



UNIVERSIDAD  
SAN IGNACIO  
DE LOYOLA

Av. La Fontana 750  
La Molina, Lima - Perú  
tel (511) 317 1000  
www.usil.edu.pe

Reg:  
1156

D. DE FEB. 2017

38756

La Molina, 07 de febrero de 2017



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

Presente.-

Estimado Congresista:

Tengo el agrado de dirigirme a usted con el fin de remitir el Informe elaborado por el Doctor Balmaceda Quirós PhD;LLM profesor de nuestra Facultad de Derecho respecto al Decreto Legislativo N° 1323 (Decreto Legislativo que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género Artículo 46 y 323).

Sin otro particular, queda de usted.

Atentamente,

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

## CRÍMENES DE ODIIO

Decreto Legislativo N° 1323**Decreto Legislativo que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género  
Artículos 46 y 323**

DR. JUSTO BALMACEDA QUIRÓS

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL

DE LA UNIVERSIDAD SAN IGNACIO DE LOYOLA

[justo.balmaceda@usil.pe](mailto:justo.balmaceda@usil.pe)[jbalmaceda@alumni.unav.es](mailto:jbalmaceda@alumni.unav.es)

«Si la libertad significa algo, será, sobre todo, el derecho a decirle a la gente aquello que no quiere oír.»

«El nuevo y único mandamiento decía: Todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros.»

George ORWELL (*Rebelión en la granja*, 1945, fábula mordaz sobre la corrupción y totalitarismo del socialismo soviético en los tiempos de Iósif Stalin)

**Introducción: contexto internacional e interno**

1. En Perú se ha escrito casi nada sobre los crímenes de odio<sup>1</sup>, por eso este trabajo trata de ser muy reflexivo al respecto, mientras se critica el contexto en el que se promulgó el Decreto Legislativo 1323, así como que se brindan criterios iniciales que observan negativamente esta modificación que el título de este trabajo trae a colación.

2. La idea de los *crímenes de odio* es tan antigua como la segunda guerra mundial. En el escenario de la post guerra, con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en su artículo 20.2, se regulaba que *toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley*. Al día de hoy, ni la mitad de los países de Europa han regulado una figura como esta en su legislación (incluso la penal)<sup>2</sup>, porque el entendimiento del derecho a la libertad implica

<sup>1</sup> Vid. HERRERA, Mercedes, "¿Es legítima la modificación al delito de discriminación (art. 323 del Código Penal) mediante el D.L. 1323?", revisado en <http://legis.pe/legisla-la-modificacion-al-delito-discriminacion-art-323-del-codigo-penal-mediante-del-1323/> (enero de 2017)

<sup>2</sup> Vid. TERUEL LOZANO, Germán M., «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal», (OCTUBRE 2015) p. 13, [http://www.indret.com/pdf/1177\\_en.pdf](http://www.indret.com/pdf/1177_en.pdf). De hecho se busca su exclusión, porque se ha interpretado conjuntamente con la prohibición del abuso de derecho regulado en el artículo 17 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Y así lo confirma del TC español que declaró la inconstitucionalidad del delito de odio: *vid.*

poder decir cosas que no a todos les gusta (ORWEL), y sobre todo cuando estas cosas no tienen un respaldo científico como sí lo tiene la postura del otro interlocutor. Algunos países europeos de los que ahora respaldan las libertades del colectivo LGTBIQ no votaron a favor de este artículo del Pacto (Noruega, Holanda y Reino Unido) y lo más curioso es que el artículo fue una iniciativa del «bloque soviético»<sup>3</sup>. Porque quería proteger su marxismo-socialismo-comunismo de manera totalitaria, evitando cualquier crítica sobre su modelo. Ya sabemos lo que ocurrió en la URSS misma, tanto como en EEUU, con los que apoyaban una idea totalitaria, en la época de la *guerra fría*.

3. El derecho penal debe regular los fenómenos sociales más graves (principio de lesividad), cuando el resto del sistema jurídico no haya podido regular un mejor control de las inhibiciones sociales (*ultima ratio*). Las medidas del Estado peruano para incluir las *IDENTIDADES DE GÉNERO*, como identidades sexuales o del “género”, reconocidas en el *Decreto Legislativo N° 1323, Decreto Legislativo que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género*, no ha tenido un reconocimiento previo en las otras ramas del Derecho peruano, del derecho interno, que implique que ante el fracaso del respeto, tolerancia y equidad, y ante la amplia lesividad que acaece sobre las personas de este colectivo, requiera la intervención del Derecho penal.

4. El planteamiento de este Decreto legislativo resulta a todas luces inconstitucional, y siendo que obtuvo su vigencia a través de la una delegación de facultades legislativas, se puede decir, por tanto, que constituye un exceso en el ejercicio de estas facultades.

5. Lo que falta, no solo para el Decreto Legislativo N° 1323 es una concepción clara de la palabra “género” o de la frase “identidad de género”. Es curioso, cómo, cuando esta norma de promulgó como muchos representantes de este colectivo –o de sus defensores– salieron a celebrarlo, obviamente porque sus intereses sexuales estaban siendo representados o acogidos:

-“FINALMENTE SE APROBÓ LA LEY CONTRA CRÍMENES DE ODO Y DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL”, <http://utero.pe/2017/01/06/finalmente-se-aprobo-la-ley-contra-crimenes-de-odio-y-discriminacion-por-orientacion-sexual/>

-“Decreto contra crímenes de odio que afectan a la comunidad LGTBI”, <https://redaccion.lamula.pe/2017/01/07/comishijosnotemetas-critica-decreto-contra-crimenes-de-odio-que-afectan-a-la-comunidad-lgtbi/manuelangeloprado/>

-“El decreto legislativo y la ideología de género”, <https://doelarez.lamula.pe/2017/01/14/el-decreto-legislativo-y-la-ideologia-de-genero/doelarez/>

-“Amnistía Internacional saluda decreto contra discriminación sexual en Perú”, <http://www.cronicaviva.com.pe/amnistia-internacional-saluda-decreto-contra-discriminacion-sexual-en-peru/>

-“Perú: Decreto Legislativo fortalece lucha contra la violencia de género”, <http://www.amnistia.org.pe/peru-decreto-legislativo-fortalece-lucha-contra-la-violencia-de-genero/>

Vf. SUÁREZ ESPINO, María Lidia, «Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio», (ABRIL 2008) p. 13, [http://www.indret.com/pdf/524\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/524_es.pdf)

<sup>3</sup> Vf. ROSE, Fleming, «El problema de la legislación contra la incitación al odio en Europa», en [http://internacional.elpais.com/internacional/2017/01/30/actualidad/1485765232\\_805489.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2017/01/30/actualidad/1485765232_805489.html) (30 ENE/2017).

