientan discriminadas por el hecho de que una persona les niegue su servicio por cualquier otro motivo (como el caso del panadero que se negó a realizar el servicio de catering a una pareja LGTB en EEUU) o les solicite no exhibir muestras de cariño excesivas de acuerdo con las circunstancias del tiempo y lugar. En muchas ocasiones parejas heterosexuales también son llamadas al orden por los mismos motivos y estas no sienten que las discriminan, pero las parejas homosexuales sí se sienten discriminadas. En estos casos nuevamente estamos ante un abuso del derecho basado en sentimientos, como si los sentimientos fueran fuente de derecho y límite a los derechos.
- Centros de trabajo: Una persona homosexual o con una identidad de género distinta a la de su sexo biológico podrá también señalar que ha sido discriminada por el solo hecho de un despido. Nuevamente, causales tan subjetivas como las señaladas originará que exista un abuso por parte de las personas que posean tal condición.
- Juzgados: mediante el reconocimiento de la discriminación por género se estará concediendo una amplia discrecionalidad al juez para valorar cuando hay un acto de

discriminación o no, según sus criterios para determinar si un acto es ofensivo o no. Se llegará, pues, a una situación, en la cual se adoptaría un modelo represivo en el que los derechos como la libertad de expresión se limitan o restringen sobre la base de sentimientos.

## 6. Control de Evidencia del Decreto Legislativo 1323

La Constitución Política del Perú de 1993, no ha sido modificada para incluir como derechos humanos la orientación sexual o identidad de género. Hoy por hoy, ni la "orientación sexual" ni la "identidad de género" pueden considerarse como derechos humanos ni, por ende, como objetos o bienes sobre los que pueden recaer actos de discriminación. Tal reconocimiento carece de legitimidad, ya que el Poder Ejecutivo no puede mediante facultades delegadas y excediendo el estricto ámbito de las mismas crear derechos humanos, o en otros términos atribuir el carácter de derechos con reconocimiento constitucional a tendencias o conductas sobre las que no ha existido un debate en el Congreso y no se encuentran reconocidas como derechos fundamentales en nuestra Constitución.

## 7. Análisis Penal Decreto Legislativo 1323: Legítima modificación de los artículos 46 y 323 del Código Penal

- La legalidad penal es un límite a la potestad punitiva del Estado. Precisamente uno de sus contenidos es la legalidad formal, la cual implica la reserva absoluta y sustancial de ley. Es al Congreso al que le corresponde debatir si la "orientación sexual" y la "identidad de género" pueden considerarse objetos susceptibles de protección penal.

- Según Ore Guardia, el Derecho penal se preordena a la protección de bienes jurídicos, que estarán constituidos por aquellos intereses (vida, salud, patrimonio, etc.) cuya afectación entraña cierta dañosidad social, quedando fuera del ámbito de lo penalmente relevante (no deben constituir delito) conductas que afecten tan solo a determinadas concepciones morales (adulterio, homosexualidad, etc.).

- En lo que respecta, específicamente al artículo 323 del Código Penal, antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1323, tenía como verbos rectores a) discriminar, b) incitar c) promover en forma pública actos discriminatorios, mientras que con la actual modificación, se considera discriminación "realizar actos de distinción" 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 de orientación sexual, identidad de género.

- El tipo penal "realizar actos de distinción" no es claro y vulnera el principio de lex certa -tanto la conducta prohibida como la pena con la que se comina su realización. Esta exigencia de lex certa, se vincula estrechamente con la faceta garantista del

principio de legalidad, en el sentido de que solo si los delitos y las penas están determinados con claridad queda protegido el ciudadano frente a la arbitrariedad. Y también con su función jurídico-penal, pues no puede desplegarse efecto preventivo-general una norma cuyo presupuesto o consecuencia jurídica no pueda ser conocida con certeza por el ciudadano. Pero también se relaciona con la faceta jurídico-política del principio de legalidad, pues unas definiciones legales vagas e imprecisas en la práctica implican, dejar al libre albedrío del juez la decisión sobre qué conductas son delitos y cómo debe castigarse, decisión que debe corresponder en exclusiva al legislador.

- La conducta típica de realizar "actos de distinción" referidos a la "orientación sexual" y la "identidad de género", difiere de lo que en sentido estricto se considera como discriminar, entendido como "dar un trato de inferioridad" a una persona o colectividad por motivos raciales, políticos, religiosos, etc.". En efecto, entre otros significados del verbo distinguir destacan: "Hacer que algo se diferencie de otra cosa por medio de alguna particularidad, señal, divisa, etc.", "Dicho de una cualidad o de un proceder: caracterizar a alguien o algo".

