

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



UPLA
UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

TESIS

**LAS CONDUCTAS DEL DELITO DE DISCRIMINACIÓN Y
LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL SISTEMA DE
JUSTICIA DEL ESTADO PERUANO**

- Para optar : El título profesional de abogada
- Autores : Bach. Huaman Martel Katty Elizabeth
: Bach. Zarate Livia Maria Victoria
- Asesor : Abg. Garcia De La Cruz Ruben Walter
- Línea de investigación institucional : Desarrollo humano y derechos
- Área de investigación institucional : Ciencias sociales
- Fecha de inicio y de culminación : 07-02-2022 a 28-11-2023

HUANCAYO – PERÚ
2023

HOJA DE JURADOS REVISORES

DR. POMA LAGOS LUIS ALBERTO

Decano de la Facultad de Derecho

MTRO. CALDERON VILLEGAS LUIS ALFREDO

Docente Revisor Titular 1

ABG. SANTIVÁÑEZ CALDERON KATYA LUZ

Docente Revisor Titular 2

MG. VIVANCO VASQUEZ HECTOR ARTURO

Docente Revisor Titular 3

MG. CAJAHUANCA QUISPE RUTH DENISSE

Docente Revisor Suplente

DEDICATORIA

“A nuestros familiares que nos apoyaron en alcanzar nuestros objetivos”.

AGRADECIMIENTO

“A la Universidad Peruana Los Andes y a los docentes de la Facultad de Derecho, por habernos orientado en nuestra formación académica”.

CONSTANCIA DE SIMILITUD



UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
DIRECCIÓN DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN



CONSTANCIA DE SIMILITUD

El Director de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Deja Constancia:

Que, se ha revisado el archivo digital de la Tesis, del Bachiller **HUAMAN MARTEL KATTY ELIZABETH**, cuyo título del Trabajo de Investigación es: **"LAS CONDUCTAS DEL DELITO DE DISCRIMINACIÓN Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA DEL ESTADO PERUANO."**, a través del **SOFTWARE TURNITIN** obteniendo el **porcentaje de 11 %** de similitud.

Se otorga la presente constancia a solicitud del interesado, para los fines convenientes.

Huancayo, 06 de diciembre del 2022.

DR. OSCAR LUCIO NINAMANGO SOLIS
DIRECTOR DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CC.PP.



UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
DIRECCIÓN DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN



CONSTANCIA DE SIMILITUD

El Director de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Deja Constancia:

Que, se ha revisado el archivo digital de la Tesis, del Bachiller ZARATE LIVIA MARIA VICTORIA, cuyo título del Trabajo de Investigación es: "LAS CONDUCTAS DEL DELITO DE DISCRIMINACIÓN Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA DEL ESTADO PERUANO.", a través del SOFTWARE TURNITIN obteniendo el porcentaje de 11 % de similitud.

Se otorga la presente constancia a solicitud del interesado, para los fines convenientes.

Huancayo, 06 de diciembre del 2022.

DR. OSCAR LUCIO NINAMANGO SOLIS
DIRECTOR DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CC.PP.

CONTENIDO

| | |
|----------------------------------|------|
| HOJA DE REVISORES DOCENTES | ii |
| DEDICATORIA | iii |
| AGRADECIMIENTO | iv |
| CONSTANCIA DE SIMILITUD | v |
| CONTENIDO | vii |
| RESUMEN | xii |
| ABSTRACT..... | xiii |
| INTRODUCCIÓN | xiv |

CAPÍTULO I

DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

| | |
|--|----|
| 1.1. Descripción de la realidad problemática | 17 |
| 1.2. Delimitación del problema..... | 20 |
| 1.2.1. Delimitación espacial. | 20 |
| 1.2.2. Delimitación temporal. | 20 |
| 1.2.3. Delimitación conceptual. | 20 |
| 1.3. Formulación del problema | 21 |
| 1.3.1. Problema general. | 21 |
| 1.3.2. Problemas específicos. | 21 |
| 1.4. Justificación de la investigación | 21 |
| 1.4.1. Justificación Social. | 21 |
| 1.4.2. Justificación Teórica..... | 21 |
| 1.4.3. Justificación Metodológica..... | 22 |
| 1.5. Objetivos de la Investigación..... | 22 |
| 1.5.1. Objetivo General. | 22 |
| 1.5.2. Objetivos Específicos. | 23 |
| 1.6. Supuestos de la investigación | 23 |
| 1.6.1. Supuesto General. | 23 |
| 1.6.2. Supuestos Específicos. | 23 |
| 1.6.3. Operacionalización de Categorías. | 24 |
| 1.7. Propósito de la investigación | 25 |
| 1.8. Importancia de la investigación | 25 |
| 1.9. Limitaciones de la investigación..... | 26 |

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

| | |
|---|----|
| 2.1. Antecedentes de la investigación | 27 |
| 2.1.1. Nacionales. | 27 |
| 2.1.2. Internacionales..... | 32 |
| 2.2. Bases teóricas de la investigación..... | 39 |
| 2.2.1. Delito de discriminación..... | 39 |
| 2.2.1.1. <i>Concepto del delito de discriminación</i> | 40 |
| 2.2.1.2. <i>La igualdad y el delito de discriminación</i> | 42 |
| 2.2.1.3. <i>Naturaleza delictiva de los actos discriminatorios</i> | 44 |
| 2.2.1.4. <i>Formas de discriminación</i> | 45 |
| 2.2.1.5. <i>Clases de discriminación</i> | 48 |
| 2.2.1.6. <i>Los bienes jurídicos del delito de discriminación</i> | 49 |
| 2.2.1.6.1. <i>Conducta típica y la culpabilidad</i> | 50 |
| 2.2.1.7. <i>Los criterios de termino de comparación de discriminación</i> | 51 |
| 2.2.1.8. <i>Elementos del tipo penal del artículo 323 del Código Penal</i> | 52 |
| 2.2.1.9. <i>La ponderación: El test de la igualdad</i> | 55 |
| 2.2.1.10. <i>La discriminación a la inversa</i> | 58 |
| 2.2.1.11. <i>La tipificación del delito de discriminación en el Código Procesal peruano</i> | 60 |
| 2.2.1.12. <i>Tipicidad objetiva del delito de discriminación</i> | 62 |
| 2.2.1.13. <i>Formas de imperfecta ejecución del delito de discriminación</i> | 63 |
| 2.2.1.14. <i>Las circunstancias de agravación incluidas por la Ley N° 300096</i> | 64 |
| 2.2.1.15. <i>Comentarios a la Ley N° 30171</i> | 66 |
| 2.2.1.16. <i>El delito de discriminación en el derecho comparado</i> | 67 |
| 2.2.1.16.1. <i>Código Penal de España</i> | 67 |
| 2.2.1.16.2. <i>Código Penal de Francia</i> | 68 |
| 2.2.1.16.3. <i>Código Penal de Argentina</i> | 69 |
| 2.2.1.16.4. <i>Código Penal de México</i> | 69 |
| 2.2.2. Argumentación jurídica..... | 70 |
| 2.2.2.1. <i>Razonamiento jurídico</i> | 70 |
| 2.2.2.2. <i>Interpretación jurídica</i> | 72 |
| 2.2.2.3. <i>Los métodos de interpretación jurídica</i> | 72 |
| 2.2.2.4. <i>Clases de métodos de interpretación</i> | 72 |
| 2.2.2.4.1. <i>Método gramatical o literal</i> | 73 |
| 2.2.2.4.2. <i>Método lógico-sistemático</i> | 74 |
| 2.2.2.4.3. <i>Método histórico</i> | 74 |