Estos links, pueden ser blogs, páginas privadas o noticiosas, lo importante es que sirven, al LGTBIQ para comunicar y comunicarse. Citándolos directamente y a veces a la Ideología de Género, que algunos políticos quieren negar hasta que existe.

6. Está claro que la aparición de la palabra "género" ocasionó mucho alboroto jurídico, porque para algunos por fin se les defendía un derecho soterrado al olvido, para otros no se regula lo que creen muchos, y para los terceros, esto es inconstitucional porque sí se entiende algo concreto de esta palabra y de esta frase "identidad de género" y no se le permitía al Poder Ejecutivo regular esta materia.

7. Los temas de género en el Derecho Penal no son nuevos en el mundo (en el Perú sí), pero donde ya se regulan expresamente, pero claro es porque en su legislación civil, laboral, educativa, tributaria, etc., ya se ha permitido una protección a la unión entre personas del mismo sexo, o se inculca los postulados de la "Teoría de género" (ideología de género). En Perú pasó desapercibido el Decreto Legislativo N° 1241, Decreto legislativo que fortalece la lucha contra el tráfico ilícito de drogas, en cuyo artículo 15.k, promulgado el 26 de setiembre de 2015, se dispone que *al momento de realizar las diligencias complementarias teniendo en cuenta la calidad del investigado en cuanto a su edad, género, nacionalidad, limitación visual, auditiva o vocal, la investidura y otros, que merecen una actuación especial y en ocasiones, adicional.*

Vamos a ver: ¿qué tiene que ver el género que no tenga que ver con el sexo, que no está enlistado como criterio de diferenciación, a la hora de realizar una pesquisa sobre drogas? ¿es distinto sexo que género, se les va a tratar distinto a los que tienen género que a los que tienen sexo? No existe una explicación racional al respecto, toda vez que se desconoce la exposición de motivos de este Decreto Legislativo.

8. En cambio, la solución para el Derecho Penal Internacional (principalmente previsto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en vigor el 1 de julio de 2002) es mucho más clara y contundente ante un escenario en el que los temas de "género" y su relación con el LGTBIQ mundial tienen poco datos científicos al respecto. Determina que el "Género" o la palabra "Género" se maneja de la siguiente manera, expresamente regulada en el artículo 7 (Crímenes de lesa humanidad): «3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede». No cabe otra interpretación que moverse en el esquema binario de los sexos, de la biología, a la hora de determinar cualquier trato para con el delincuente o la víctima.

9. En el Perú hemos ido más allá. Mediante la Ley N° 30506, *el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de fortalecimiento de la seguridad ciudadana, reactivación económica y formalización, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento, y reorganización de Petroperú, por un plazo de noventa (90) días calendario; pero no para regular, mediante Decretos Legislativos, es decir, normas con rango de ley, la "Teoría de Género"*<sup>4</sup>. Ni siquiera con las reglas de la interpretación extensiva se incluye en la seguridad ciudadana (artículo 2.2 de esta ley) los aspectos aquí reseñados. En realidad representan un exceso del marco jurídico delegado para normar.

<sup>4</sup> La Teoría de Género o *Gender Theory* (por su nombre en inglés), pretende estudiarse con mayor rigor, por eso muchas universidades brindan estudios de post-grado al respecto: <http://www.mastersportal.ca/search/?q=di-7632-master-preparation/&order=relevance>

O la web de la Revista "National Geographic": [http://mshop.nationalgeographic.com/product/magazines/special-issues/national-geographic-gender-revolution-special-issue-international-asesionid=9760149NHPN87WQml3mRO3nmAnnMcAEBa\\_nTtpOSLHEOkLAg0THP2-1659866994?ecList=C0KEQIA-1HDBRD2ombosfc1J&BEiQA0TYMmtY9sQLNy-92zjLEV\\_uZFEpdWh5nP3N7U8GVTU0Y9UaAgia8P3HAQ&mobile&requestid](http://mshop.nationalgeographic.com/product/magazines/special-issues/national-geographic-gender-revolution-special-issue-international-asesionid=9760149NHPN87WQml3mRO3nmAnnMcAEBa_nTtpOSLHEOkLAg0THP2-1659866994?ecList=C0KEQIA-1HDBRD2ombosfc1J&BEiQA0TYMmtY9sQLNy-92zjLEV_uZFEpdWh5nP3N7U8GVTU0Y9UaAgia8P3HAQ&mobile&requestid)

10. Este delito se introdujo en el Código penal de 1991 con Ley N° 27270, publicada el 29-05-2000, para luego ser constantemente modificado. La Ley N° 28867, publicada el 09 agosto 2006, agrega algunos criterios más que posibilitarían la discriminación y que debían prohibirse; y vuelve a ser modificado por la Ley N° 30096, publicada el 22 octubre 2013, agregándose como elemento del tipo penal una finalidad a la discriminación; y así, nuevamente modificado por la Ley N° 30171, publicada el 10 marzo 2014, agregando nuevas modalidades comisivas (violencia física o psíquica); para finalmente volver a actualizarse con el Decreto Legislativo N° 1323, publicado el 06 enero 2017, donde se incluyen los criterios de la Teoría de Género. Pero en esta última modificación, además se cambia el verbo rector, que a pesar de los varios cambios se había mantenido incólume, y varios elementos más que analizaremos a continuación.

