

INFORME FINAL 2022
AÑO ACADÉMICO 2022

EL DELITO DE ODIO Y SU ALCANCE EN EL COLECTIVO LGTBIQ+

Inicio del proyecto: Enero de 2022

Término del proyecto: Diciembre del 2022

Línea de investigación: Procesos jurídicos y resolución de conflictos

Docente Responsable: Dr. Juan Carlos Jiménez Herrera

Docentes Miembros: Dra. Patricia Velasco Valderas
Dra. Rosa Marlenne Sanchez Sanchez

Colaboradores: Dr. José Francisco Urquizo Olaechea
Silvana Veronica Vilca Chambilla
(FDCP UNFV– Estudiante de 6to Año)

Facultad de Derecho y Ciencia Política
Universidad Nacional Federico Villarreal

RESUMEN

Tras largos años de asedio, persecución y violencia extrema en perjuicio de personas que tienen una diferente orientación sexual e identidad de género, el Estado peruano no ha realizado muchos esfuerzos por legislar correctamente en el tema del delito de odio contra el colectivo LGTBIQ+, dado que, no existen criterios generales necesarios en la utilización de la técnica legislativa en la tipificación del delito de crimen de odio contra el colectivo LGTBIQ+, se desconoce cómo se viene legislando actualmente el delito en mención y no se identifica las repercusiones del artículo 323° del Código Penal; por lo que, cuando sucede un hecho criminal en contra del colectivo LGTBIQ, se debe tomar en cuenta el artículo 46 inciso 2 “d”, ya que este hecho tiene como móvil la intolerancia o discriminación por orientación sexual e identidad de género, de igual forma, cuando se trata de actos de discriminación, que comprende las modalidades 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, basados en motivos de orientación sexual o identidad de género se debe aplicar el artículo 323° del Código Penal. No obstante, en muchos procesos judiciales no se concibe como posible móvil de estos delitos la orientación sexual o por identidad de género, y en algunos casos no se emiten sentencias condenatorias por falta de pruebas. En síntesis, el colectivo LGTBIQ+ enfrenta graves problemas en el ejercicio de sus derechos a causa del odio, rechazo y prejuicio ya sea por la orientación sexual o identidad de género debido en gran parte a la indebida aplicación de la ley en los crímenes de odio hacia este sector, a pesar de las modificaciones del Código Penal por el Decreto Legislativo N° 1323, donde se encuentra la inclusión de los crímenes de odio por razón de la orientación sexual e identidad de género, y a su vez por la ampliación de la causal de discriminación como agravante en relación a la discriminación por estas mismas razones.

PALABRAS CLAVES

Crimen de odio, LGTBIQ+, orientación sexual, identidad de género, discriminación y violencia.

ABSTRACT

After long years of siege, persecution and extreme violence to the detriment of people who have a different sexual orientation and gender identity, the Peruvian State has not made many efforts to legislate correctly on the issue of hate crime against the LGTBIQ+ collective, given that, there are no general criteria necessary in the use of the legislative technique in the classification of the crime of hate crime against the LGTBIQ+ collective, it is unknown how the crime is currently being legislated and the repercussions of article 323° of the Penal Code are not identified; Therefore, when a criminal act is committed against the LGTBIQ+ community, Article 46, paragraph 2 "d" must be taken into account, since this act is motivated by intolerance or discrimination based on sexual orientation and gender identity, as well as acts of discrimination, which includes the modalities of distinction, exclusion, restriction or preference that nullify or impair the recognition, enjoyment or exercise of any right of a person or group of persons recognized by law, based on grounds of sexual orientation or gender identity, Article 323 of the Criminal Code must be applied. However, in many judicial processes, sexual orientation or gender identity is not conceived as a possible motive for these crimes, and in some cases convictions are not issued due to lack of evidence. In summary, the LGTBIQ+ collective faces serious problems in the exercise of their rights due to hatred, rejection and prejudice either by sexual orientation or gender identity due in large part to the improper application of the law in hate crimes against this sector, despite the amendments to the Criminal Code by Legislative Decree No. 1323, which includes hate crimes

based on sexual orientation and gender identity, and in turn by the expansion of the grounds of discrimination as an aggravating circumstance in relation to discrimination for these same reasons.

KEYWORDS

Hate crime, LGTBIQ+, sexual orientation, gender identity, discrimination and violence.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad los crímenes de odio han incurrido con mayor incidencia en la comunidad LGTBIQ+, expresándose a través de la homofobia, el racismo, bifobia, transfobia, entre otros trastornos de ansiedad ante determinados grupos; yendo de esta forma en aumento masivo, sirviéndose de las redes digitales y otras formas delictivas, que en muchos casos termina con la muerte de la persona que es víctima de discriminación.

La expresión “crímenes de odio” comenzó a ser utilizada en 1985 en Estados Unidos, a causa de una sucesión violenta cometida contra grupos de personas estigmatizadas y marginadas, tratando de esta manera de visibilizar y sensibilizar sobre las agresiones efectuadas a causa de la discriminación, el rechazo, y el odio, sobre poblaciones que han sido preconizadas como sujetos de derecho (Álvarez, 2018, pág. 78).

En ese sentido, el delito de odio se trata de un fenómeno social, que afecta el desarrollo de la vida normal y plena de la persona que se considera parte del colectivo LGTBIQ+, no obstante, hasta el momento no se ha visto una lucha real contra este fenómeno, dado que, no se ha iniciado verdaderamente políticas públicas o medidas preventivas y de protección destinadas a combatir esta figura delictiva compleja, que se reviste de distintas características, y que se debe afrontar a

partir del hecho concreto, es decir, se debe conocer el contexto social y jurídico en que se produce el acto delictivo.