| | |
|---|----|
| 2.2.2.4.4. Método teleológico o funcional. | 75 |
| 2.2.2.5. Definición de la argumentación. | 75 |
| 2.2.2.5.1. El punto de partida de la argumentación. | 76 |
| 2.2.2.5.1.1. Los componentes de la argumentación. | 77 |
| 2.2.2.5.1.2. Premisas. | 77 |
| 2.2.2.5.1.3. Premisa mayor. | 77 |
| 2.2.2.5.1.4. Premisa menor. | 78 |
| 2.2.2.5.2. Inferencia. | 78 |
| 2.2.2.5.2.1. En cascada. | 78 |
| 2.2.2.5.2.2. En paralelo. | 78 |
| 2.2.2.5.2.3. Dual. | 79 |
| 2.2.2.5.3. Conclusión. | 79 |
| 2.2.2.6. Los presupuestos de la argumentación. | 79 |
| 2.2.2.7. Principios de la argumentación. | 80 |
| 2.2.2.7.1. Principio de no – contradicción. | 80 |
| 2.2.2.7.2. Principio del tercio excluido. | 81 |
| 2.2.2.7.3. Principio de razón suficiente. | 81 |
| 2.2.2.8. Las reglas en los argumentos. | 81 |
| 2.2.2.8.1. Primera regla. | 82 |
| 2.2.2.8.2. Segunda regla. | 82 |
| 2.2.2.8.3. Tercera regla. | 82 |
| 2.2.2.8.4. Cuarta regla. | 83 |
| 2.2.2.8.5. Quinta regla. | 83 |
| 2.2.2.8.6. Sexta regla. | 84 |
| 2.2.2.8.7. Séptima regla. | 84 |
| 2.2.2.8.8. Octava regla. | 84 |
| 2.2.2.9. Estructura de la argumentación. | 85 |
| 2.2.2.9.1. Tesis. | 85 |
| 2.2.2.9.2. Fin. | 85 |
| 2.2.2.9.3. Causa. | 85 |
| 2.2.2.9.4. Fundamentación. | 86 |
| 2.2.2.9.5. Conclusión. | 86 |
| 2.2.2.10. Importancia y finalidad de la argumentación. | 86 |
| 2.2.2.11. Motivación de las resoluciones judiciales. | 87 |
| 2.2.2.11.1. Definición. | 87 |
| 2.2.2.11.2. Funciones de la motivación. | 87 |

| | |
|--|----|
| 2.2.2.11.3. <i>Requisitos básicos de la motivación.</i> | 88 |
| 2.2.2.11.3.1. <i>La motivación como justificación interna.</i> | 88 |
| 2.2.2.11.3.2. <i>La motivación como justificación externa.</i> | 89 |
| 2.2.2.11.3.3. <i>La congruencia en la motivación.</i> | 89 |
| 2.2.2.11.3.4. <i>Integridad en la motivación.</i> | 89 |
| 2.2.2.11.3.5. <i>Suficiencia en la motivación.</i> | 89 |
| 2.2.2.11.3.6. <i>Errores en la motivación.</i> | 90 |
| 2.2.2.11.3.7. <i>Falta de motivación.</i> | 90 |
| 2.2.2.11.3.7.1. <i>Motivación aparente.</i> | 91 |
| 2.2.3. Marco conceptual. | 92 |

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

| | |
|--|-----|
| 3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica..... | 95 |
| 3.2. Metodología..... | 97 |
| 3.3. Diseño metodológico | 101 |
| 3.3.1. Trayectoria del estudio. | 101 |
| 3.3.2. Escenario de estudio. | 102 |
| 3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos..... | 102 |
| 3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos. | 102 |
| 3.3.4.1. <i>Técnicas de recolección de datos.</i> | 102 |
| 3.3.4.2. Instrumentos de recolección de datos. | 103 |
| 3.3.5. Tratamiento de la información. | 104 |
| 3.3.6. Rigor científico. | 105 |
| 3.3.7. Consideraciones éticas..... | 106 |

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

| | |
|--|-----|
| 4.1. Descripción de los resultados..... | 107 |
| 4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del primer objetivo específico. | 107 |
| 4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del segundo objetivo específico..... | 110 |
| 4.2. Contrastación de los supuestos | 115 |
| 4.2.1. Contrastación del primer supuesto específico. | 115 |
| 4.2.2. Contrastación del segundo supuesto específico. | 117 |
| 4.3. Discusión de los resultados..... | 121 |
| 4.4. Propuesta de mejora..... | 126 |
| 4.4.1. PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN | 128 |

| | |
|---|------------|
| CONCLUSIONES | 132 |
| RECOMENDACIONES | 133 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 134 |
| ANEXOS..... | 139 |
| Anexo 1: Matriz de consistencia | 140 |
| Anexo 2: Matriz de Operacionalización de categorías | 141 |
| Anexo 3: Matriz de Operacionalización del instrumento (Sólo para el enfoque cualitativo empírico)..... | 141 |
| Anexo 4: Instrumento de recolección de datos | 141 |
| Anexo 5 hasta el 10: (Sólo para el enfoque cualitativo empírico) | 142 |
| Anexo 11: Declaración de autoría..... | 143 |

RESUMEN

La presente investigación tiene como **problema general** ¿De qué manera las conductas del delito de discriminación influyen en la argumentación jurídica del sistema de justicia del Estado peruano?, tema que se plantea debido a que las conductas establecidas en el delito de discriminación en el artículo 323 del Código Penal no se encuentran en concordancia con la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios y los elementos del tipo penal, por ello es que se ha planteado como **objetivo general**: Determinar de qué manera las conductas del delito de discriminación influyen en la argumentación jurídica del sistema de justicia del Estado peruano, por consiguiente se ha formulado el **supuesto general** de la siguiente manera: Las conductas del delito de discriminación influyen negativamente en la argumentación jurídica del sistema de justicia del Estado peruano; en ese orden de ideas, se aplicará el enfoque metodológico de la investigación a través de una investigación cualitativa teórico y en la metodología paradigmática, la investigación teórica jurídica con tipología de corte propositivo, mediante un diseño del método paradigmático, en el que se aplicará la interpretación exegética, a fin de analizar el artículo 323 del Código Penal; del mismo modo, para el procesamiento y análisis de datos se aplicará la hermenéutica jurídica y procesar dichos datos mediante la técnica del fichaje, con lo que se logrará fundamentar si las conductas del delito de discriminación afectan la argumentación jurídica de nuestro sistema de justicia, por el hecho de haberse incluido en el artículo 323 del Código Penal a la “orientación sexual” y a “la identidad de género”, los mismos que no están reconocidos constitucionalmente y que han sido incorporados mediante el Decreto Legislativo N° 1323 del 2017, que es de menor jerarquía que la Constitución.

Palabras Claves: Delito de discriminación, argumentación jurídica, conductas del delito de discriminación, actos discriminatorios, hermenéutica jurídica, igualdad, diversidad cultural.

ABSTRACT

The present investigation has as a general problem: How do the behaviors of the crime of discrimination influence the legal argumentation of the justice system of the Peruvian State?, an issue that arises because the behaviors established in the crime of discrimination in article 323 of the Criminal Code are not in accordance with the criminal nature of discriminatory acts and the elements of the criminal type, which is why it has been proposed as a general objective: To determine how the behaviors of the crime of discrimination influence the legal argumentation of the system of justice of the Peruvian State, therefore the general assumption has been formulated as follows: The behaviors of the crime of discrimination negatively influence the legal argumentation of the justice system of the Peruvian State; In that order of ideas, the methodological approach of the investigation will be applied through a theoretical qualitative investigation and in the paradigmatic methodology, the legal theoretical investigation with a propositional typology, through a design of the paradigmatic method, in which the exegetical interpretation, in order to analyze article 323 of the Penal Code; In the same way, for the processing and analysis of data, legal hermeneutics will be applied and said data will be processed through the signing technique, with which it will be possible to substantiate whether the conduct of the crime of discrimination affects the legal argumentation of our justice system, for the fact that “sexual orientation” and “gender identity” have been included in article 323 of the Penal Code, which are not constitutionally recognized and have been incorporated by Legislative Decree No. 1323 of 2017, which is of lower hierarchy than the Constitution.

Keywords: Crime of discrimination, legal reasoning, conduct of the crime of discrimination, discriminatory acts, legal hermeneutics, equality, cultural diversity.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación intitulada “Las conductas del delito de discriminación y la argumentación jurídica en el sistema de justicia del Estado peruano”, tuvo como propósito analizar de forma exegética el “artículo 323 del Código Penal”, a fin de determinar si las conductas señaladas como actos discriminatorios mantienen la debida concordancia con la naturaleza jurídica que desarrollan los actos discriminatorios y a su vez si mantienen conexión con los elementos del tipo penal.

El “artículo 323 del Código Penal” referido a la discriminación e incitación a la discriminación, prescribe conductas que no tienen concordancia con la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios y los elementos del tipo penal, al haberse incorporado como “actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia que anulan o menoscaban el reconocimiento de la identidad de género”, la misma que no se encuentra bajo la tutela de la Constitución vigente, y en ese sentido existe una contradicción con el mismo artículo, ya que “el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona, debe ser reconocido en la Constitución o en los Tratados de Derechos Humanos, de los cuales el Perú es parte”, es decir, en el propio artículo 323 antes indicado se regula una conducta que no se encuentra constitucionalmente amparada a pesar que el propio artículo indica que no se debe realizar actos discriminatorios de personas reconocidas en la Constitución, y al no estar reconocida la identidad de género; entonces, el artículo antes indicado es contradictorio en su texto, alcance y sentido.