<p>(*) Artículo modificado por el Artículo 4 de la Ley N° 30171, publicada el 10 marzo 2014, cuyo texto es el siguiente:</p>	<p>(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1323, publicado el 06 enero 2017, cuyo texto es el siguiente:</p> <p><u>(se subrayan o resaltan en negrita los cambios)</u></p>
<p><i>"Artículo 323. Discriminación e incitación a la discriminación"</i></p>	<p><b>"Artículo 323.- Discriminación e incitación a la discriminación"</b></p>
<p><i>El que, por sí o mediante terceros, discrimina a una o más personas o grupo de personas, o incita o promueve en forma pública actos discriminatorios, por motivo racial, religioso, sexual, de factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión política o de cualquier índole, o condición económica, con el objeto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años, ni mayor de tres o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.</i></p>	<p>El que, por sí o mediante terceros, <u>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</u>, basados en motivos raciales, religiosos, <u>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</u>, 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><i>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.</i></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 <u>e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36.</u>"</p>
<p><i>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." (*)</i></p>	

11. Por todo lo que a continuación se explicará, deberá derogarse este Decreto legislativo, o al menos los dos artículos (46.2.d y 323) que incluyen la Teoría de Género, porque son inconstitucionales: porque exceden las facultades legislativas delegadas y porque la materia regulada es ilegítima de ser considerada en el derecho penal.

#### Delegación de facultades

12. La ley facultativa remite a criterios de seguridad ciudadana, y dentro de estos a los delitos de feminicidio con la finalidad de combatir la violencia familiar y violencia de género. La finalidad era combatir la violencia intrafamiliar y la violencia contra la mujer. Hasta donde siempre se ha entendido, el delito de feminicidio hace referencia a conductas machistas, donde el sujeto activo es el varón y el sujeto pasivo es la mujer. No cabe una inversión de los sujetos. Lo mismo se ha entendido de la frase "violencia de género", siempre se refiere a la violencia que ejerce el varón contra la mujer, sin importar el contexto familiar. La violencia familiar tiene como marco las relaciones conyugales, filiales y de parentesco cercano. La violencia de género tiene como marco el machismo y la falta de equidad entre varones y mujeres, por decir lo menos.

13. Por tanto, la introducción de los criterios de la Teoría de Género (Ideología) superan el marco taxativo y siempre restrictivo de una delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo; porque ni la violencia familiar, ni la violencia de género (como se entiende en Perú: los datos del INEI son claros al referirse exclusivamente a la mujer<sup>3</sup>) hacen referencia a otras personas más a las del sexo «mujer». Al analizar los criterios siguientes sobre estas innovaciones no se olvide la crítica de que exceden de lo delegado.

<sup>3</sup> Instituto Nacional de Estadística e Informática: Violencia de género; donde se puede apreciar una conjunción entre violencia de género y violencia familia, pero nunca incluyendo al colectivo LGTBIQ (<https://www.inei.gob.pe/estadisticas/indice-tematico/violencia-de-genero-79210>)

### Cambio del verbo rector

14. La versión anterior del delito regulaba tres verbos rectores en la conducta: discriminar, incitar o promover. La versión actual contempla la siguiente redacción como conducta prohibida: 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. Una descripción así, podría entenderse como una paráfrasis de lo que podría redireccionarse al verbo “discriminar”. Pues si es así, mal hace el Poder Ejecutivo al realizarse una descripción de lo que puede reconducirse a lo ya vigente. La exposición de motivos<sup>6</sup> no dice nada al respecto. Sobre todo porque realiza una descripción exhaustiva (conceptual) que no debe ser usual, mucho menos en el derecho penal, a la hora de redactar normas prohibitivas. Además, porque siendo el contexto bastante neutro en términos de protección de derechos de una persona o un grupo, precisamente el colectivo LGTBIQ pretende que se le reconozcan más derechos de lo que ahora suelen tener, pero no como seres humanos que son sino como miembros de un colectivo. Es como el feminicidio, que se vulnera a la mujer por el hecho de ser mujer, ahora será la vulneración de la persona LGTBIQ “por el hecho de ser tal”. Y en todo caso, por los derechos que ellos pretenden imponer como constitucionales a toda la sociedad: cambio de sexo en el DNI, matrimonio entre personas del mismo sexo, derechos abortivos bajo el ropaje de derechos sexuales o reproductivos, etc.

15. En todo caso, al haberse realizado esta extensiva descripción de la conducta prohibida, pareciera que la conducta prohibida excede de los criterios emanantes de la definición de “discriminación”. Si realizar “actos de distinción” es discriminar, entonces se anula el primer principio del derecho, como es la justicia, que implica darle a cada uno lo que le corresponde, lo que al mismo tiempo implica una comprensión del trato justo como un trato que distingue entre las diferencias de las personas. No existe realmente el “trato igualitario” y de hecho esta forma de manifestar el respecto a las distinciones, desde el principio de igualdad ante la ley, llevó posteriormente –e inmediatamente– a concretar la idea de que este trato justo (igual) implica realmente tratar desigual a los desiguales, ya que es la única forma de tratarlos verdaderamente igual (en realidad sería tratarse «equitativamente»). Este juego de palabras es esencial para la nueva comprensión del “trato distinto”. El trato distinto no puede ser discriminatorio *per se*. Debe tenerse mucho cuidado con su interpretación.

16. Sobre estas distinciones, y siendo el derecho a ejercerse reconocido universalmente, y no habiendo criterios objetivos para “tratar distinto”, entonces se configuraría el delito. De lo contrario la conducta sería atípica.

<sup>6</sup> *Id.*

[http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposici%C3%B3n\\_de\\_motivo\\_dl\\_1323\\_1.pdf](http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposici%C3%B3n_de_motivo_dl_1323_1.pdf)

[http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposici%C3%B3n\\_de\\_motivo\\_dl\\_1323\\_2.pdf](http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposici%C3%B3n_de_motivo_dl_1323_2.pdf)

## Incluir el lugar de reconocimiento de los derechos

17. En la modificación se agrega algo no visto antes en el Código penal, la declaración de que los derechos protegidos pueden ser *reconocidos en la ley, la Constitución o en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte*, es decir que un delito nunca ha sido redactado haciendo referencia a la protección que de alguna manera se prodiga en algún tratado internacional<sup>7</sup> (*¿que esto no ocurre con los demás derechos y en cualquier otra situación? ¿En otras circunstancias, no se puede acudir al ámbito internacional para proteger derechos a nivel interno?*). Esta enumeración es innecesaria y antojadiza. Sí lo es. Porque no tiene otro contexto que el sustentar el ámbito en el cual son cada vez más expresas las enumeraciones y defensas de los derechos de los colectivos LGTBIQ, mientras en el Perú estas declaraciones o reconocimientos no ocurren. Está claro que no existe una discusión abierta y libre –y debería haberla– respecto del reconocimiento de los derechos del colectivo LGTBIQ, que por cierto no se entiende qué clase de derechos diferentes a los demás ciudadanos podrían tener, que impliquen declaraciones expresas y exclusivas respecto de sus derechos.