La importancia de estos delitos se fundamenta, por tanto, en un doble ataque: por una parte, en que las víctimas de estos delitos son intencionalmente seleccionadas por motivos de intolerancia, por lo que se les causan unos daños físicos y emocionales incalculables. Pero, por otra parte, y de ahí su gravedad, se atemoriza a todo el colectivo al que pertenecen, lo que genera sentimientos de miedo e inseguridad y amenaza de forma indirecta la seguridad y la tranquilidad de todos los ciudadanos. Los delitos de odio son, en definitiva, una amenaza para la paz pública (De Vicente, 2018, pág. 33).

Las personas y actores que perpetúan estos crímenes son el resultado de sociedades indiferentes y de Estados ausentes, que ven a la diversidad y la disidencia sexual y de género como un peligro en su ingeniería institucional, donde consideran su ciudadanía es de menor rango que el resto de población. No es casual que sea América Latina y el Caribe, la región más desigual del planeta y la que más víctimas de la violencia machista y LGBTI odiante, reporta ante la marcada ausencia de políticas públicas integrales para prevenir, sancionar, reparar y erradicar las violencias hacia las personas con orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género y características sexuales disidentes y diversas (De Grazia, 2020, pág. 26).

Finalmente, la presente investigación tiene como finalidad establecer criterios generales necesarios a efectos de utilizar la dogmática penal con mejor técnica legislativa en la tipificación del delito de crimen de odio contra el colectivo LGTBIQ+, cautelando los derechos fundamentales de la víctima, con el objetivo de disminuir los altos índices de violencia contra las disidencias sexuales y la creación de medidas para prevenir, perseguir y sancionar los crímenes de odio contra las lesbianas, gays, transexuales, bisexuales, intersexuales, queer y otros.

1.1. Planteamiento del problema

En nuestro país no existe una norma jurídica autónoma que regule el delito de odio contra el colectivo social LGTBIQ+ como sucede en otros sistemas jurídicos, entre ellos Estados Unidos de Norteamérica, Uruguay, México, entre otros.

El problema sobre el crimen de odio del colectivo LGTBIQ+ se suscita en el 2017, en la que el Poder Ejecutivo por delegación de facultades emite el Decreto Legislativo 1323 que reformo algunos artículos del Código Penal, entre ellos los artículos 46.2° y el 323° del Código Penal que tipificaba de forma genérica el delito de discriminación, bajo diferentes supuestos, tales como: social, político, raza, religión, sexo, entre otros, como una forma de contener y enfrentar el problema de seguridad ciudadana, pero posteriormente a la promulgación de la ley antes mencionada, el Poder Legislativo reforma parte de la norma penal, esto es, el artículo 323° del Código Penal, en la que señalando que no corresponde a las facultades materia de delegación que el Poder Legislativo otorgó al Poder Ejecutivo para que legisle en materia de seguridad ciudadana, al ser revisado por el Congreso esta norma penal correspondiente al artículo 323°, dejó sin efecto jurídico penal los extremos de discriminación sexual relacionados al tema de orientación sexual que señalaba el tipo penal antes de su aprobación, por haberse extralimitado el legislador en las facultades que se le otorgo porque no están referidos al tema de seguridad ciudadana.

Creemos que el Poder Legislativo en esta parte, no ha tenido un criterio político criminal sobre el tema, ya que, como demostraremos en nuestra investigación el tema de discriminación sexual al colectivo LGTBIQ es una de las causas del delito de crimen de odio, bajo el criterio de seguridad ciudadana o sin ella, toda vez que genera violencia, es necesario positivizar el delito de odio, en la que se sancione a todo aquel que atente contra la vida, la integridad física, el honor en perjuicio

del grupo LGTBIQ+, dado que existe un antecedente de discriminación de forma específica en nuestro sistema penal, en el cual se tipifica el delito de feminicidio en el artículo 108 – B del Código Penal, referido al que “mata a una mujer por su condición de tal”, de igual manera porqué no legislar como una forma de crimen de odio al que mata a un integrante del colectivo LGTBIQ+, que también es un grupo vulnerable en una sociedad machista y de complejos sociales, culturales, morales, entre otros.

“En el ámbito jurídico no existe una cultura hacia lo que implica un crimen de odio por motivos de la orientación sexual de la persona, por ende, no hay normas que lo regulen de forma expresa (...)” (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, 2013, pág. 92) del mismo modo la doctrina penal en este tema es muy escasa al igual que la jurisprudencia.

La ausencia de una legislación clara respecto de los delitos de odio, han llevado a algunos casos en conductas atípicas y otras veces a entenderlo como si fueran otros delitos, como por ejemplo homicidio, lesiones, delitos contra la libertad personal, entre otros, al extremo que lo han interpuesto como una cultura de cumplimiento de los derechos humanos con el fin de evitar el perjuicio basado en la orientación sexual.

El delito de odio viene a ser un atentado contra la dignidad de la persona (víctima) y a la de todo colectivo al que esta pertenece, esto es, el colectivo LGTBIQ+, ya que vulnera derechos fundamentales recogidos en la Constitución como el de la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su desarrollo y bienestar; a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida; igualdad, dignidad, la no discriminación, entre otros.

En el contexto jurídico penal nacional el legislador no ha tenido mucho interés en legislar sobre los delitos de odio en el colectivo LGTBIQ+, toda vez que revisando el Código Penal de 1863, el

de 1924 y a la promulgación del Código Penal vigente de 1991, no hemos encontrado un tipo penal en especial, relacionado al crimen de odio materia de investigación.

Ante los frecuentes problemas de marginación contra distintos colectivos sociales en razón de raza, religión, ideología, sexo, entre otros, también en nuestro sistema social comenzaron los colectivos sociales marginados a exigir al gobierno que, a través de las normas administrativas, civiles y penales, sobre todo en este último proteja a través de la ley penal sus derechos fundamentales; en el caso materia de investigación respecto a la orientación sexual e identidad de género.