## 8. Conclusión:

En virtud de lo expuesto, consideramos que el DL 1323 debe ser derogado en la parte que aprueba los llamados crímenes de odio (al haber añadido el inciso 2, literal d) al artículo 46° del Código Penal) y en la parte que modifica el tipo penal de discriminación (al haber añadido como causas prohibidas de discriminación las causales de orientación sexual e identidad de género al 323° del Código Penal), por haberse dado en exceso y violación de las facultades conferidas por el Congreso en la Ley 30506.

Asimismo, debe considerarse la inadecuada técnica legislativa empleada para el delito de discriminación regulado en el artículo 323° del Código Penal, que habilita y permite la vulneración de los derechos a la libertad de conciencia, objeción de conciencia, libertad de expresión y opinión, y libertad religiosa.

Debe tenerse en cuenta, por último, que de permitirse que el DL 1323 continúe vigente y considerando que el mismo incluye conceptos de género que actualmente consideran mucha controversia entre la población por estar la mayoría en desacuerdo, es previsible que se presenten problemas a nivel de la población, tales como marchas, protestas y demás actuaciones con repercusión política hacia las bancadas, partidos políticos y congresistas que aprobaron y no discutieron la legalidad del DL 1323.

¿Es legítima la modificación al delito de discriminación (art. 323 del Código Penal) mediante el D.L. 1323?

Por Mercedes Herrera Guerrero

Mediante Ley 30506 de 30 de septiembre de 2016 el Congreso delegó facultades al Poder Ejecutivo para legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú. Concretamente, el artículo 2 de la citada norma autorizó al Poder Ejecutivo para legislar *en materia de seguridad ciudadana*. Dentro de este ámbito se detallan una serie de temas, tales como: crimen organizado, lavado de activos, entre otros. Se autoriza, asimismo, modificar la legislación penal y procesal penal y de ejecución penal con el objeto de revisar la regulación vigente del delito de feminicidio y sus agravantes.

De una lectura detenida del art. 2 de la Ley 30506, se advierte que uno de los objetivos de la delegación en materia de seguridad ciudadana consistía en revisar la legislación del delito de feminicidio con la finalidad de combatir la violencia familiar y violencia de género. Este –y no otro– era el marco de la potestad delegada dentro del tema seguridad ciudadana y feminicidio.

La finalidad de la norma delegante era concreta: combatir la violencia familiar y violencia de género, así como proteger los derechos de las mujeres, niñas, niños y adolescentes. Ergo, el ámbito de delegación se refería única y exclusivamente a la violencia contra la mujer (también llamada violencia de género), todo ello dentro del marco de la seguridad ciudadana.

El Poder Ejecutivo no estaba, por tanto, legitimado para incluir como circunstancias agravantes en el artículo 46 del Código Penal el delito de feminicidio, lesiones graves, lesiones leves, lesiones por violencia familiar, discriminación, entre otros, *bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales como, orientación sexual e identidad de género...*

En las próximas líneas, centraré mi análisis básicamente en el delito de discriminación (art. 323 del Código Penal) modificado por el D.L. 1323 del 5 de enero de este año.

Hasta antes de la entrada en vigencia del D.L. 1323, el art. 323 del Código Penal tenía como verbos rectores: a) discriminar, b) incitar c) promover en forma pública actos discriminatorios. De acuerdo con la redacción actual se consideraba discriminación "realizar actos de distinción" 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 de orientación sexual, identidad de género.

*Hoy por hoy, ni la "orientación sexual" ni la "identidad de género" pueden considerarse objetos o bienes sobre los que pueden recaer actos de discriminación.*

Ahora bien, en nuestro país la Constitución no ha sido modificada para incluir como derechos humanos la orientación sexual o identidad de género. Hoy por hoy, ni la "orientación sexual" ni la "identidad de género" pueden considerarse objetos o bienes sobre los que pueden recaer actos de discriminación. Tal reconocimiento carece de legitimidad, ya que el Poder Ejecutivo no puede mediante facultades delegadas y excediendo el estricto ámbito de las mismas, crear derechos humanos, o en otros términos, atribuir el carácter de derechos con reconocimiento constitucional a tendencias o conductas sobre las que no ha existido un debate en el Congreso.

Recordemos que la legalidad penal es un límite a la potestad punitiva del Estado. Precisamente uno de sus contenidos es la legalidad formal, la cual implica la reserva absoluta y sustancial de ley. Es al Congreso al que le corresponde debatir si la "orientación sexual" y la "identidad de género" pueden considerarse objetos susceptibles de protección penal.