También se debe mencionar que el indicado artículo, genera problemas interpretativos al momento que los funcionarios públicos del sistema de justicia llevan a cabo, debido a que se ha omitido el término “en condiciones de igualdad” o “alterar la igualdad”, término que precisa con mayor detalle que los supuestos de discriminación deben mantener esa condición

de igualdad, respaldado en la Constitución, es por ello, que la doctrina exige que debe existir correspondencia entre: “a) la penalidad sobre los comportamientos que configuran el delito de discriminación y b) con las pautas de un derecho penal democrático”; en ese contexto, la legislación penal, debe tutelar de forma exclusiva los bienes jurídicos que mantengan un reconocimiento en la Constitución y legitimidad material.

En razón a lo anteriormente expuesto se generan problemas en la determinación de la efectividad de la discriminación, debido al diseño propio de tipo penal, incorporado mediante la “ley N° 28867 del 2006 y de la última modificación a través del Decreto Legislativo N° 1323 de enero del 2017” que amplían conductas típicas que solo tienen una finalidad pedagógica y de ética-social, y lo peor de incorporar un derecho no reconocido constitucionalmente, por lo que el artículo 323 del Código Penal debe ser objeto de modificación.

En el Capítulo I, dedicado a la determinación del problema, se desarrolla la “descripción de la realidad problemática; la delimitación y formulación del problema; la justificación, objetivos y supuestos de la investigación”; asimismo, el propósito, importancia y limitaciones de la investigación.

En el Capítulo II, referido al marco teórico, se desarrollan los “antecedentes y bases teóricas de la investigación y el marco conceptual”, en el que se consideró a los trabajos de investigación de las tesis que se presentaron en las universidades nacionales e internacionales, que mantienen relación con nuestro trabajo de investigación; asimismo, se analizaron los temas y subtemas de las categorías de la presente investigación, con la aplicación de la hermenéutica jurídica, y finalmente se conceptualizó los principales conceptos que orientan a las categorías de las conductas del delito de discriminación y la argumentación jurídica.

En el Capítulo III, denominado metodología, se desarrolla el “enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica; la metodología y el diseño metodológico”, mediante el cual se precisó que el presente trabajo de investigación es de un enfoque cualitativo teórico, mediante

una investigación teórico jurídica con tipología de corte propositivo, a través de una interpretación exegética del artículo 323 del Código Penal, cuyo análisis nos permitió desarrollar el Capítulo IV.

En el Capítulo IV referido a los resultados, se analizó y desarrolló la “descripción de los resultados, contrastación de los supuestos, discusión de resultados y propuesta de mejora”, cuyo análisis y argumentos nos permitieron arribar a las conclusiones y recomendaciones, producto de la presente investigación, cumpliendo con las referencias bibliográficas, los anexos y sus respectivas matrices, instrumentos y documentos.

Esperamos que el presente trabajo de investigación, brinde el alcance académico y comprensión del problema planteado, para posteriores investigaciones jurídicas.

Capítulo I: Determinación del problema

1.1. Descripción de la realidad problemática

El propósito del presente proyecto de investigación es analizar porque las conductas establecidas en el delito de discriminación en el Código Penal no se encuentran en concordancia con la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios y los elementos del tipo penal, debido a que en el artículo 323 del Código Penal, no se encuentra idóneamente establecida la determinación de las conductas que implican discriminación; primero, al haberse incluido la identidad de género que no se encuentra amparado constitucionalmente y segundo, al haberse omitido el término “en condiciones de igualdad” o su similar “alterar la igualdad”, por lo que, surgen graves falencias interpretativas que realizan los funcionarios públicos que forman el sistema de justicia, en ese sentido, es necesario precisar que la doctrina considera que debe existir correspondencia entre: “a) la penalidad sobre los comportamientos que configuran el delito de discriminación y b) con las pautas de un derecho penal democrático; es por ello, que el ordenamiento penal de un Estado, debe cautelar exclusivamente los bienes jurídicos que tengan un reconocimiento constitucional y un plano de legitimidad material”.

Durante las últimas décadas ha surgido una serie de problemas para determinar la efectividad del delito de discriminación, comenzando por el propio diseño del tipo penal, complicación que se inició con la “Ley N° 28867 promulgada el 08 de agosto del 2006” que amplió la comprensión de las conductas típicas, que los críticos consideran solo como una finalidad pedagógica y de ética-social, al que se debe aunar como dificultad, la última modificación realizada por el Poder Ejecutivo mediante el “Decreto Legislativo N° 1323 publicado el 06 de enero del 2017”, que también es objeto de críticas.

Esta última modificación llevada a cabo por el Poder Ejecutivo tuvo como finalidad el fortalecimiento de la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género, definiendo la conducta de discriminación a través de tres elementos: conducta, motivo del acto

y resultado; sin embargo, en dicha modificación se incorpora la identidad de género, que actualmente no se encuentra amparada como un derecho en nuestra Constitución Política, por lo que dicha modificación no guarda correspondencia con las pautas de un derecho penal democrático, estimando que la modificación solo tiene fines promocionales ético-sociales que en realidad no otorgan un mínimo de eficacia, considerando que solo es una expresión decorativa de la legislación.

En ese sentido, lo prescrito actualmente en el artículo 323 del Código Penal, no cumple con la doctrina filosófica de un derecho penal democrático, que busca proteger la igualdad que la considera como un principio con un rango de carácter constitucional dentro del ordenamiento normativo de un Estado democrático moderno, en este caso, se debe entender a la igualdad como la conformidad de una cosa con otra, en naturaleza, calidad o cantidad de las que se desprende diversas consecuencias jurídicas.

La igualdad no debe ser entendida como una uniformidad, por eso el ordenamiento normativo no puede incorporar diferencias sociales, culturales y étnicas, ya que puede en un determinado momento obligar o someter costumbres o sacrificar o restar prácticas que son diversas culturalmente, en ese sentido, la verdadera igualdad consiste en tratar desigualmente a los desiguales, de lo contrario si se obliga una sola diversidad se estaría generando un acto discriminatorio con aquellas comunidades indígenas que tienen su propia tradición, costumbre y cultura.

Al respecto, la Convención de la UNESCO, referida a la lucha contra la discriminación prescribe: “A efectos de la presente Convención se entiende por discriminación, toda distinción, exclusión, limitación o preferencia (...), que tenga por finalidad destruir o alterar la igualdad de trato (...)”.

Asimismo, el Comité de Derechos Humanos define la discriminación: “Si bien esas convenciones se refieren solo a un tipo específico de discriminación, el Comité considera que

el término discriminación, tal como se emplea en el pacto, debe entenderse (...), y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, (...)”.

En ese sentido, los presupuestos y los elementos del tipo penal del artículo 323 del Código Penal no guardan correspondencia ni con los Tratados Internacionales, ni con los dictados de un Derecho Penal democrático, ya que dicho artículo no incorpora el término “en condiciones de igualdad” o “alterar la igualdad”, y eso es lo que se debe entender en los delitos de discriminación, porque este busca proteger la igualdad como un principio constitucional, por lo que, debido a lo antes indicado existen graves falencias interpretativas que realizan los funcionarios públicos que forman el sistema de justicia, por el hecho de que nuestra legislación penal en el delito de discriminación tiene como falencia un diseño normativo tanto en los presupuestos de la naturaleza delictiva como en los elementos del tipo penal que influyen en la argumentación jurídica de los operadores jurídicos del sistema de justicia del Estado peruano, por lo que se genera una alta desconfianza en la sociedad de que sus denuncias prosperen y que se deje un amplio margen de impunidad para los agresores, por lo que, es necesario modificar el diseño normativo del delito de discriminación, a fin de que no perjudique las capacidades en la interpretación de los funcionarios públicos, los mismos que deben ser capacitados, para una mejor interpretación del mencionado delito.