Los frecuentes actos de violencia en nuestro país, que generaron los delitos de robo, secuestro, sicariato, tráfico de drogas, entre otros delitos violentos, que se agudizaron en la década del 2000 para adelante, hizo que el gobierno declarará a este problema social como de “inseguridad ciudadana”, a efectos de resolver este problema, el Poder Legislativo en el año 2017 delegó facultades legislativas al Poder Ejecutivo para que legislará sobre este materia, es así que se refería el artículo 323° del Código Penal, en la que se incluye dentro del tipo penal, el crimen de odio contra el colectivo LGTBIQ+, bajo el presupuesto de orientación sexual e identidad de género, la misma que posteriormente ha sido reformado en este extremo; al señalar que no es un tema de seguridad ciudadana.

Es necesario legislar de forma específica el crimen de odio contra el colectivo LGTBIQ+, toda vez que no es la primera vez que se pretenda legislar penalmente el tema de marginación social contra determinados colectivos sociales, puesto que, en nuestro Código Penal encontramos el artículo 108° - B que tipifica el “delito de feminicidio”, que protege a la mujer por el solo hecho de serlo, razón por el cual, frente a la existencia de marginación en razón de la opción sexual, la misma que se manifiesta mediante actos violentos físicos y psicológicos, es necesario también proteger a este grupo social, utilizando al derecho penal por ser un medio del control social.

Aunado a ello también podría agregarse el machismo, rasgos culturales de las comunidades andinas y etnias nativas, que tienen un concepto muchas veces equivocado contra el colectivo LGTBIQ+ desde el punto de vista de la moral.

En el tema del delito o crimen de odio y su regulación penal respecto del colectivo LGTBIQ+, es necesario tener en cuenta que las diversas instituciones jurídicas en el ámbito internacional relacionados a los derechos humanos, disponen y obligan a los Estados cautelar y respetar los derechos fundamentales de la persona humana, entendiendo su vida, integridad física y psicológica, y dentro de ello al colectivo LGTBIQ+, que también son personas humanas que necesitan protección y respeto en el tema de orientación sexual. De ahí que, existen países que están legislando sobre el tema, entre ellos Uruguay que, en el 2003, puso en vigencia la ley 17677 que tipifica la conducta criminal de “incitación al odio, desprecio o violencia o comisión de actos contra determinadas personas” en la que se encuentre tipificado el acto criminal de orientación sexual o identidad sexual.

En Bolivia, en diciembre del 2007, la Asamblea Constituyente incluyó una cláusula en su Proyecto Constitucional, en la que “El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón del sexo”.

En los Estados Unidos de América, el 29 de octubre del 2009, el presidente Barack Obama promulga la ley que amplía la protección motivados por la discriminación que genera el delito de odio por orientación sexual, que se convirtió en Ley pública N° 111 – 84.

1.2. Antecedentes

A lo largo del tiempo, ha existido tratos diferenciados y violentos entre los miembros de una sociedad “(...) como consecuencia de prejuicios sociales y, como justificación y finalidad está

sujeto al funcionamiento de valores que emergen de la misma sociedad en sus múltiples dimensiones: políticas, económicas y culturales, de ahí que se ha sostenido que la violencia homofóbica no se puede entender sin comprender el sistema social que le da sentido: la heteronormatividad” (Cubas, 2018, pág. 27), que es parte del orden social.

Desde hace algunas décadas, la noción de “diversidad sexual” se ha ido instalando en la discusión científica en ciencias sociales. Lo anterior se ha visto impulsado a partir de acciones de movimientos sociales que buscan reivindicar derechos sexuales relegados. Entre los movimientos sociales han destacado grupos lésbicos, gays, bisexuales, transexuales, transgéneros, travestis, intersexuales y querer (LGBTTTIQ); así como su contraparte de grupos que defienden la heterosexualidad tradicional. La dialéctica entre diversidad sexual y heterosexualidad se inicia en la década de los 80, cuando Foucault conceptualiza la sexualidad como un “dispositivo sociohistórico” (1984), develando el orden sexual moderno como un eje central de las lógicas culturales del capitalismo, cuyo fin es disciplinar y controlar los cuerpos, a través de su categorización, clasificación y teorización; procesos orientados a delimitar las zonas de lo visible/invisible, lo permitido/prohibido, lo enunciable/indecible, lo verdadero/falso (Cabezas, 2013).

El nomen iuris de “crímenes de odio” empezó a utilizarse por la década de 1980 en los Estados Unidos de Norteamérica a raíz de sucesivos actos de violencia física y muerte contra colectivos de personas marginadas, y cuya causa deviene prejuicios raciales, culturales, ideológicos, sexuales, entre otros.

Ante estos actos violentos, dicho colectivo social-marginal que eran minoría en la población norteamericana, a través de diversos actos de protesta, comenzaron a exigir al gobierno norteamericano una legislación que proteja sus derechos fundamentales.

De esta manera, se sanciona la ley federal Hate Crime Statistics Act en 1990, la que luego se vio reforzada en 1994 por la Violent Crime Control and Law Enhancement Act, otorgándole un reconocimiento jurídico a estos delitos, y confiando en el FBI la tarea de centralizar la información acerca de los datos estadísticos (Álvarez, 2018, pág. 78).

Ahora bien, en el Perú desde varias décadas atrás se han conocido casos que revisten las características de un delito de odio, sin embargo, recién en el presente siglo se ha intentado regular los delitos motivados por el odio a través de diversos proyectos de ley, es así que en la legislatura congresal del 2010 algunos congresistas, entre ellos Carlos Bruce, presentaron el Proyecto de Ley 3584/2019-CR, el cual fue archivado; sin embargo, el congresista Carlos Bruce volvió a presentar nuevamente un Proyecto de Ley N° 609/2011-CR, que fue igualmente desestimado, posteriormente se presentaron más propuestas legislativas, sin éxito alguno.

1.3. Justificación e importancia

1.3.1. Justificación

La presente investigación se justifica en el estudio dogmático penal y propositivo del delito de odio contra el colectivo LGTBIQ+, que demuestra que, en el sistema penal positivo respecto del tema, existen vacíos legales tanto preventivo como represivo respecto a la discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género. Contrario sensu, existe un trato desigual de nuestra legislación, toda vez que existe un tipo penal específico que protege al género, como es el feminicidio que tiene como víctima a la mujer.