18. Si el colectivo LGTBIQ sufre violencia física o psíquica debe ser atendido como cualquier otra persona; si tienen enfermedades sexuales, serán atendidos por los centros de salud como cualquier otra persona con esta clase de enfermedades (*¿o es que en ellos se presentan de manera diferente?*); y así podríamos seguir graficando situaciones en las que viéndose inmersos deben ser tratados como los demás ciudadanos. ¿Qué otra clase de derechos podrían reclamar también para ellos y que los demás no tienen –alertando de una posible discriminación a las demás personas, o siendo el caso que no cumplen los requisitos para ejercerlos ellos–: matrimonio, adopción, aborto, cuota de trabajo, becas de estudios, etc.?

El contexto de la defensa de los derechos humanos y constitucionales es universal para todos, no solo para las personas LGTBIQ.

## Criminalizar “móviles” como delitos autónomos

19. Se puede hacer una crítica global sobre la relevancia o no de tipificar como delito las conductas discriminatorias (los crímenes de odio no deberían ser típicos penalmente), toda vez que la lesividad de estas conductas debe pasar por muchos filtros de la política criminal, que deben justificar que la *última ratio* del sistema jurídico intervenga (el derecho penal), porque se han implementado todas las demás vías posibles y no solo esta conducta sigue ocurriendo, sino que además lo hace en demasía y además se afecta gravemente al desarrollo personal de cada ciudadano. La inclusión social, el respeto a las diferencias no se logra con el

<sup>7</sup> Vuelve a pasar, pero también como fruto de esta misma delegación de facultades, en el delito de Financiamiento del terrorismo, regulado en el DECRETO LEY N° 25475, *Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio*, ahora modificado por el Artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1249, publicado el 26 de noviembre de 2016, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 4-A. Financiamiento del terrorismo: “El que por cualquier medio, directa o indirectamente, al interior o fuera del territorio nacional, voluntariamente provea, aporte o recolecte medios, fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros o servicios conexos o de cualquier naturaleza, sean de origen lícito o ilícito, con la finalidad de cometer cualquiera de los delitos previstos en este decreto ley, cualquiera de los actos terroristas definidos en tratados de los cuales el Perú es parte, la realización de los fines o asegurar la existencia de un grupo terrorista o terroristas individuales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.”



derecho penal sino con políticas educativas que se orienten en este sentido, respetando las diferencias cognitivas que entre los niños y adolescentes existen y el derecho a los padres a dirigir el proceso educativo de sus hijos. La empresa no es fácil, pero sin embargo se opta por el camino más lesivo para la sociedad: el derecho penal.

20. Lo que objetivamente se ha hecho, lo que realmente se ha hecho, es criminalizar, *darle entidad de delito a lo que normalmente sería un "móvil" para cometer delitos* (por eso la crítica global de que nunca debió ser delito ninguna conducta discriminatoria, pues es por ausencia de políticas estatales preventivas y educadoras al respecto, que existe discriminación, por diversos motivos, en el Perú). Los móviles pueden sí ser considerados para agravar la antijuridicidad de un delito, pero no configurarse como un delito autónomo. De hecho los móviles que agravan las conductas están recogidos en el artículo 46 del código penal, y con esta modificación ahora también se incluyen los criterios de orientación sexual y de identidad de género, como agravantes genéricas para cualquier delito, ya no solo para el de discriminación. Entonces, *resulta que la modificación con este decreto legislativo no es solo para el delito de discriminación, ni para casos que involucran la seguridad ciudadana, sino para cualquier clase de delito*. Estafar, matar<sup>8</sup>, injuriar, trata de personas, etc. tendrá pena mucho más grave si el sujeto pasivo es miembro del colectivo LGTBIQ. Y esto queda fuera de toda proporción. La inclusión de esta agravante genérica por orientación sexual e identidad de género no es sustentable jurídicamente, sin generar una discriminación negativa en contra de los que no son del LGTBIQ.

#### 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.

21. El artículo 46 del código penal deja claro que son móviles. ¿Por qué no se criminaliza la nocturnidad, o la debilidad humana, o el grupo –de hecho este sí es otro móvil criminalizado: artículo 317° (Organización Criminal) o artículo 317-B (Banda Criminal): porque cuando las políticas, incluida la política criminal, la medida desesperada es prohibirlo todo–? Estos también son móviles que incitan a cometer delitos y sin embargo son delitos autónomos, rompiendo muchas las reglas penales existentes.

<sup>8</sup> Vid. PERALTA, José Milton, «Homicidios por odio como delitos de sometimiento», (OCTUBRE 2013) <http://www.indret.com/pdf/1005.pdf>

**Criterios de discriminación objetivos: ¿la Orientación sexual y la Identidad de Género?**<sup>9</sup>

22. Los criterios previamente vigentes, que configuraban una conducta discriminatoria, giraban alrededor de la edad, sexo, idioma, identidad étnica o cultural, factor genético, discapacidad. Ahora se agregan la nacionalidad, orientación sexual, identidad de género, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, condición de salud y filiación.

Esta modificación resulta ilegítima, y resulta aún más discutible una enumeración cada vez más detallada de los móviles de discriminación. Sobre todo si siempre se usa la frase cajón de sastre “o cualquier otro motivo”.

23. En clave crítica de la Teoría de Género, la introducción de todos estos nuevos criterios discriminatorios no es más que un camuflaje para incluir también dos frases protagonistas: **orientación sexual e identidad de género.** La exposición de motivos no desarrolla una explicación de los demás criterios nuevos, salvo única y exclusivamente de la orientación sexual e identidad de género. ¿Por qué? ¿Aún se da discriminación por filiación o por salud? ¿Cómo se ha medido esto?

24. Para justificar la inclusión de la orientación sexual y la identidad de género, en la exposición de motivos, se cita como institución protectora de sus derechos a la ONU y la Constitución Política del Perú, con el matiz de que esta procura una protección “implícita” (art. 2.2 Constitución Política). Además, se argumenta la naturaleza progresiva de los derechos humanos; y se cita de manera expresa cómo en el artículo 37 del Código procesal Constitucional se recoge a la “orientación sexual” como criterio susceptible de discriminación; y por supuesto se habla de una “cultura conservadora” que impide la actualización del sistema jurídico hacia estas nuevas manifestaciones de la sexualidad.