Lo manifestado anteriormente, surge con la investigación que realizó la Defensoría del Pueblo concluyendo con el informe N° 005-2009-DP/ADHPD, señalando que, en la actuación del Estado frente al delito de discriminación, existen dos problemas: “a) los denunciante no tienen claridad sobre los comportamientos que configuran el delito y b) que la actuación de los fiscales resulta más grave, porque tienen falencias al determinar si el comportamiento denunciado se ajusta al tipo penal”. En lo referente al primer problema, las personas y sus abogados denuncian por discriminación en forma equivocada a los funcionarios públicos por

haberlos conducido a la comisaría o impuesto una papeleta, y, en el segundo caso porque los fiscales en repetidas ocasiones declaran improcedentes las denuncias por presunta discriminación, porque desconocen la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios y lo peor que en sus resoluciones fiscales se ha observado la falta de motivación.

Por estas razones, los problemas detectados en nuestra legislación penal sobre el delito de discriminación, deben ser analizadas a fin de darle solución mediante la presente investigación.

1.2. Delimitación del problema

1.2.1. Delimitación espacial.

El presente proyecto de investigación, presenta como delimitación espacial al ordenamiento jurídico del Estado peruano, en lo correspondiente a la legislación penal en materia de discriminación, específicamente en el artículo 323 del Código Penal.

1.2.2. Delimitación temporal.

El presente trabajo de investigación se llevó a cabo durante el año 2022 mientras se encontraban vigentes las disposiciones normativas sobre la discriminación y fundamentalmente el artículo 323 del Código Penal, así como la vigencia de la Constitución Política del Perú que mantiene en vigor los derechos fundamentales sobre el derecho a la igualdad que debe mantener concordancia con el delito de la discriminación.

1.2.3. Delimitación conceptual.

La delimitación conceptual del presente trabajo de investigación, se encuentra en la categoría delito de discriminación y la categoría argumentación jurídica, de las cuales se derivan los temas y subtemas a través de los conceptos jurídicos, como la naturaleza delictiva de actos discriminatorios, elementos del tipo penal del delito de discriminación, razonamiento lógico jurídico, interpretación jurídica y otros conceptos.

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema general.

- ¿De qué manera las conductas del delito de discriminación influyen en la argumentación jurídica del sistema de justicia del Estado peruano?

1.3.2. Problemas específicos.

- ¿De qué manera los presupuestos de la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios influyen en el razonamiento lógico jurídico de los magistrados en el Estado peruano?
- ¿De qué manera los elementos del tipo penal del artículo 323 del Código penal influye en la interpretación jurídica de los magistrados en el Estado peruano?

1.4. Justificación de la investigación

1.4.1. Justificación Social.

El presente trabajo de investigación brinda beneficio a la sociedad, ya que al modificar el diseño normativo del tipo penal del delito de discriminación se podrá determinar de forma adecuada las conductas que implican el determinado delito, de manera que, las personas que son objeto de actos discriminatorios, podrán denunciar por intermedio de sus abogados las conductas que realmente involucran discriminación, del mismo modo, las capacidades interpretativas de los funcionarios públicos que conforman el sistema de justicia lograrán generar confianza y seguridad jurídica de los ciudadanos en el sentido de que prosperen sus denuncias y se respete el margen de impunidad de los agresores sancionando debidamente el delito de discriminación, con lo que se consolidará una cultura de denuncia y cero de tolerancia a todo acto de discriminación que ocurre en nuestro país.

1.4.2. Justificación Teórica.

El presente trabajo de investigación, ofrece aporte a la doctrina del ámbito penal sobre el delito de discriminación y al ámbito de la argumentación jurídica en el sistema de justicia de

nuestro país, a fin de mejorar el diseño normativo del tipo penal, debido a que en el artículo 323 del Código Penal no se encuentra adecuadamente la determinación de las conductas que implican discriminación, al haberse incluido la identidad de género que no se encuentra amparado constitucionalmente y al tener omisión sobre el término “en condiciones de igualdad” o “alterar la igualdad”, por lo que, debido a lo antes indicado existen graves falencias interpretativas que realizan los funcionarios públicos que forman el sistema de justicia; en ese sentido, se formuló los correctivos para superar la problemática encontrada a fin de brindar el aporte teórico pertinente.

1.4.3. Justificación Metodológica.

El presente trabajo de investigación, al ser de un enfoque cualitativo teórico, con una metodología paradigmática de la investigación teórico jurídica con tipología de corte propositivo, con un diseño de método paradigmático en el que se aplicó la interpretación exegética en el análisis del artículo 323 del Código Penal, nos permitió interpretar de forma adecuada la determinación de las conductas del delito de discriminación, las mismas que no se encuentran en correspondencia con los dictados de un derecho penal democrático ni los elementos del tipo penal correcto, en ese sentido, se lograron cumplir los objetivos de la investigación en el que se desarrolló los resultados, la contrastación de los supuestos y discusión de resultados, en el que se aplicó la argumentación jurídica, el análisis documental como técnica de investigación, con el que se logró argumentar de forma razonada cada uno de los temas antes indicados, y que podrán servir en adelante a otras investigaciones de la misma naturaleza.

1.5. Objetivos de la Investigación

1.5.1. Objetivo General.

- Determinar de qué manera las conductas del delito de discriminación influyen en la argumentación jurídica del sistema de justicia del Estado peruano.

1.5.2. Objetivos Específicos.

- Determinar de qué manera los presupuestos de la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios influyen en el razonamiento lógico jurídico de los magistrados en el Estado peruano.
- Determinar de qué manera los elementos del tipo penal del artículo 323 del Código Penal incluye en la interpretación jurídica de los magistrados en el Estado peruano.

1.6. Supuestos de la investigación

1.6.1. Supuesto General.

- Las conductas del delito de discriminación influyen negativamente en la argumentación jurídica del sistema de justicia del Estado peruano.

1.6.2. Supuestos Específicos.

- Los presupuestos de la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios influyen negativamente en el razonamiento lógico jurídico de los magistrados en el Estado peruano.
- Los elementos del tipo penal del artículo 323 del Código Penal influyen negativamente en la interpretación jurídica de los magistrados en el Estado peruano.

1.6.3. Operacionalización de Categorías.

| CATEGORÍAS | SUBCATEGORÍAS | INDICADORES |
|--|--|---|
| Delito de discriminación (Concepto jurídico número uno) | Naturaleza delictiva de actos discriminatorios | “La tesis al mantener un enfoque cualitativo teórico, en el cual se debe analizar las propiedades de instituciones jurídicas a través de la interpretación jurídica, NO se aplicará instrumentos de recolección de datos EMPÍRICOS” |
| | Elementos del tipo penal del artículo 323 del Código Penal | |
| Argumentación jurídica (Concepto jurídico número dos) | Razonamiento lógico jurídico | |
| | Interpretación jurídica | |

El concepto 1: “Delito de discriminación”, con sus dimensiones se ha correlacionado con las dimensiones del concepto 2: “Argumentación jurídica” a fin de hacer surgir las preguntas específicas de la siguiente manera:

- **Primera pregunta específica:** Subcategoría 1 (Naturaleza delictiva de actos discriminatorios) de la Categoría 1 (Delito de discriminación) + Subcategoría 1 (Razonamiento lógico jurídico) de la Categoría 2 (Argumentación jurídica).
- **Segunda pregunta específica:** Subcategoría 2 (Elementos del tipo penal del artículo 323 del Código Penal) de la Categoría 1 (Delito de discriminación) + Subcategoría 2 (Interpretación jurídica) de la Categoría 2 (Argumentación jurídica).

Se debe precisar que cada pregunta específica se encuentra debidamente formulada en la sección 1.3.2. del presente proyecto de tesis o en todo caso en la matriz de consistencia.

Finalmente, la pregunta general no viene a ser otra cosa que la relación entre la Categoría 1 (Delito de discriminación) y la Categoría 2 (Argumentación jurídica), por ello es que la pregunta general del presente proyecto de tesis es:

¿De qué manera las conductas del delito de discriminación influyen en la argumentación jurídica del sistema de justicia del Estado peruano?

1.7. Propósito de la investigación

El presente proyecto de investigación, tiene como propósito lograr que el artículo 323 del Código Penal referido al delito de discriminación guarde correspondencia con la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios, estableciendo la claridad sobre los comportamientos que configuran el mencionado delito. Asimismo, establecer una adecuada estructura normativa a fin de conseguir que exista concordancia con los elementos del tipo penal, además, de excluir los supuestos que se encuentran como derechos pero que no están reconocidos constitucionalmente. Además, de incorporar en el artículo 323 del Código Penal el término “en condiciones de igualdad” o “alterar la igualdad” a fin de lograr una adecuada interpretación.