Por lo que, es necesario tener en cuenta que existe un interés de la sociedad de buscar mecanismos legales para frenar esta modalidad delictiva que afectan derechos fundamentales de la persona humana, a causa de este tipo de marginación y que en nuestro país se está acentuando por la

tradición cultural machista del peruano y los ortodoxos católicos y evangélicos, que no aceptan la denominada opción sexual.

1.3.2. Importancia

Es importante el análisis dogmático que se realiza en la realidad social respecto de la marginación y violencia contra el colectivo LGTBIQ+, dado que, ha ido más allá que las previsiones legales hasta hoy dadas, dado que las decisiones tomadas hasta el momento, no han logrado disminuir ni mucho menos superar la infracción que se comete en contra de la persona o colectivo LGTBIQ+. En ese sentido, la presente investigación tiene como finalidad aportar otras alternativas legislativas en materia penal, para enfrentar este tipo de delincuencia, para luego presentar proyectos de ley en base al conocimiento académico sobre el tema.

1.4.Marco teórico

1.4.1. Concepto de “crímenes de odio”

Es un delito cuya principal característica es la motivación del autor que consiste en el rechazo u hostilidad hacia el que considera diferente. Las víctimas son seleccionadas más por lo que representan que por lo que son o por quienes son. El autor elige a la víctima por alguna característica que la identifica con un grupo, pueblo o comunidad al que el autor rechaza, mostrando conductas de intolerancia, hostilidad o discriminación porque considera, en base a estereotipos y prejuicios, que tiene menos derechos que el resto, se trata de un delito en el que se niegan derechos a la víctima (...) (ERTZAINZA, 2022).

En ese sentido, el delito de odio viene a ser una figura delictiva motivado por el recelo o prejuicio contra un grupo o persona que tienen una diferente ideología, raza, orientación sexual, identidad de género, cultura, entre otros. Actualmente se encuentra comprendido en el artículo 323° del

Código Penal Peruano, con el título “Discriminación e incitación a la discriminación que refiere lo siguiente:

“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” (Congreso de la República, 1991).

Asimismo, el jurista Álvarez (2018) afirma que son actos dolosos, generalmente realizados con encono, que implican (pero no se limitan a) violaciones:

- Del derecho a la vida.
- A la integridad personal.
- A la libertad personal.
- A la propiedad (daño, vandalismo, robo).

Es así que, el delito de odio se base en perjuicios, maltratos o infracciones contra la persona -que tiene diferente punto de vista respecto a una preferencia cultural, social, entre otros-, teniendo

como finalidad “(...) inducir miedo y causar daños psicológicos y/o físicos. En ocasiones, los crímenes de odio son acompañados de un discurso de odio, pero este tipo de discurso no siempre es un crimen de odio en sí mismo” (Victim Connect Resource Center, 2022).

A decir del Observatorio Nacional de Crímenes de Odio LGBT, Defensoría LGBT y Federación Argentina LGBT (2015) existen diferencias y semejanzas en la terminología utilizada por diferentes aparatos teóricos o jurídicos. En algunos casos, la definición se restringe a establecer una tipología de crímenes de odio; mientras que otros términos incluyen una serie de grupos protegidos, dentro de la misma.

No obstante, el concepto que más fortuna ha tenido es el formulado por la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) que en el Consejo de Ministros celebrado en Maastrich en diciembre de 2003 definió los delitos de odio como: “toda infracción penal, incluidas las infracciones contra las personas y la propiedad, cuando la víctima, el lugar o el objeto de la infracción son seleccionados a causa de su conexión, relación, afiliación, apoyo o pertenencia real o supuesta a un grupo que pueda estar basado en la “raza”, origen nacional o étnico, el idioma, el color, la religión, la edad, la minusvalía física o mental, la orientación sexual u otros factores similares, ya sean reales o supuestos” (De Vicente, 2018, págs. 31-32).

1.4.2. Características de los delitos de odio contra el *colectivo LGTBIQ+*

Existen características y/o elementos para considerar un comportamiento como un delito de odio, que son los siguientes:

- ***Agresión ilícita contra los derechos de una persona o conjunto de personas que pertenecen al colectivo LGTBIQ+***

La agresión ilegítima consistirá en la vulneración de la integridad física o psicológica de la víctima de discriminación por motivo de su diferente orientación sexual, ideología e identidad sexual. "La

conducta violenta en los delitos de odio varía dependiendo del contexto y de los prejuicios que tenga una sociedad específica, pero está presente en todas las sociedades” (Guerrero, 2009, pág. 4).

- ***Fundamento que impulsa al victimario a actuar en perjuicio de otra persona o conjunto de personas que pertenecen al colectivo LGTBIQ+***

La agresión ilegítima que realiza el agresor contra su víctima, que ha sido seleccionada intencionalmente por la diferente ideología, orientación sexual, identidad de género, entre otros, debe estar motivado por el odio, recelo, prejuicio o desprecio hacia otra persona o colectivo, que representa o se siente identificado, que se manifiesta de diferentes formas como “(...) comentarios escritos u orales de la persona que cometió la agresión, que puedan indicar prejuicio u odio contra la víctima (...) marcas, dibujos, mensajes o escritos dejados en la escena que puedan indicar prejuicios contra la víctima (...) (Álvarez, 2018, pág. 81)”, entre otros.

- ***La representación o pertenencia de la persona o del conjunto de personas -que son víctimas de la agresión- a un colectivo social vulnerado y/o discriminado***

Los hechos delictivos de los crímenes de odio contra el colectivo LGTBIQ+, que están fundamentados por motivos de distinta índole como social, ideológico o sexual, son perpetrados contra una persona o conjunto de personas, que representan o pertenecen a un colectivo, que es sujeto de vulneración de sus derechos por una relación de potestad que es delimitada por un contexto sociopolítico, que puede ser ejemplificado cuando “la fecha de la agresión coincide con un día significativo para el grupo o colectivo al que pertenece o supone pertenece la víctimas (...)” (Álvarez, 2018, págs. 81-82).