Excurso: solo un comentario sobre la “cultura conservadora”. No será que lo que se quiere “conservar” es la moral del Perú, que lo que se quiere “conservar” en la integridad de los niños y adolescentes, no se entiende porqué el ser conservador puede ser algo malo o retrógrado, cuando las bases científicas de estas particularidades sexuales son plenamente cuestionadas.

Sería interesante poder apreciar en los medios de comunicación, así como se han encargado de abundar y no perder el rastro en noticias respecto de la violencia machista, de conductas donde los varones agredían a mujeres (mírese las noticias de los últimos seis meses del año 2016, en cambio, ahora, habiéndose regulado lo ahora criticado ya no hay más noticias al respecto... ¿que ya no ocurren?; ¿Cuál fue el objetivo de bombardear mediáticamente con este tema, además tergiversando lo que podía ser una simple riña familiar con violencia de género o con feminicidio?). Pues debería también documentarse los casos de violencia contra el colectivo LGTBI, pero no solo mediáticamente, sino también para que la Dirección General de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos pueda sustentar esta modificación con criterios científicos de Política Criminal, pues desde un informe debidamente analizado, un estudio que mida el impacto sobre estas personas respecto de la sociedad peruana (la exposición de motivos presenta estudios al respecto, pero

<sup>9</sup> *Id.* La exposición de motivos de este Decreto Legislativo ubicada en la web del congreso: [http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposici%C3%ADn\\_de\\_motivo\\_dl\\_1323\\_\(2\).pdf](http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposici%C3%ADn_de_motivo_dl_1323_(2).pdf) (visitada el 16 de enero de 2017)

obviamente parcializados y preparados por instituciones que se ven cuestionadas por la infiltración de la Ideología de Género), para de ahí poder determinar que sí era necesario el cambio de este delito (más allá de que queda fuera de la materia delegada).

Lo cierto es que muchas de las veces las personas de este colectivo están envueltas en círculos de violencia que se genera en su propio entorno, es decir, respecto de sus relaciones con otras personas LGTBIQ:

- Kerwin Yasmani Lázaro Morales (febrero de 2013). Su hermana dice que el joven con sus victimarios "han sido buenos amigos, pero por la borrachera, como no les dio plata lo han matado". Fuente: <http://diariocorreo.pe/ultimas/noticias/3314268/reclaman-justicia-para-decorador>
- José Antonio Centeno Taipe, (abril de 2013). Travesti asesinado por su pareja al interior de un hostel. Fuente: <http://youtu.be/3Rgx4dlj210?t=2m41s>
- Camila Paredes Saldaña (abril de 2013). No figura noticia. Reporte señala que el autor es "desconocido".
- Rogelio Vilcamango Guevara (mayo de 2013). Fue asesinado presuntamente por una deuda de 1500 soles, pero la Policía sospecha de una relación más que amical entre ambos. Fuente: <http://trome.pe/actualidad/asesino-su-amigo-deuda-pendiente-1575885>
- Germán Alex Quiroga Huambachano (julio de 2013). Asesinado por aparente pareja ocasional. Fuentes: <http://trome.pe/fiesta/alex-quiroga-ordenan-prision-preventiva-principal-sospechoso-su-muerte-1660816>, <http://trome.pe/actualidad/ahijado-masacro-estrangulo-estilista-1601752>
- Wilfredo Martín Flores García (julio de 2013), asesinado por "aparente pareja ocasional", según el propio reporte LGTB.
- Juan Malacatos Gaona y Walter Yasmany Chorres Lama (julio de 2013), asesinados por aparente ajuste de cuentas por haberse quedado con dinero de un robo <http://www.elpopular.pe/actualidad-y-policiales/2013-08-01-asesinan-dos-estilistas-por-gastarse-el-dinero-de-un-robo>
- Siomara Sujey Mendoza Cansino (agosto de 2013), asesinada por su pareja sentimental. Fuente: <http://proyeycontra.com.pe/2013/08/04/efavan-desarmador-en-corazon/>
- Mengster Abraham Rojas Pérez (noviembre de 2013), suicidio. Fuente: <http://peru21.pe/actualidad/puente-piedra-travesti-se-suicido-interior-su-salon-belleza-2157828>
- Joel Arquímedes Molero Sánchez (noviembre de 2013), asesinado por "aparente pareja ocasional", según el propio reporte LGTB.
- Julián 'Fransuá' Alcántara Inga (diciembre de 2013), asesinado por "aparente pareja ocasional", según el propio reporte LGTB. Fuente: [http://www.rpp.com.pe/2013-12-05-hallan-muerto-a-conocido-estilista-en-satipo-noticia\\_652485.html](http://www.rpp.com.pe/2013-12-05-hallan-muerto-a-conocido-estilista-en-satipo-noticia_652485.html)
- Segundo Fernando Bravo Quiroz (diciembre de 2013). Asesinado por vecino por no tener más dinero para comprar licor. Fuente: <http://satelite.diariolaindustriatrujillo.com/noticia-mata-a-su-amigo-por-no-invitarle-dos-cervezas>
- Roberto Pinedo Gonzales (enero de 2014). Asesinado por pareja sexual ocasional. Fuente: <http://diario-ronicasiquitos.com/sospechoso-de- crimen-a-estilista-ya-esta-identificado/>
- Brayan Kevin Lui Inuma (enero de 2014). Asesinado por su pareja en un arranque de celos. Fuente: <http://diariocorreo.pe/ultimas/noticias/8248998/iqites-asesinan-a-estilista-homosexual-en>
- Javier Noile Taba (febrero de 2014). Asesinado por aparente cliente sexual. [http://www.rpp.com.pe/2014-02-10-sjm-matan-a-joven-que-presuntamente-se-prostituia-noticia\\_668450.html](http://www.rpp.com.pe/2014-02-10-sjm-matan-a-joven-que-presuntamente-se-prostituia-noticia_668450.html)
- L.R.R. (febrero de 2014). Según el propio reporte LGTB "no se precisa" detalle alguno del asesino. No hay mayor referencia para encontrar fuente de noticia.