De otra parte, si vinculamos el verbo rector *distinguir* con la "orientación sexual" y la "identidad de género", considerar tal conducta como delictiva supone imponer a los ciudadanos importantes limitaciones a su libertad de expresión, derecho que si goza de reconocimiento constitucional. Más aún, la frase "realizar actos de distinción que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho" no es clara y vulnera el principio de *lex certa* o taxatividad de la ley penal, conforme al cual, toda norma de carácter penal, ha de describir de una manera precisa, clara y exhaustiva -en definitiva, de una manera cierta- tanto la conducta prohibida como la pena con la que se comina su realización. Esta exigencia de *lex certa*, se vincula estrechamente con la faceta garantista del principio de legalidad, en el sentido de que solo si los delitos y las penas están determinados con claridad queda protegido el ciudadano frente a la arbitrariedad, y también con su función jurídico-penal, pues no puede desplegarse efecto preventivo-general una norma cuyo presupuesto o consecuencia jurídica no pueda ser conocida con certeza por el ciudadano. Pero también se relaciona con la faceta jurídico-política del principio de legalidad, pues unas definiciones legales vagas e imprecisas en la práctica implican, dejar al libre albedrío del juez la decisión sobre qué conductas son delitos y cómo debe castigarse, decisión que debe corresponder en exclusiva al legislador.

Entre otros significados del verbo *distinguir* destacan: "Hacer que algo se diferencie de otra cosa por medio de alguna particularidad, señal, divisa, etc."; "Dicho de una cualidad o de un proceder: caracterizar a alguien o algo";

Si relacionamos este verbo rector con "la identidad de género" o "la orientación sexual" prohíbe una caracterización o un juicio de valor (que puede ser negativo) en función a la orientación sexual, y aquí se manifiesta precisamente la restricción a la libertad de expresión de todas aquellas personas que pueden manifestarse en contra de las pretensiones de reconocimiento de derechos a personas con una "orientación sexual diversa".

Precisamente, por tratarse de un tema tan debatido actualmente en nuestro país (como puede advertirse también de las recientes marchas contra la currícula del MINÉDU por presuntamente incluir ideología de género), para poder incluirlos como objeto de protección jurídico-penal frente a actos de discriminación, es preciso que dicho reconocimiento se debata ampliamente en el Congreso:

a) A fin de determinar si la "identidad de género" y la "orientación sexual" pueden bajo algún aspecto considerarse como derechos humanos;

b) Si el legislador considera que la "identidad de género" y la "orientación sexual" deben ser protegidas a través de una o más normas jurídico-penales, tales como los denominados crímenes de odio y, si fuera el caso, a través del delito de discriminación.

Por otro lado, la conducta típica de realizar "actos de distinción" referidos a la la "orientación sexual" y la "identidad de género", difiere de lo que en sentido estricto se considera como discriminar, entendido como "dar un trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, políticos, religiosos, etc." Mientras exista la posibilidad de interpretar esta conducta como la acción de establecer diferencias, en concreto referidas a la "orientación sexual" o "identidad de género", se presenta un grave peligro para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de los peruanos que se manifiestan en desacuerdo con el reconocimiento de ciertos derechos a colectivos de lesbianas, transexuales, gays y bisexuales.

No todo acto que demuestre opiniones o motivos de "discriminación" puede ser considerado relevante a nivel jurídico-penal, sino solo aquellas conductas que impliquen una vulneración directa y objetiva de la igualdad en el ejercicio de derechos constitucionales preexistentes, o legales siempre que tengan su fundamento en la Constitución.

Conforme a la doctrina comparada el bien jurídico protegido en el delito de discriminaciónes la vida digna de las personas, o dicho en otros términos, la dignidad humana, pero también el derecho a la igualdad tanto en sentido formal como material. Por tanto, para considerar la "orientación sexual" y la "identidad de género" como aspectos a proteger dentro de la dignidad e igualdad, el Estado peruano no puede evitar el debate sobre su legitimidad y pertinencia.

Puede, por tanto concluirse que el delito de discriminación modificado por el D.L. 1323, del 5 de enero del presente año, carece de legitimidad y debe ser expulsado a la

brevidad posible del ordenamiento mediante su derogación por el Congreso, pues: i) ha sido emitido fuera del marco de las facultades delegadas; y, ii) contraviene aspectos básicos del principio de legalidad, tales como la reserva de ley y la taxatividad o determinación de la norma penal. La flagrante vulneración de estos aspectos nucleares del principio de legalidad penal se vincula al mismo tiempo con un peligro para un derecho fundamental tan importante como es la libertad de expresión en relación a la "orientación sexual" e "identidad de género";