El contexto sociopolítico y la construcción histórica de modelos hegemónicos, promueven la vulneración de personas que poseen ciertas características que son utilizadas como pretextos

discriminatorios. De las poblaciones que con más frecuencia se incluyen en las definiciones de crímenes de odio relevadas, podemos destacar a las personas o grupos de personas agredidas bajo pretexto de etnia, nacionalidad, color de piel, religión, edad, género, orientación sexual, identidad de género o su expresión (Observatorio Nacional de Crímenes de Odio LGBT, Defensoría LGBT y Federación Argentina LGBT, 2015, pág. 5).

1.4.3. Modalidades socio jurídicas de los crímenes de odio contra el colectivo LGTBIQ+

El agresor se vale de distintas formas de violencia para vulnerar los derechos de la persona o colectivo por motivos de distintas preferencia o gustos, que son los siguientes:

- Promocionar, suscitar o fomentar de forma directa o indirecta en público o privado, la agresión motivada por el odio, recelo, discriminación u hostilidad contra la persona o grupo de personas que posean una preferencia social o cultural diferente.
- Ocultar, disimular, encubrir, trivializar, o negar los casos de discriminación contra personas del grupo LGTBIQ+, que se han expresado en torturas y violencia extrema contra las lesbianas, gays, transexuales, bisexuales, intersexuales, queer y otros, existiendo indicios o evidencias del acto delictivo.
- Elaborar materiales para la distribución y comercialización social, donde se denigra a la persona o colectivo social por su identidad sexual o de género, vulnerando de esta forma su integridad psicológica, dado que, se aminora la posibilidad de la víctima de desarrollar su vida de acuerdo a sus convicciones de forma pacífica.

Estas modalidades de violencia perjudican emocional y físicamente a la persona o colectivo de personas, ocasionando que estas sientan miedo y preocupación por volver a ser víctima de un crimen de odio, pierdan la confianza en la sociedad, sientan ansiedad, depresión y/o deseos de

lastimarse o acciones suicidas, dejen de realizar las actividades que antes disfrutaba y desarrollen una mentalidad de “nosotros contra ellos” (Victim Connect Resource Center, 2022).

1.4.4. Análisis de los casos de resistencia y mitigación de los crímenes de odio contra el colectivo LGTBIQ+

La víctima de los crímenes de odio se ha visto en la necesidad de contestar y hacer frente a las formas de violencia recibida, es así que, se surgen formas de acción y organización individual o colectiva con la finalidad de desarrollar estrategias de tratamiento en estos delitos, que tiene por etapas la supervivencia, afrontamiento y transformación.

- La primera etapa es la ***resistencia de supervivencia***, que se relaciona con el modo de dar respuesta a la agresión, es decir, la reacción inmediata de la víctima, dado que, se debe buscar la forma más idónea de hacerle frente por el momento a la situación de riesgo inminente, estas consisten en el ocultamiento, camuflaje, entre otros, es así que, “se trata de reacciones que parten más de la experiencia y las decisiones inmediatas que se toman para actuar, dada la importancia de valorar la situación y las consecuencias antes de reaccionar ante un riesgo, amenaza o vulneración de derechos” (ALDARTE, 2018), cabe recalcar, que la forma de hacerle frente al ataque o agresión es diferente en todos los casos, ya que va depender del contexto o situación en la que se encuentre la víctima.
- La segunda etapa es la ***forma de afrontar la agresión***, que viene a ser la estrategia o mecanismo que se realiza para vencer o superar la violencia del que ha sido víctima la persona que es parte del colectivo LGTBIQ+. De esta forma, se genera un proceso de salida del victimismo para dar paso a construirse como sujetas activas sobre sus proyectos de vida (ALDARTE, 2018).

- La tercera etapa es la transformación, es el “resultado de haber pasado por el continuum de resistencias; para llegar a ellas se ha pasado antes por las resistencias asociadas a la supervivencia y al afrontamiento” (ALDARTE, 2018). En ese sentido, se debe aceptar completamente el conflicto ocurrido y las consecuencias que derivan de estas, esto va tomar un tiempo incalculable, ya que va depender de las características del hecho y de la persona, en este tiempo se debe tratar de no abandonar el proceso, que se refleja en el esfuerzo de solucionar un problema y así poder superarlo. De esta forma, se podrá cambiar la sociedad, disminuyendo la violencia en un primer momento, dado que, la finalidad última es la erradicación de esta por completo.

1.5. Objetivos

1.5.1. Objetivo general

Establecer criterios generales necesarios a efectos de utilizar la dogmática penal con mejor técnica legislativa en la tipificación del delito de crimen de odio contra el colectivo LGTBIQ+, cautelando los derechos fundamentales. Además de ello que las leyes penales en materia de discriminación no colisionen, por ejemplo, violencia de género con opción sexual.

1.5.2. Objetivos específicos

- A. Conocer cómo se viene legislando actualmente el tema de discriminación relacionado a la orientación sexual e identidad de género en el Perú.
- B. Justificar la importancia de buscar lineamientos que orienten al legislador penal para elaborar leyes con una buena técnica legislativa relacionados a los delitos que atentan contra el grupo social LGTBIQ+, denominados delitos de odio.

C. Identificar las repercusiones que se derivan del artículo 323° del Código Penal, el mismo que fuera reformado por el legislativo, dejando de lado al delito de discriminación sexual contra el colectivo social LGTBIQ+, fundamentando que no son delitos que atentan contra la seguridad ciudadana.

II. MÉTODO

La presente investigación sobre “el delito de odio y su alcance en el colectivo LGTBIQ+” es de análisis dogmático cualitativo propositivo, bajo la línea político criminal, por consiguiente, nuestra investigación es teórica, no es necesario plantear hipótesis. Se elaboró según las normas de la OCINV.