Por lo que será necesario, presentar un proyecto de ley para incluir los mecanismos correspondientes.

1.8. Importancia de la investigación

El presente trabajo de investigación adquiere importancia, debido a que en la actualidad surgen complicaciones al determinar las conductas sobre los comportamientos que configuran el delito de discriminación, tanto de las personas que denuncian hechos que no se configuran como delito de discriminación, por lo que no prosperan sus denuncias, así como de la falencia en los funcionarios públicos del sistema judicial al no determinar correctamente el comportamiento denunciado con el tipo penal de discriminación, declarando improcedentes las denuncias, debido al desconocimiento de la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios y

que generan la impunidad de los agresores, potenciando cada vez más la conducta delictiva y creando desconfianza en la ciudadanía.

En ese sentido, la Defensoría del Pueblo, ha elaborado el Informe N° 05-2009-DP/ADHPD, advirtiendo parte de las complicaciones antes indicadas, por ello se ha venido modificado el delito de discriminación, sin embargo, la última modificación llevada a cabo por el Poder Ejecutivo mediante el Decreto Legislativo N° 1323 publicado el 06 de enero del 2017, en lugar de solucionar el problema agrava más las complicaciones.

Por lo que es necesario, el desarrollo de la presente investigación a fin de alcanzar seguridad jurídica respecto al delito de discriminación para lograr la correspondencia con los dictados de un derecho penal democrático, en que se cautela exclusivamente aquellos bienes jurídicos que tengan reconocimiento constitucional en un plano de legitimidad material.

1.9. Limitaciones de la investigación

En la presente investigación, no se han generado limitaciones para llevar a cabo el cumplimiento de los objetivos trazados, precisando que no se desplegará el trabajo de campo, por el estado de emergencia sanitario en nuestro país, por lo que será sustituido por el grado de importancia que se obtiene de la argumentación jurídica para motivar razonadamente los temas tratados en los respectivos resultados, discusión de resultados y otros. Además, por la naturaleza de la investigación, no es necesario el trabajo de campo.

Capítulo II: Marco Teórico

2.1. Antecedentes de la investigación

2.1.1. Nacionales.

Cárdenas (2020), desarrolló la tesis titulada “*Análisis del delito de discriminación en el marco jurídico peruano*”, sustentada en Lima, para optar el Título de Abogado por la Universidad Peruana de las Américas; la que tuvo como objetivo “analizar y determinar si el tratamiento penal del delito de discriminación es eficazmente aplicado en el marco jurídico peruano”; de tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “El delito de Discriminación descrito en el Artículo Nro. 323 del Código Penal Peruano no es aplicado eficazmente en el marco jurídico peruano por causas asociados con la capacidad y controversia en la interpretación de la norma, que revelan la existencia de diferencias de fondo en su comprensión, dando lugar a la percepción de desconfianza de la población con relación a la norma como una posibilidad efectiva de aplicabilidad y ejecutoriedad para sancionar los actos y conductas discriminatorias de diferentes tipologías que usual y cotidianamente se dan en nuestra sociedad y que arrastra importantes consecuencias prácticas respecto a la protección de los derechos de igualdad y no discriminación”.
- “Se evidencia en el trabajo de investigación que la controversial y exigua capacidad interpretativa, deficiente capacitación, así como la falta de políticas de los órganos responsables de administrar justicia (PNP, Ministerio Publico, Poder Judicial), son factores que influyen en el tratamiento penal del delito de discriminación y que ha dado lugar a la aplicación poco eficaz de la norma establecida para proteger los derechos de igualdad y no discriminación”.
- “El delito de discriminación es una importante herramienta establecida a exigencia del marco jurídico peruano y de los instrumentos internacionales, que sanciona toda

forma de discriminación conforme lo describe la normatividad penal, orientados a proteger el derecho de igualdad y no discriminación de las personas y/o grupos vulnerables en nuestra sociedad donde los actos y conductas discriminatorias ha cobrado habitualidad en todos sus niveles”.

En la presente tesis la metodología utilizada es cualitativa y cuantitativa y un enfoque mixto y de tipo descriptivo, conforme se puede apreciar del link utilizado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto porque la interpretación y aplicación de la norma debe ser congruente con los principios de igualdad y no discriminación.

Fernández (2020), en su investigación titulada: “*La inadecuada aplicación de la política criminal en el delito de discriminación y la vulneración del derecho a la igualdad en el distrito judicial de Lima Norte-durante los años 2017-2018*”, sustentada en Lima por la Universidad Nacional Federico Villareal para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho; la que tuvo como objetivo “determinar que influencia tiene la inadecuada aplicación de la política criminal en el delito de discriminación en la vulneración del derecho a la igualdad en el distrito judicial de Lima Norte”; de tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “Se ha demostrado que la aplicación de la política criminal en el delito de discriminación no es la adecuada para proteger el derecho a la igualdad, ya que a pesar de sancionar los actos discriminatorios como delito (Artículo 323 del Código Penal), los fines preventivos y sancionadores, no se han cumplido, debido a la falta de compromiso político y estatal y la falta de políticas públicas eficaces, lo que vulnera el derecho a la igualdad”.
- “Los fiscales penales como operadores de justicia, expresaron su acuerdo para que se incluya como agravante en el tipo penal de delito de discriminación la condición especial de profesional en la salud y educación, y asimismo manifestaron su

conformidad de participar en reuniones con organismos del Estado para proponer soluciones para lucha contra la discriminación y realizar campañas de difusión sobre el delito de discriminación”.

- “Que, el desconocimiento del acto de discriminación configurado como delito, el miedo, la falta de recursos económicos, asesoría jurídica gratuita y tiempo, la falta de difusión del ámbito legal penal de discriminación por los medios de comunicaciones, sumados a la falta de compromiso político estatal y de políticas públicas eficaces dificultan la adecuada aplicación de la política criminal en el delito de discriminación”.

En la presente tesis la metodología utilizada es el método cuantitativo, con diseño descriptivo y explicativo, de tipo transeccional y no experimental, conforme se puede corroborar del link utilizado para las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto, porque es necesario reforzar la política criminal en el delito de discriminación con respeto al derecho a la igualdad.

Contreras (2021), desarrolló la tesis titulada: “*Vulneración del principio constitucional de igualdad ante la ley y a la no discriminación en la tipificación del delito de feminicidio - art. 108- b del código penal peruano*”, sustentada en Chiclayo, para optar el Título profesional de Abogado por la Universidad Señor de Sipán; la cual tuvo como objetivo “determinar si existe vulneración del principio constitucional de igualdad ante la Ley y a la no discriminación en la tipificación del delito de feminicidio - art. 108- B del Código Penal peruano”; de tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “Se llega a determinar que en el art 108-B del Código Penal peruano, existe una vulneración del principio constitucional de igualdad ante la Ley y a la no discriminación, en función a que toman mayor prioridad a la violencia contra a la

mujer que al varón, así mismo se establece que no hay una figura jurídica que tipifique el delito de violencia hacia el varón”.

- “El principio constitucional de igualdad ante la ley y la no discriminación consiste en que toda ley es aplicable sin ningún particularismo o excepcionalidad, es decir se aplica de manera universal dando énfasis a que la persona no tiene por qué sufrir discriminación jurídica alguna”.
- “Se identifica que el art 108-B del Código Penal peruano presenta un trato discriminatorio al varón, porque solo toma la tipificación del delito de violencia en relación a la mujer, del mismo modo se establece que hay una variación de la condena, por el hecho de matar a una mujer por su condición de tal”.

La metodología utilizada en la presente tesis es el método cualitativo y cuantitativo, y tipo y diseño no experimental, conforme se puede apreciar del link utilizado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto, porque el principio constitucional de igualdad ante la ley y la no discriminación consiste en que toda ley es aplicable de manera universal.

Cárdenas (2016), desarrolló la tesis titulada: “*Argumentación jurídica y la motivación en el proceso penal en los distritos judiciales penales de Lima*”, sustentada en la ciudad de Lima, para optar el Grado de Maestría en Derecho Penal por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega; la cual tuvo como objetivo “establecer la influencia de la argumentación jurídica sobre la motivación en el proceso penal, en el distrito judicial de Lima”; de tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “Que, la correcta justificación de la validez en las proposiciones normativas no permite al juez valorar lo actuado en el debido proceso. No se debe confundir la

validez del argumento con la verdad de las premisas. La verdad es una propiedad de las proposiciones y la validez es una propiedad de los argumentos”.