¿Quién los ataca constantemente, quién los discrimina constantemente, quien los roba constantemente, quien los mata constantemente, quien los estafa constantemente, como para que la afectación de este grupo de personas sea constante y de tal magnitud que se requiera una modificación de los criterios de generales de agravación de las penas y como para generar la modificación del delito de discriminación?

25. ¿Por qué no resulta legítima la inclusión de estas dos frases *–orientación sexual e identidad de género–* en el código penal, tanto como agravante genérica como en el concreto delito de discriminación?

La TEORÍA DE GÉNERO trata de estudiar el SEXO (varón y mujer) como determinado biológicamente por la unión de los gametos femenino y masculino; la ORIENTACIÓN SEXUAL (heterosexual, homosexual o lesbiana y bisexual: sin dejar de tener un sexo determinado) se analiza como un gusto sobre las relaciones sexuales de cada persona; y la IDENTIDAD DE GÉNERO (en un número indeterminado de manifestaciones<sup>10</sup>: transexual, agénero, a-sexual, trisexual, etc.), indica que no solo tenemos sexo sino también género, y que el sexo (lo genético) es irrelevante, pues lo que importa es lo psicológico, el cómo sienta cada persona que debe vivir la sexualidad. En realidad, la idea de IDENTIDAD DE GÉNERO – exclusiva o novedad de la Teoría de Género– pretende sustituir a las dos primeras, para quedarse como la única explicación de la sexualidad humana. Esta nueva clasificación implica la nueva comprensión de la sexualidad sobre la que el sistema jurídico ahora se ocupa.

De hecho, en el Currículo nacional de educación básica regular de 2017, en la enumeración de todas las prohibiciones de discriminación que se les enseñará a los niños y adolescentes, desaparece la referencia a la única situación listada en la Constitución Política del Perú, desaparece la idea de vitar la discriminación por sexo, para enlistarse únicamente las ideas de evitar la discriminación por orientación sexual e identidad de género (página 31).

26. Sin embargo, las instituciones jurídicas con una base natural, como son el matrimonio y la familia son jurídicas a pesar de la voluntad de los legisladores (son jurídicas porque el ser humano tiene una naturaleza normativa), y determinan una viabilidad social que únicamente la heterosexualidad puede brindar: porque respetan las diferencias y la complementaria, en miras a lograr toda clase de ayudas que requiere la persona humana para su constante desarrollo. Y por eso merecen la protección e impulso de todo el sistema jurídico.

27. No es casualidad que la única “relación sexual” institucionalizada en nuestra constitución política sea la heterosexual (art. 5), la unión de varón y mujer (en matrimonio o en unión de hecho): es la base de la sociedad, es la única manera de crecer como sociedad y de obtener siempre capital humano (viéndolo de manera utilitarista) y de sustentar un desarrollo integral de los ciudadanos respetando todas las diferencias dentro de la misma dignidad (viéndolo de manera personalista).

28. Pero son tres los niveles de la Teoría (ideología) de género –de lo intrínsecamente enseña– y que ya podemos encontrar en el sistema jurídico peruano, todos bajo el ropaje del enfoque de género: equidad de género, igualdad de género e identidad de género.

<sup>10</sup> *Ibid.* Nota al pie 12.



a) La meta de la “**equidad de género**” es disminuir las brechas que distinguen injustamente a varones y mujeres, para el ámbito laboral, por las funciones o roles en el hogar (debidamente repartidas en una conversación de pareja), su intervención en política, que los roles sociales no son estables, etc.; esto no disgusta a nadie, sino todo lo contrario todos están a favor de esta visión del ser humano, porque por su dignidad es igual y merece un trato digno en lo que son iguales, pero debe darse un trato distinto en lo que son diferentes, en justicia matizada (equidad).

La visión de la “**equidad de género**” ya está implementada, por ejemplo, en los currículos de educación cuando menos desde el *Currículo de Educación Básica del 2005* (que cita textualmente “*Educación para la equidad de género*”, página 22). Y esto mucho antes de que el “**enfoque de género**” se instale en la normativa peruana impulsada por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (desde el año 2011).

b) Es más criticable el matiz del enfoque de género que hace referencia a la “**igualdad de género**”, cuando se separa de la visión de “**equidad de género**”. Pues la equidad entre varón y mujer es distinta a la igualdad entre varón y mujer. Porque ya no importa que no seamos iguales, ante las muchas diferencias biológicas y de forma de pensar, de carácter, de experiencia, de inteligencia, que enriquecen las diferencias y la complementariedad entre unas y otros. Desde este nuevo matiz del enfoque de género se busca la igualdad absoluta entre varón y mujer, y uno de sus postulados mundialmente protegidos es el derecho de la mujer a abortar, porque así como el varón no carga con los hijos, que su cuerpo no se altera con la generación de los hijos, ellas también tienen el derecho a decidir sobre su cuerpo ¿es su cuerpo sobre el que deciden? Viene con el paquete de los denominados “**derechos sexuales y reproductivos**”.

Este enfoque está presente en el Currículo Nacional de Educación Básica Regular de 2017. Aunque han cambiado el título (antes decía “**equidad de género**”), la explicación puede entenderse que es la misma que el contenido o significado de la “**equidad de género**”, generándose una confusión. ¿Ha cambiado la explicación de la equidad de género? Aunque si uno lee correctamente el Currículo descubre frases o ideas que recalcan la absoluta igualdad entre varón y mujer (y las diferencias genéticas, psicológicas, de inteligencia, etc.: es decir las ideas de la igualdad de género, porque los lingüistas han hecho bien su trabajo). Se vislumbra una estrategia: primero cambia el nombre de equidad a igualdad y luego se cambia el contenido del enfoque para empezar a significar lo que realmente indica la Teoría de Género respecto de la Igualdad de Género.

c) Una frase que hace referencia a una comprensión de la sexualidad que distingue géneros sexuales más allá del masculino y del femenino es la de “**identidad de género**”<sup>11</sup>. Por tanto, con este nivel se entiende que además de proteger lo que se

<sup>11</sup> Se puede revisar mucha bibliografía que confirma lo dicho, pero se puede revisar ahora la web de “Planned Parenthood”: en <https://www.plannedparenthood.org/esp/temas-de-salud/orientacion-sexual-y-genero/genero-e-identidad-de-genero>, sobre la voz “**Identidad de Género**”:

*“¿Qué significa ser hombre o mujer? El hecho de ser hombre o mujer no está determinado por los órganos sexuales exclusivamente. El género incluye una combinación compleja de creencias, comportamientos y características. ¿Actúas, hablas y te comportas como un hombre o como una mujer? ¿Te comportas de manera*

defiende con “equidad de género” (disminución de brechas entre varones y mujeres, producto de una visión machista de los roles sociales), se protegerá a las personas por su “identidad de género”: nueva visión y ejecución de la sexualidad en las personas humanas.