2.1.Universo y muestra

2.1.1. Universo

Definición: El universo es la totalidad de individuos o elementos en los cuales puede presentarse determinada característica susceptible a ser estudiada. Puede ser finito (número limitado de sujetos u objetos) o infinito (cuando está formado por una cantidad ilimitada), y en el caso de ser finito, puede ser muy grande y no poderse estudiar en su totalidad, por eso es necesario escoger una parte de ese universo, para llevar a cabo el estudio.

Características del universo:

- Dimensión espacial: Perú.
- Dimensión social: El colectivo LGTBIQ+ nacional.
- Dimensión temporal: 2022

Universo de la investigación: En la presente investigación, se ha considerado como universo a todo el colectivo nacional LGTBIQ+, que abarca a las lesbianas, gais, bisexuales, transgéneros, intersexuales y queer del Perú.

2.1.2. Muestra

Al realizarse una investigación que involucre el análisis de la variable motivación, se encuestó al total de la muestra, que comprendía a solo tres grupos del colectivo LGTBIQ+, entre ellos, lesbianas, gais y transexuales.

Por lo tanto, se seleccionó a la muestra considerando que se trata de un muestreo no probabilístico en la que la muestra tiene una relación directa con las características de la investigación, por ende, no depende en muchos casos de la probabilidad. En el caso en concreto, se procedió a utilizar el muestreo intencional o sesgado, el cual se define a continuación.

El muestreo seleccionado es donde el investigador elige los elementos que a su juicio son adecuados para su investigación, que exige un conocimiento anticipado del universo que se investiga con la finalidad de estudiar el fenómeno en mención.

Por lo que, se encuestó al total de 30 personas, que son: 10 lesbianas, 10 gais y 10 transexuales, los cuales fueron elegidos por ser los tres grupos del cual se puede obtener mayor información.

Es así que, la muestra de nuestro trabajo de investigación estuvo conformada por 30 personas entre lesbianas, gais y transexuales.

2.2. Instrumento y procedimiento

2.2.1. Instrumento

Los instrumentos que hemos utilizado para nuestra investigación teórica son las frecuentes, a decir: libros relacionados al tema, revistas jurídicas, artículos, diarios, así como legislación extranjera.

Antes del actual estado de emergencia, hemos acudido a lugares de información y documentación como son las bibliotecas de la Facultad de Derecho de la UNFV, del Colegio de Abogados de Lima, de la Academia de la Magistratura, así como los libros sobre la materia que hemos adquirido antes y durante la pandemia del coronavirus. El equipo informático y software empleado en Windows XP, los textos trabajados en Word y en hoja office.

Por consiguiente, los instrumentos que hemos utilizado en nuestra investigación son comprendidos de tal modo que: “(...) cualquier recurso del cual pueda valerse el investigador para acercarse a los fenómenos y extraer de ellos información” (Palella, 2012, pág. 113). Teniendo en cuenta la naturaleza de nuestra investigación, las técnicas de recolección de datos que vamos a emplear son las siguientes:

➤ **Técnica de fichaje**

Esta técnica consistió en recoger y registrar los datos o informaciones obtenidas en fichas de investigación, esta técnica nos ha servido para clasificar y sistematizar la información recogida para elaborar el marco teórico de nuestra investigación, a fin de facilitar el análisis de los datos, su cotejo y determinar su importancia e idoneidad para fundamentar nuestras críticas y propuestas.

➤ **Técnicas del análisis documental**

Esta técnica se empleó para realizar un análisis de las resoluciones jurisdiccionales, doctrina jurídico penal sobre la materia y el examen hermenéutico de los diversos textos referidos a las cuestiones analizadas en el proceso de ejecución de la investigación.

2.2.2. Procedimiento

El procedimiento estuvo centrado a los objetivos propuestos en nuestra investigación teórica. Por consiguiente, la técnica de recolección de datos tiene que ver con el delito de odio y su alcance en el colectivo LGTBIQ+.

Asimismo, hemos empleado las técnicas y procedimientos de recolección de datos utilizados y recomendados para esta investigación, que es de análisis dogmático de la ley penal como hemos mencionado líneas arriba, los cuales han sido de fuentes primarias: las entrevistas y cuestionarios. Y con respecto a las fuentes secundarias: las bibliotecas especializadas de derecho penal y documentos bibliográficos sobre la materia investigada, y para ello utilizamos fichas bibliográficas para luego hacer un cotejo y comparación de la información, a efectos de culminar nuestra investigación.

2.2.2.1. Ordenar información

Todo lo recabado se ordenó y seleccionó de acuerdo a los ítems de investigación.

2.2.2.2. Depuración de datos

Una vez ordenado y seleccionado la información obtenida, se procedió a depurar la información intrascendente de los trascendentes y de mayor vinculación con nuestro tema de investigación.

III. RESULTADOS

A pesar de los avances sociales y legales en la lucha contra los delitos de odio cometidos hacia el grupo LGTBIQ+, sigue siendo un problema social complejo, ya que transforma la vida de estas personas, llevándolas en muchos casos a esconderse o cohibirse para protegerse.

En ese sentido, se ha encontrado diversas dificultades para perseguir los delitos de odio y discriminación como la falta de formación de los profesionales que tienen que garantizar la seguridad e impartir justicia, el desconocimiento del número de hechos denunciados, los hechos que suceden y no se denuncian, entre otros (Alises, 2019).

Por lo que, es necesario tipificar el delito de odio en contra del colectivo LGTBIQ+ a efectos de visibilizar una forma cruel de violencia contra las personas que tienen diferentes orientaciones

sexuales, identidades y expresiones de género, siguiendo la línea del legislador con respecto al feminicidio, que también es comprendido como un delito de odio, dado que, se debe garantizar un tratamiento correcto y especializado que prevenga, sancione y erradique idóneamente este tipo de violencia contra este sector social.