- “En conclusión, se ha establecido que la argumentación jurídica no permite una correcta motivación en el proceso penal en el Distrito Judicial de Lima. Esta conclusión, no implica que el fiscal u otros operadores de ley estén totalmente equivocados al hacer su labor, solo que simplemente se obra o se procede ignorando algunos elementos importantes para probar la culpabilidad o inocencia de una persona”.

En la presente tesis la metodología utilizada es el método cuantitativo, diseño no experimental, y la técnica empleada es la observación, conforme se puede apreciar del link utilizado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto porque la argumentación utilizada por el fiscal u otros operadores de ley, es muchas veces ignorando algunos elementos importantes sobre la discriminación.

Fernández (2019), desarrolló la tesis titulada: “*La motivación dentro de la sentencia condenatoria frente a la presunción de inocencia en el distrito judicial de Piura – periodo 2015 y 2016*”, sustentada en Piura, para optar el Título de Abogado por la Universidad Señor de Sipán; la que tuvo como objetivo general “analizar las sentencias condenatorias frente a la presunción de inocencia”; de tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “Se considera que la motivación en relación a aquellas resoluciones judiciales condenatorias y su relación frente al principio constitucional de inocencia, es decir el principio de presunción de inocencia es una realidad que presenta empirismos aplicativos e incumplimientos, los cuáles se consideran como variables que tienen una relación directa y que es explicable por la ausencia de conocimientos en relación a los fundamentos teóricos y a la manera de cómo se viene aplicando la normatividad

de parte de los supervisores y operadores del derecho razón por la que resulta de suma importancia acudir a la legislación comparada para un mayor análisis al respecto”.

- “Es recomendable que la comunidad jurídica persista a los responsables motivar correctamente las sentencias condenatorias, ya que una motivación insuficiente o aparente, lleva a vulnerar derechos del imputado como el derecho a la libertad, entre otros”.

La metodología utilizada en la presente tesis es el método mixto es decir cualitativo y cuantitativo, de diseño no experimental; conforme se puede apreciar del link utilizado en las referencias bibliográficas.

La presente tesis se relaciona con el presente proyecto porque los operadores jurídicos deben motivar correctamente las sentencias, para no vulnerar derechos de los justiciables.

2.1.2. Internacionales.

Contreras (2019), desarrolló la tesis titulada: “*Análisis de la agravante de discriminación en el código penal chileno y la pertinencia de incorporar el género como motivo de su aplicación*”, sustentada en el país de Chile, para optar el Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile; cuyo objetivo es “analizar la circunstancia agravante incorporada en el artículo 12 N° 21 del Código Penal, que incrementa las penas de aquellos delitos cometidos por una motivación discriminatoria”; de tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “El marco regulatorio nacional e internacional en materia de discriminación, la importancia de combatirla y los distintos mecanismos a través de los cuales se ha pretendido dar solución a esta problemática en el ámbito penal. A partir de este contexto se estudia la agravante, sus ventajas, fundamentos y tratamiento en la legislación comparada y su situación en la esfera nacional, para luego examinar en particular los

criterios de discriminación incorporados por la ley y su aplicación en la práctica, a partir de alguna jurisprudencia”.

- “Luego se realiza un análisis detallado de las causales de discriminación por el sexo y género de la víctima, evaluando la conveniencia de incorporar la segunda dentro de la circunstancia modificatoria en cuestión, como sucede en la legislación española”.
- “Llegando a la conclusión de que sus ámbitos de aplicación son distintos, por lo que la inclusión del género podría resultar un aporte en la lucha contra la violencia hacia las mujeres”.

En la presente tesis no se indica la metodología de investigación, como se puede corroborar con el link citado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto, porque los criterios de discriminación incorporados por la ley y su aplicación, en la práctica muchas veces no se dan.

Jáuregui (2017), desarrolló la tesis titulada: “*Acción de no discriminación y jurisprudencia dictada entre julio del año 2012 y julio del año 2017: Análisis de la conceptualización de la discriminación arbitraria, la carga de la prueba y solución de conflictos entre derechos fundamentales*”, sustentada en Chile, para optar el Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile; la cual tuvo como objetivo principal “analizar los procesos tramitados conforme a la acción de no discriminación arbitraria, contemplada en la Ley N° 20.609, terminados por sentencia definitiva y sus respectivos recursos emanados de los Juzgados de Letras Civiles, Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, dictados desde julio del año 2012 hasta julio del año 2017”; de tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “El juez o la jueza al momento de aplicar la Ley N° 20.609, se ve enfrentado a una situación de justicia atributiva. Para que, en estos casos, pueda distinguir entre una situación de igualdad justa de una injusta, requiere de un criterio de justicia. Este criterio es la regla de justicia que consiste en “la regla según la cual se debe tratar a

los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual” (Bobbio, 1977, pág. 64).

- “Se señala que para que el juez pueda aplicar la regla de justicia, primero se debe constituir el modo de tratar a un determinado sujeto en una determinada relación, luego reconstituir la igualdad social aplicando la regla de justicia. Finalmente, se estudiaron las formas que ha adquirido el principio de igualdad, a saber: la igualdad de todos, la igualdad frente a la ley, la igualdad jurídica, la igualdad de derecho, la igualdad en los derechos, la igualdad de oportunidades y la igualdad de hecho. Al hacer una revisión de todas las sentencias, se deja entrever que hacen alusión al concepto de igualdad como igualdad en los derechos, pues el fin de las acciones impetradas es gozar igualmente, por parte de los ciudadanos, del derecho fundamental de igualdad y no discriminación, el cual está constitucionalmente garantizado”.
- “La prohibición de hacer distinciones, exclusiones o restricciones con base en estos criterios. La excepción es que exista una justificación razonable. La legitimidad de las diferencias de trato se establece mediante un examen de objetividad y razonabilidad de la medida que introduce la distinción”.

La metodología utilizada en esta investigación es el método sistemático, inductivo y el científico, conforme se puede corroborar del link utilizado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto porque los motivos de discriminación o categorías sospechosas contienen una presunción de arbitrariedad, debido a que históricamente han sido usados para relegar, excluir o subordinar a ciertos sectores de la sociedad.

Castro (2019), desarrolló la tesis titulada: “*Los derechos de las víctimas de discriminación en el procedimiento penal abreviado: ¿avance en garantías fundamentales?*”,

sustentada en el país de Colombia, para optar el Grado de Magister en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia; la cual tuvo como objetivo “establecer qué tan eficaz resultó la implementación del procedimiento penal abreviado, en punto a los derechos de acceso a la justicia y al debido proceso de las víctimas afrodescendientes, frente a los delitos de discriminación que contempla el Código Penal colombiano”; de tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “A partir de los datos de la Fiscalía General de la Nación analizados, referidos a los resultados procesales alcanzados antes y después de la entrada en vigencia de la Ley 1826 de 2017, los derechos de acceso a la justicia y plazo razonable son abiertamente desconocidos respecto de las conductas delictivas de discriminación. El porcentaje de fallos no representa ni siquiera el 1% del universo total de casos, y las decisiones de acusación que preceden a una sentencia también son escasas. Adicionalmente, no se evidencian diferencias sustanciales entre tramitar la investigación mediante el procedimiento de la Ley 906 de 2004 o la Ley 1826 de 2017. El alcance de esta conclusión se restringe a los delitos estudiados, pues dado que las cifras son poco representativas resultaría cuestionable definir la eficacia del procedimiento penal abreviado en general a partir de ellas”.
- “Los tipos penales de discriminación fueron concebidos como mecanismo para proteger la dignidad humana y de promover la igualdad y no discriminación de las personas en Colombia. Sin embargo, debido a que nos cuesta comprender las manifestaciones de discriminación de las que son objeto la población afrodescendiente, como se evidencia en las pocas decisiones judiciales existentes, la pretendida protección inmersa en las conductas delictivas resulta inane en nuestro sistema jurídico, al punto que cada vez más se les resta importancia a estas y se

considera bajo su nivel de lesividad. Por consiguiente, la solución desde el derecho penal para prevenir y sancionar conductas de tipo discriminatorio no es eficaz”.

En la presente tesis no se indica la metodología de investigación, como se puede corroborar con el link citado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada se relaciona con el presente proyecto porque los tipos penales de discriminación fueron concebidos como mecanismo para proteger la dignidad humana y de promover la igualdad y no discriminación de las personas en Colombia, pero que en la realidad no se cumple.