Se refiere a que el sexo no está relacionado directa y únicamente con lo biológico, sino sobre todo con lo psicológico, con cómo se sienta la persona sobre su sexualidad, siendo que además plantea que no existen dos manifestaciones sexuales sino muchos más<sup>12</sup>. Esto es lo que no tiene ninguna base científica, y sin embargo se presenta como tal. De hecho la base científica direcciona su contenido a lo conocido como la DISFORIA DE GÉNERO<sup>13</sup>. Las personas transexuales, las que tienen una falta de concordancia entre su sexo biológico y el que su psicología les indica que tienen (o quieren tener), son personas consideradas pacientes de atención psicológica. Que por tanto deben recibir tratamiento.

Y este contenido, como parte de las políticas del Estado, no ha sido consensuado con la sociedad.

29. Lo único estable, sustentable y científico es el “sexo” de las personas. El ser varón y mujer es la realidad binaria protegida por la Constitución Política (art. 5) y por la naturaleza

---

*femenina, masculina o de las dos formas? Estas son preguntas que nos ayudan a llegar al centro de nuestro género y de nuestra identidad de género.*

*“¿Qué es el género? ¿Qué es la identidad de género? Cada persona tiene sexo, género e identidad de género. Estos son todos los aspectos de tu sexualidad. Todos están relacionados con quién eres y todos son distintos, pero están asociados. El sexo es biológico. Incluye nuestra composición genética, nuestras hormonas y nuestras partes del cuerpo, como los órganos reproductivos y sexuales. El género se refiere a las expectativas de la sociedad sobre cómo deben pensar y actuar las niñas y los niños, las mujeres y los hombres. Es el estado biológico, social y legal que nos identifica como hombres y mujeres. La identidad de género hace referencia a cómo nos sentimos con respecto a nuestro género y a nuestros roles de género y cómo comunicamos esos sentimientos a través de la ropa, la conducta y la apariencia personal. Es un sentimiento que tenemos desde que somos muy pequeños (desde los dos o tres años).*

*Transexual*

*Algunas personas descubren que su identidad de género no coincide con su sexo biológico. Cuando esto sucede, la persona puede identificarse como transexual.”*

El subrayado y la negrita es nuestro.

También véase: “Ser homosexual y transexual en el Perú - PromSEX”, en <http://promsex.org/articulos-de-27169-ser-homosexual-y-transexual-en-el-peru.html> (visitado en enero 2017)

<sup>12</sup> A) Véase: “El sexo lo determina la voluntad de cada persona y no su determinación biológica”, en <http://www.unir.net/humanidades/revista/noticias/que-es-la-ideologia-de-genero/549201458108/>

B) Véase: “Las 50 opciones de identidad sexual según Facebook”, en [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/02/140214\\_tecnologia\\_facebook\\_sexo\\_aa](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/02/140214_tecnologia_facebook_sexo_aa)

C) Véase: “CIDH saluda Resolución de la ONU en materia de Orientación Sexual e Identidad de Género” en <http://www.oas.org/es/cidh/press/comunicados/2016/092.asp>

D) Véase: “SERIE DE INFORMACIÓN SOBRE SALUD Y DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS PERSONAS LESBIANAS, GAYS, BISEXUALES, TRANSGÉNERO E INTERSEX”, en [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS\\_SexualHealth/INFO\\_LGTG\\_WEB\\_SP.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS_SexualHealth/INFO_LGTG_WEB_SP.pdf)

<sup>13</sup> Véase: “¿Qué es la disforia de género?”, en [http://www.news-medical.net/health/What-is-Gender-Dysphoria-\(Spanish\).aspx](http://www.news-medical.net/health/What-is-Gender-Dysphoria-(Spanish).aspx) revisado en enero de 2017).

<http://www.apa.org/topics/lgb/brochure-personas-trans.pdf>

humana y de las cosas. La "orientación sexual" implica un gusto, y sobre los gustos no se legisla, siendo además que las personas con orientación sexual distinta a la heterosexual se unen a sus parejas como varones que son (gays) o mujeres que son (lesbianas) o no dejan de ser lo que son aunque les gusten las relaciones sexuales con los dos sexos (bisexual). La "identidad de género" aún no tiene base científica que la sustente, sino todo lo contrario, estudios contundentes niegan que lo tenga<sup>14</sup>. Esta falta de concordancia entre lo biológico y lo psicológico se trata médicamente, para corregir esta tendencia. El derecho no está para regular una circunstancias no científicas, como algo normal, el derecho no puede consignar como digno de protección y sanción la enfermedad de una persona, y así como en este caso se regula la disforia de género, pues debería también enumerarse las enfermedades mentales o físicas que los ciudadanos peruanos pueden sufrir, y por las cuales se puede discriminar o agravar una conducta. La identidad de género no representa una visión científica de la sexualidad y no representa una visión de la sexualidad de la comunidad peruana. **Por tanto el sexo debe quedar como único criterio de discriminación (si no se puede derogar todo este tipo penal).**

30. La ciencia establece que el ser humano es concebido como varón (xy) o como mujer (xx), por lo tanto se nace como lo que ya se es desde la concepción, desde la unión del espermatozoide y del óvulo, como varón o como mujer. Los gustos sexuales se desarrollan posteriormente, así como las enfermedades sexuales. La disforia de género es una estructura ilegítima para ser incluida directamente en el código penal. Lo científico es que las células son sexuadas, casi todas ellas, excepto precisamente las células sexuales, pues al unirse es que se funden sus núcleos y los cromosomas XX y XY para determinar el sexo de la persona, sexo que será el mismo de todas sus demás células<sup>15</sup>. Si no, porque los médicos forenses, al encontrar una uña o un pelo o un pedazo de hueso, logran determinar si la víctima era varón o mujer, nunca determinan "el género de la personas" (constructo social determinado por los gustos sexuales de cada uno).