Cuando se presenta un caso de violencia en perjuicio del colectivo LGTBIQ+ se debe investigar y en su oportunidad juzgar con el agravante de intolerancia o discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género, que está previsto en el artículo 46° inciso 2 “d” del Código Penal, ya que “(...) estos homicidios pudieron deberse a los prejuicios que los agresores tenían en contra de sus víctimas por cómo lucían, por sus relaciones personales o la manera de llevar su sexualidad (Chávez, 2022).

Actualmente, cuando se realiza el delito de discriminación en contra de los integrantes del grupo LGTBIQ+ de forma directa o mediante terceros, que comprende los actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia que vulneren los derechos de estas personas por motivo de su orientación sexual, identidad o expresión de género se deberá denunciar por el delito de discriminación e incitación a la discriminación previsto en el artículo 323° del Código Penal. Sin embargo, hasta la actualidad son reducidas las sentencias en calidad de cosa juzgada en las que se ha aplicado este tipo penal, por la falta de conocimiento de las conductas que tipifican el delito de discriminación, demoras injustificadas en los procesos judiciales y archivamiento inmotivado.

En suma, como se ha demostrado con la presente investigación es importante contar con lineamientos generales y específicos en algunos casos para que el legislador penal elabore un tipo penal o ley en especial para el tema del delito de odio contra el colectivo LGTBIQ+, de lo contrario seguirían quedando impunes estos delitos y hasta en ocasiones, perjudicando aún más a las víctimas, dado que, “(...) los mecanismos de denuncia no siempre protegen a quienes acuden a

reportar, dejando a numerosas personas en una situación de vulnerabilidad física y emocional” (Organismo Internacional de Juventud para Iberoamérica, 2022).

De otro lado, como se sabe mediante la Ley N° 30506, el Congreso delegó facultades al Poder Ejecutivo para legislar sobre diversos temas, en especial en su artículo 2 en materia de seguridad ciudadana, sin embargo, no estaba facultada para incluir circunstancias agravantes en el artículo 46° del Código Penal en específico bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales como orientación sexual e identidad de género. Por lo que, posteriormente el Congreso al revisar el mencionado decreto legislativo derogó el extremo relacionado al delito de odio contra el colectivo LGTBIQ+ (identidad de género y orientación sexual).

Finalmente, “el miedo y la intimidación que resultan de los delitos por prejuicios y de la incitación al odio impiden a lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT) participar plenamente en la sociedad (...)” (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2009), en razón de ello, es de vital importancia elaborar un tipo penal autónomo sobre los crímenes de odio hacia el colectivo LGTBIQ+, como lo realizan otras legislaciones en el derecho comparado, a fin de proteger los derechos fundamentales de este colectivo.

IV. DISCUSIÓN

La orientación sexual e identidad de género es un derecho que debe ser respetado y amparado legalmente, dado que, “(...) por desgracia aún hoy sigue existiendo el rechazo, odio y desprecio al «diferente» (...). Estas discriminaciones constituyen un delito contra los derechos fundamentales, y no deben tolerarse, ni tampoco quedar impunes (DELTELL ABOGADOS, 2022).

Para empezar, ante los vacíos legislativos que contiene el crimen de odio contra el colectivo LGTBIQ+, se debe tener en cuenta que no se necesita un resultado concreto, ya que en muchos

casos puede quedar en tentativa, originando de igual forma un daño psicológico grave. El legislador penal debe tomar en cuenta las distintas modalidades típicas de este delito, que pueden ser desde descalificativos, insultos o burlas a la dignidad de las personas mediante actos humillantes y de menosprecio hasta golpizas, violaciones, castigos físicos y consecuente muerte. Después del diagnóstico en el que se encontró al colectivo LGTBIQ+ con respecto a los actos de violencia física y psicológica que han sido víctimas, se sugiere formular un tipo penal en específico del delito de odio contra el colectivo LGTBIQ+ a efectos de que el Estado pase a ser el garante que proteja la vida de los integrantes de este colectivo, asegurando sus derechos sociales y humanos de forma plena, ante el problema estructural de falta de justicia que involucra al Estado. Asimismo, se debe estudiar las leyes penales en relación con los delitos de odio y discriminación con el objetivo de que la formulación de la ley del delito de odio contra el colectivo LGTBIQ+ no colisione con otras regulaciones jurídicas.

Es una responsabilidad del estado generar políticas públicas que incidan en la mejora de la vida de sus sociedades, y en este caso particular, apoyar la creación de observatorios, informes, y material pertinente para conocer el verdadero alcance de estas violencias y plantear medidas urgentes desde ese conocimiento (Organismo Internacional de Juventud para Iberoamérica, 2022).

Actualmente, cuando se ejecuta un crimen de odio contra una lesbiana, gay, trans, intersexual, queer u otros se recurre ante el agravante basado en el móvil de intolerancia o discriminación por orientación sexual e identidad de género que tipifica el artículo 46° inciso 2 letra “d” del Código Penal, de igual forma, también se recurre a la aplicación del artículo 323° del Código Penal que se titula “discriminación e incitación a la discriminación”; tipos penales que distorsionan la verdadera intención del agente infractor, toda vez que, estos atentan contra la dignidad, la integridad física

y/o psicológica, así como la vida de este colectivo, que están relacionados a delitos de homicidio, lesiones, delitos contra el honor, entre otros.

Por lo que, es relevante establecer lineamientos que orienten al legislador penal cuando elabore leyes con respecto a los crímenes de odio contra el grupo LGTBIQ+, dado que, de esta forma, estas personas se van a encontrar en una situación menos riesgosa, además, de que se cautelaran sus derechos y bienes jurídicos de forma eficiente. “Con ello damos un paso más hacia la igualdad y respeto cuanto al género, sexo orientación e identidad sexual (DELTELL ABOGADOS, 2022). Por último, como dice Herrera (2022) la flagrante vulneración de estos aspectos nucleares del principio de legalidad penal se vinculan 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”.