Ramírez & Saverio (2021), desarrolló la tesis titulada: *El principio de no discriminación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: análisis de la sentencia no. 184-18-sep- cc*, sustentada en el país de Ecuador, para optar el Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador por la Universidad de Guayaquil; la cual tuvo como objetivo “fundamentar, desde una perspectiva teórica y legal, la importancia de garantizar la aplicación del principio de no discriminación, a partir del análisis de la sentencia No. 184-18-SEP-CC.”; de tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “La discriminación es aquella conducta de acción u omisión fundamentada en prejuicios y razones instauradas en el medio social, que tiene por objeto dar un trato desigualdad a una persona o a un grupo específico, menoscabando, restringiendo, privando, anulando o no permitiendo el pleno acceso al ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, que atentan contra su dignidad”.
- “Se establece que la discriminación por razón de orientación sexual es aquel acto o práctica discriminatoria dirigida a una persona o grupo que recibe un trato diferenciado por la orientación sexual que ha decidido tener, la cual afecta, limita, atenta o restringe el ejercicio de sus derechos”.

- “El principio de no discriminación constituye un derecho fundamental y un eje transversal para el ejercicio de los demás derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, motivo por el cual tanto la normativa y la jurisprudencia nacional e internacional otorgan la protección a este principio, mencionando los rasgos o determinadas categorías comúnmente empleadas para efectuar actos discriminatorios. Por ello, este principio procura que a todos los seres humanos se les garantice y respete sus derechos en igualdad de oportunidades, sin que sean discriminados por ningún motivo o circunstancia”.
- “Dentro de los principales fundamentos emitidos por los jueces de la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia analizada se pueden mencionar que: la Corte evidencia la ausencia de normativa infraconstitucional que regule las diferentes realidades familiares, pero no justifica la falta de protección jurídica, debido a que la Constitución de la República garantiza iguales derechos y obligaciones a todas las personas, y; tras realizar un estricto análisis del principio de no discriminación en el caso Satya, estableció que el acto administrativo que negó la posibilidad de inscribir el nacimiento de la menor de edad en los términos solicitados, fue un trato diferenciado por razón de la orientación sexual de las solicitantes, que se revistió de carácter discriminatorio pues tuvo como resultado el menoscabo del efectivo goce y ejercicio en condiciones iguales de los derechos constitucionales”.

En la presente tesis se ha utilizado el método cualitativo, el método histórico-lógico, el método sistémico-estructural, el método analítico, el derecho comparado, el método hermenéutico y el método deductivo, conforme se puede corroborar en el link citado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto de investigación porque, el principio de no discriminación es considerado como un derecho fundamental y un pilar para garantizar la dignidad humana, la cual se debe ejercer con respeto a la integridad humana sin ningún tipo de distinción que menoscabe el efectivo goce y ejercicio de sus derechos.

Cabezas (2020), desarrolló la tesis titulada: “*La discriminación a la mujer indígena en el sistema penal en la ciudad de Riobamba*”, sustentada en Ecuador, para optar el Grado de Magister en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar; la cual tuvo como objetivo “describir y llamar la atención sobre la doble discriminación que sufren las mujeres de origen indígena, por ser mujer, por un lado, y por ser indígenas”; de tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “La discriminación institucional de que son víctimas las mujeres indígenas en el sistema de justicia penal de la ciudad de Riobamba tiene varias consecuencias jurídicas; entre las más importantes deben mencionarse la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, la denegación de justicia, la violación del debido proceso, la revictimización y el trato desigual al momento de ser escuchado por la autoridad competente”.
- “En cualquiera de esos casos, las personas afectadas, la propia mujer o sus familiares, pierden la confianza en el sistema de justicia penal, por cuanto en lugar de recibir una protección efectiva de sus derechos, son discriminados por los propios servidores públicos del sistema que debiera precautelar sus derechos sin tener en cuenta las diferencias étnicas o culturales, expresamente prohibidas y sancionadas en el Derecho vigente”.
- “Una consecuencia que resume todas las anteriores, sin confundirse con ella, es la victimización secundaria, que tiene lugar cuando es el propio sistema de justicia el que genera a la víctima un daño o perjuicio adicional al sufrido como resultado de la

violación de sus derechos que fue a denunciar; cuando las instituciones de justicia no atienden de manera ágil, oportuna y sin dilaciones ni discriminación”.

La metodología de investigación utilizada fue el análisis lógico jurídico, conforme se puede apreciar del link utilizado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto porque el ordenamiento jurídico ecuatoriano tiene como uno de sus derechos constitucionales la igualdad formal, igualdad material y no discriminación de las personas por cualquier causa; pero las mujeres indígenas se ven vulneradas al derecho de la tutela judicial efectiva al existir un trato desigual al momento de ser escuchadas por la autoridad competente.

2.2. Bases teóricas de la investigación

2.2.1. Delito de discriminación.

La discriminación dentro de nuestro sistema jurídico peruano se encuentra consagrado y establecido en la Constitución Política, derecho penal y administrativo. Dentro del ámbito Constitucional establece de forma clara las prohibiciones de discriminación ya sea por origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. Por lo tanto, nuestra carta magna protege el derecho de todos los ciudadanos.

Bajo ese mismo parámetro el Código Penal más o menos desde el año 2000 y de las distintas modificaciones que se realizó, ya sea mediante la Ley N° 28867 el artículo 323 indica: “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, (...)”.

En articulado en mención sanciona aquellas personas que discriminan por su propia motivación ya sea mediante terceras personas o incitan a otros sujetos a promover actos de discriminación. Para que este tipo de actos pueda ser apto de acción penal necesariamente debe ser comprobados y fundamentados de acuerdo a la norma penal.

Por último, las acciones discriminatorias también se encuentran respaldadas y sobre todo prohibidas en el ámbito administrativo, tal como se puede evidenciar del Informe realizado por la Defensoría del Pueblo emitida en el año 2013, donde realiza la recopilación de una serie de normas, los que establecen los procedimientos, sanciones y entidades encargadas de llegar a cabo la investigación, toman en cuenta; la Ley del Código de Ética de la Función Pública, Código de los Niños y Adolescentes, Ley General de Educación, Ley contra actos de discriminación, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, Ley de protección al consumidor y por último la Discriminación en los Derechos Humanos, normas que protegen cualquier tipo de discriminación contra los sujetos.

De conformidad a los instrumentos internacionales los Estados debe regular sanciones contra las acciones de discriminación ya sea directa o indirecta o generar situaciones de discriminación de jure o de facto. Asimismo, debe establecer distintas medidas positivas con la finalidad de cambiar las situaciones de discriminación que se practica en la sociedad, ya sea empleando recursos para investigar los hechos y de esta manera sancionar a los responsables por la comisión del acto de discriminación, sabe resaltar que el incumplimiento de las obligaciones va generar responsabilidad directa al Estado.

2.2.1.1. Concepto del delito de discriminación

El delito de discriminación es considerado como un trato distinto, los prohibidos por el ordenamiento jurídico que tiene como objetivo la anulación ya sea en el ejercicio o goce de los derechos y libertades fundamentales de una persona o de un grupo determinado. Según Bilbao & Rey (2003) indica que: “Los actos discriminatorios se basan en un prejuicio negativo que

hace que los miembros de un grupo sean tratados como seres no sólo diferentes, sino inferiores. El motivo de la distinción es algo irrazonable y odioso (...)" (p. 111)

La protección del derecho a la igualdad y a la no discriminación se encuentra protegido por la Constitución Política del Perú en el artículo 200 inciso 2 sobre procesos constitucionales, tales como el amparo respaldado por el Código Procesal Constitucional en el articulado 37 inciso 1 indica: "de igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole".

los actos que surgen de la discriminación es la vulneración de la esencia del ser humano, uno de ellos es su dignidad, muchas veces negando la condición de las personas en el ejercicio de sus derechos. La definición que tiene el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en relación con el concepto de la Convención Internacional y en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, lo define como:

"toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas"

El delito de discriminación fue incorporado en el Código Penal mediante la Ley N° 27270 Ley contra actos de discriminación, vigente desde el año 2000, regula dos modalidades de conductas, tales como la discriminación a una o más personas o grupos de personas, mientras la otra modalidad es incitar o promover en forma pública actos discriminatorios. Pero necesariamente estas conductas deben ser pasibles de persecución, por lo que deben estas

fundadas en raza, religión, sexo, edad, discapacidad, opinión, condición económica o cualquier otra índole.