### El cajón de sastre

31. Ya se criticaba la frase "*o de cualquier índole*", en la versión anterior del delito de discriminación, por su afectación del principio de taxatividad –derivación del principio de legalidad penal– que tiene el derecho penal respecto de las conductas prohibidas, porque una frase así permitía una interpretación extensiva por parte de los jueces, o en el peor de los casos abriría la puerta a una aplicación por analogía, proscrita en el derecho penal.

32. Siendo así, la nueva frase "*o cualquier otro motivo*" no cambia en mucho la crítica. Si en esta frase están incluidas o no la orientación sexual y la identidad de género es algo que debe discutirse abiertamente en el fuero idóneo: el Congreso de la República. Con un debate plural y científico, y que demore lo que tenga que demorar, para concretar una modificación jurídica y social de esta naturaleza.

<sup>14</sup> Vid. MAYER, Lawrence S. y McHUGH, Paul R., «Sexualidad y género Conclusiones de la Biología, la Psicología y las Ciencias Sociales», en *The New Atlantis. A Journal of Technology & Society*, N° 50, Otoño 2016 ([http://www.theneatlantis.com/docLib/20160831\\_TNA50SexualityandGenderESP.pdf](http://www.theneatlantis.com/docLib/20160831_TNA50SexualityandGenderESP.pdf), visitado en enero de 2017)

<sup>15</sup> Vid. Genética básica, en <http://www.bop.org.hk/bofbook/erp/section2/basic-genetics> (visitado en enero de 2017).

*“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 desplegar 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.”<sup>16</sup>*

### La libertad de expresión

33. Ciertamente siempre, en los lugares donde está vigente esta clase de “crímenes de odio” y donde se incluye expresamente la orientación sexual y la identidad de género, se suele rápidamente aclarar que no se está penalizando la opinión. ¿Entonces, por qué, entre los criterios enumerados como pasivos de discriminación está la “opinión”? Esto va a generar una escalada de violencia verbal –o de otra índole– en la ciudadanía peruana, toda vez que no solo las personas LGTBIQ podrán interpretar como actos discriminatorios una opinión de las personas que no piensan como ellos o que no comparten sus conductas sexuales y decidan expresarlo a viva voz; sino también, porque cuando las personas LGTBIQ critiquen a los “conservadores” o a las “personas religiosas”, a los que “opinan” distinto, cuyos cánones morales y de conciencia exigen una opinión pública al respecto, estos también podrán denunciar por discriminación a los LGTBIQ, cuando estos los insulten o violenten o impidan el desarrollo de sus ideas. ¿Se ha calculado esto? No es una ley que protege solo a las personas LGTBIQ –aunque ilegítimamente figuren de manera expresa– sino que protege a todos lo que de ahora en adelante quieran opinar sobre, en el caso concreto, la sexualidad de la ciudadanía peruana, o sobre si el currículo de educación básica considera como normal esta clase de conductas sexuales, etc.

34. Al empezar este trabajo se indicaba como era que en el contexto del marxismo-socialismo-comunismo es que surge la idea de reprimir conductas que discriminaran por algún motivo, resultando paradójico que en los países de la unión soviética se impusiera un pensamiento único, y el que regañara de este era castigado. Es la misma estrategia del conocido como *Lobby Gay*, que trata de imponer el pensamiento único para justificar su trato normal o sin discriminación, pero pretendiendo un cambio radical en la concepción de la sexualidad humana, como si no hubiera obstáculos médico-científicos. Sin embargo, lograr el respeto de todos y evitar los actos discriminatorios no se logra cambiando de mentalidad sobre la sexualidad, sino precisamente formando a las personas en la comprensión y reconocimiento de las diferencias de los demás, considerando que sus semejanzas nos enriquecen a todos. Aquí se echa en falta un amplio desarrollo de política criminal.

<sup>16</sup> Vid. HERRERA, Mercedes, “¿Es legítima la modificación al delito de discriminación (art. 323 del Código Penal) mediante el D.L. 1323?”, revisado en <http://legis.pe/legitima-la-modificacion-al-delito-discriminacion-art-323-del-codigo-penal-mediante-dl-1323/> (enero de 2017)



### La pena de inhabilitación

35. Otra innovación, no explicada en profundidad en la exposición de motivos del Decreto legislativo, es la inclusión de la pena de inhabilitación conforme al numeral 1 del artículo 36 del código penal. Es decir, a todo aquel funcionario o servidor público que de ahora en adelante discrimine a otro será privado de la función, cargo o comisión que ejercía al momento de realizar la conducta, aunque provenga de elección popular. ¿Se ha calculado esta consecuencia, sobre todo para los casos de elección popular? ¿Y si al político se le escoge precisamente por su manera de pensar diferente a lo defendido por las personas LGTBIQ? Se ha estatuido un pensamiento único. Faltan una gran cantidad de explicaciones al respecto.

36. Adicionalmente resulta confuso que esta nueva sanción se impondrá, también, a los que no siendo servidor civil o funcionario público, pero realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental, o a través de internet u otro medio análogo, pasará a estar impedido de acceder a cago público (inhabilitación conforme al numeral 2 del artículo 36 del código penal). Solo los que estén a favor o guarden secretamente sus pensamientos, por temor quizá a configurar una apología contraria al LGTBIQ, podrán postular y ganar. Esta confusión se genera debido a la unificación que se han hecho de los dos párrafos finales de la versión anterior. Son los actos de corrupción, o como en este caso un funcionario o servidor abusivo, lo que genera la inhabilitación para el trabajo en el sector público (ya sea excluyendo del cargo que ya se ejerce como impidiendo que ejerza alguno a futuro), pero ahora, más allá del cargo, o entorno de corrupción, el que sea sancionado por este delito no podrá acceder a cago público. ¿La política criminal tiene criterios para la determinación de esta sanción en todos los supuestos ahora contemplados?



37. Todo lo explicado en este momento, determina que el derecho penal empieza a coquetear con el mundo de las ideas, con lo que no es sustentable por una política criminal seria, estructurada y trabajada científicamente, o con la ciencia médica. Es el momento de recuperar los fueros perdidos, porque no es la sobrecriminalización la solución a los problemas de seguridad ciudadana, y no es la criminalización de los gustos e ideas lo que sustenta a una nación, sino lo reconocido universalmente, por la mayoría, las instituciones básicas, lo que debe garantizarse legalmente con base constitucional.