V. CONCLUSIONES

- El colectivo LGTBIQ+ se encuentra en una situación vulnerable y crítica en la sociedad, debido a los prejuicios, discriminación y persecución del que son víctimas por razones de su orientación sexual e identidad de género, que generan la obstrucción en el normal y pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, por lo que, son muy susceptibles a sufrir agresiones físicas y psicológicas, que muchas veces termina con la muerte de la persona.
- No existen normas sustantivas y adjetivas en nuestro sistema de justicia para hacer frente y proteger al colectivo LGTBIQ+, es decir, no se han adoptado medidas de prevención y protección a efectos de atender este problema.
- El Poder Legislativo a través de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos debe elaborar un Proyecto de Ley sobre crímenes de odio contra el grupo LGTBIQ+ para que sea

debatido en el Pleno del Congreso y se emita una ley sobre este problema, como se realizó en su oportunidad con el delito de feminicidio, que también es un crimen de odio.

VI. RECOMENDACIONES

- Se recomienda realizar una ley ferenda en el tema de delitos de odio contra el colectivo LGTBIQ+ ante la ausencia de un marco normativo concreto, para preservar los derechos fundamentales de las lesbianas, gays, trans, bisexuales, intersexuales, queers y otras, previstos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados internacionales.
- Se recomienda implementar un protocolo para regular los procesos penales en los casos de crimen de odio contra el colectivo LGTBIQ+ a efectos de contar con pautas generales y específicas que dirijan el actuar de los operadores de justicia de acuerdo a las características del caso en concreto, garantizando los derechos fundamentales de las personas que integran este colectivo.
- Se recomienda organizar campañas y/o programas de capacitación preventivos sobre los delitos de odio cometidos en contra del colectivo LGTBIQ+, para los integrantes de la sociedad, esto es, trabajadores, servidores, funcionarios públicos, Policía Nacional, entre otros, con la finalidad de concientizar sobre el impacto que tiene estos crímenes en la vida de los afectados y la Sociedad.
- Se recomienda que la Organización de Estados Americanos - OEA, como institución que tiene por objetivo afianzar la seguridad y paz de los países que son parte, adopten medidas

integrales a efectos de prevenir, investigar, sancionar y reparar los actos de violencia cometidos contra personas LGTBIQ+.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (2009). Incitación al odio y delitos por odio contra personas LGBT. *Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, 1-2.

ALDARTE. (2018). *Estrategias para hacer frente a los delitos de odio por orientación sexual e identidad de género, una mirada global*. Bilbao: Creative commons.

Alises, C. (2019). *Guía de Delitos de Odio LGTBI*. Andalucía: Junta de Andalucía.

Álvarez, J. (2018). Crímenes de odio contra las disidencias sexuales: concepto, orígenes, marco jurídico nacional e internacional. *Revista Jurídica de Palermo*, 69 - 97.

Cabezas, A. (2013). De cuerpos abyectos y violencias de género contra las personas LGTBIQ. *Política y Sociedad*, 763 - 770.

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. (2013). *Diagnóstico sobre los crímenes de odio motivados por la orientación sexual e identidad de género: Costa Rica, Honduras y Nicaragua*. Obtenido de <https://cejil.org/es/diagnostico-crimenes-odio-motivados-orientacion-sexual-e-identidad-generocosta-rica-honduras-y>

Chávez, R. (27 de noviembre de 2022). *Ojo Público*. Obtenido de Ojo Público: <https://ojo-publico.com/3421/crimenes-de-personas-lgtbi-sin-justicia-en-peru>

Congreso de la República. (1991). *Código Penal Peruano*. Lima: Diario Oficial El Peruano.

Cubas, U. (2018). *Crecer siendo diferente*. Lima: Promsex.

De Grazia, M. (2020). *Crímenes de odio contra personas LGBTI de América Latina y el Caribe*. Buenos Aires: ILGALAC.

De Vicente, R. (2018). *El discurso del odio. Análisis del artículo 510° del Código Penal*. Valencia: Tirant lo blanch.

DELTELL ABOGADOS. (27 de noviembre de 2022). *DELTELL ABOGADOS*. Obtenido de DELTELL ABOGADOS: <https://abogadocivilpenal.com/delito-lgtbifobia-y-odio-homosexualidad/>

ERTZAINZA. (05 de 08 de 2022). *ERTZAINZA*. Obtenido de ERTZAINZA: <https://www.ertzaintza.euskadi.eus/lfr/web/ertzaintza/que-es-un-delito-de-odio>

Guerrero, G. &. (2009). *Crímenes o delitos de odio y el por qué de su necesaria inclusión en la tipificación de nuestra legislación*. Venezuela: Insurrectas y Punto.

Herrera, M. (27 de noviembre de 2022). *LP Pasión por el Derecho*. Obtenido de LP Pasión por el Derecho: <https://lpderecho.pe/legitima-la-modificacion-al-delito-discriminacion-art-323-del-codigo-penal-mediante-d-l-1323/>

Observatorio Nacional de Crímenes de Odio LGBT, Defensoría LGBT y Federación Argentina LGBT. (2015). *Observatorio nacional de crímenes de odio LGBT -motivados por discriminación por orientación sexual, expresión e identidad de género-*. Buenos Aires.

Organismo Internacional de Juventud para Iberoamérica. (27 de noviembre de 2022). *oij*. Obtenido de oij: <https://oij.org/lo-que-las-cifran-dicen-y-lo-que-esconden-violencias-contras-las-personas-lgtbiq-en-la-region-iberoamericana/>

Palella, S. y. (2012). *Metodología de la Investigación Cuantitativa*. Caracas, Venezuela: La Editorial Pedagógica de Venezuela.

Victim Connect Resource Center. (05 de 08 de 2022). *Victim Connect Resource Center*. Obtenido de Victim Connect Resource Center: <https://victimconnect.org/tipos-de-delitos/crimenes-de-odio/>