Por lo tanto, el delito de discriminación se llega a configurar como aquellas acciones que necesariamente deben ser fundamentadas en conductas que buscan perjudicar de manera directa a un sujeto a un grupo a través de la desigualdad y exclusión por su fisonomía, creencia o cualquier otra índole que se encuentra establecido en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Asimismo, es aquella acción que es ejercido con la finalidad de poder anular o menoscabar los derechos de una persona o de grupo de determinado ante cualquier acto de discriminación.

2.2.1.2. La igualdad y el delito de discriminación.

La igualdad tiene una relación extrínseca con el sistema jurídico ya que va exponer la prescripción frontal de cualquier forma de discriminación, ya que esta conducta proviene de un trato desigual y sobre todo arbitrario a personas que están sujetos a condiciones idénticas ya sea para el otorgamiento de ventajas o la imposición de cargas, afectando de forma injustificada la dignidad de la persona que en la mayoría de las veces llegara al extremo de la negociación de la propia condición humana.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su observación General N° 18, indica que la discriminación, en la comparación entre personas se apoya en el acto de distinción, exclusión, restricción o preferencia subjetiva y sobre todo irrazonable o en el menoscabo del goce de un derecho, el acto de discriminación conlleva a ciertas consecuencias jurídicas que la mayoría de las veces busca anular la dignidad humana, la igualdad de trato o ejercer los derechos fundamentales. Bajo ese parámetro García (2002) indica: “La discriminación solo puede producirse entre iguales, esto es, entre sujetos adscritos a hechos, sucesos, acontecimientos o condiciones semejantes” (p. 56).

Es por ese motivo que la mayoría de los ordenamientos jurídicos internacionales, plantean en su normativa reglas generales y abstractas, las cuales buscan que todo individuo o grupo de persona sea tratado de manera uniforme e idéntica, con la excepción que puedan acreditar razones que sirvan para establecer reglas distintas. Como sabemos cualquier acto discriminatorio parte de un trato diferente o desigual ya sea a una persona o grupo de personas, pero no es suficiente este elemento para ser considerado como un hecho discriminatorio.

La igualdad con la discriminación parte de distintos parámetros, el primero es un derecho fundamental que limita todo trato arbitrario e irracional contra cualquier sujeto, mientras que la discriminación es considerada como un escudo de protección respecto de un derecho a la igualdad, es decir, no a cualquier trato arbitrario sino aquello que se realizó ya sea por cualquiera de las razones prohibidas en el ordenamiento jurídico.

La igualdad como principio es respaldado por el Tribunal Constitucional, que se encuentra establecido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú indica que su aplicación es fundamental dentro de un Estado de derecho, el principio de igual constituye parte nuclear del sistema constitucional de fundamento democrático. Según Espinosa (2010) sobre el principio de igualdad indica: “(...) el deber estatal de no generar diferencias arbitrarias o caprichosas; y en el plano material es función del cuerpo político de otorgar las óptimas condiciones para que se configure una simetría de oportunidades para todos los seres humanos”. (p. 90).

En los diez últimos años el Tribunal Constitucional ha emitido importantes sentencias que contribuyeron de gran manera a reforzar el ámbito de protección constitucional del derecho a la igualdad y a la no discriminación, al respaldar derechos y establece algunos criterios para evaluar cuando se haya vulnerado alguno de estos, asimismo, ha especificado algunos casos de discriminación que por su naturaleza necesitan ser protegidos en aplicación de una acción de Amparo.

2.2.1.3. *Naturaleza delictiva de los actos discriminatorios.*

La naturaleza delictiva de los actos discriminatorios está referida al reconocimiento del pluralismo y diversidad como puntos de partida para establecer el orden *ius fundamental* tomando en cuenta el derecho a la igualdad como la disimilitud sustentada en calidades diferenciadoras accidentales de cada ser humano en particular como su capacidad física, su inteligencia, sexo, edad, etc., en el que también se debe tomar en cuenta la naturaleza de las cosas, es decir, las condiciones y situaciones de sus relaciones coexistentiales que lo rodean; y, si estas consideraciones no son tomadas en cuenta por ciudadanos que sin conocimiento o deliberadamente realicen actos que afecten el derecho a la igualdad en el contexto antes indicado, estarán cometiendo actos discriminatorios que deben ser sancionados penalmente.

Al respecto Peña (2018) afirma: “(...) se ampara en el reconocimiento de la dignidad humana y, desde una plataforma ontológica y cultural, de que si bien todos los ciudadanos, son portadores de personalidad y autonomía subjetiva, (...) que se diferencian en mérito de patrones, (...). (p. 672).

Efectivamente, el reconocimiento de la dignidad humana necesariamente tiene que meritarse diferenciando patrones de orden cultural, étnico, ideológico, sexual, etc., que debe tomarse en cuenta al momento de calificar la conducta de los actos discriminatorios y que también debemos remitirnos para consolidar lo antes indicado a la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 en sus artículos 1, 2, 23; asimismo, a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 en su artículo 2; de igual manera a la Convención N° 111 de Ginebra referido a la discriminación en el empleo y la ocupación y finalmente a la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las Formas de discriminación racial en su artículo 1, 2, 3 y 4.

En ese sentido, la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios, se tienen que determinar en circunstancias que las personas son objeto de un trato desigual, con respecto a

sus similares, ante circunstancias, donde a una persona se le niega un derecho, solo por pertenecer a una determinada raza, o por su opción sexual o por carecer de un estatus socio-económico elevado o por ser una persona discapacitada.

Según Chanamé (2019) señala: “la discriminación no nada más es moralmente inaceptable, sino que también es científicamente falsa, ya que está comprobado que no existe justificación biológica o fisiológica para dar un tratamiento desigual hacia las personas”. (p. 236).

Según lo manifestado por el autor, es por ello, que se han impulsado la creación de leyes para prohibir la discriminación en todos los Estados generando políticas para un combate eficaz de dicho fenómeno, en la que se debe garantizar la igualdad de las personas ante la ley, sin ningún tipo de distinción, prohibiendo y castigando la difusión de planteamientos basados en la superioridad racial o actos que incitan a la discriminación racial, prohibiendo la creación de organizaciones que promuevan dicha discriminación.

Debemos señalar que, la defensa del derecho a la igualdad y no discriminación, no es óbice o impedimento para la existencia de disposiciones normativas diferenciadas, por supuesto que se acredita la respectiva justificación objetiva y razonable.

Al respecto García (2021) cita a Fernández (1992) que afirma: “Es evidente que el principio de igualdad no impone que todos los destinatarios de las normas hayan de tener inexcusablemente idénticos derechos y obligaciones. Por el contrario, a situaciones distintas pueden acordarse situaciones jurídicas diferenciadoras”. (p. 172).

2.2.1.4. Formas de discriminación.

La discriminación se desarrolla bajo dos formas, tales como la directa y la indirecta, la primera consiste en el momento que aparece un trato desigual, la cual se manifestará de manera irrefutable e incontestablemente precisa, mientras la indirecta se llega a manifestar mediante

un trato colateral o encubierta es por ello que se requiere acreditar el delito de discriminación a través de elementos adicionales.

Cabe resaltar que tiene una medida carente de intención ilegítima, ya que al momento que se aplica genera un trato injusto para un grupo determinado de personas. García (2021) menciona: “Tal es el caso de la utilización de un motivo jurídicamente válido que, sin embargo, provoca una afectación de los derechos fundamentales de un grupo social en relación con el resto (...)” (p. 178).

Este tipo de actos se presenta en los procesos de evaluación, los que buscan acreditar un conocimiento general, ya sea matemática, entre otras materias a un grupo determinado. Por lo tanto, la discriminación directa es realizada mediante una expresa decisión de anular o excluir, mientras la discriminación indirecta tiene el mismo propósito, pero encubierto.

Nuestra Constitución Política del Perú, señala que ninguna persona puede ser discriminado por ninguna de las razones que detallaremos a continuación:

- **Origen:** Este tipo de discriminación engloba el lugar de nacimiento o del trono de filiación de un individuo o de un grupo.
- **Raza:** El tipo de defensa que se ejerce va dirigido a los que pertenecen a un grupo humano, ya sea con ascendencia común o conformación física distinta, ya sea color de piel o en algunos casos la estructura anatómica predominante.

Al respecto la Convención Internacional en el artículo 1 sobre toda forma de discriminación racial indica: “Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnica que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

- **Orientación Sexual:** Este tipo de acción hace referencia a las razones orgánicas que distingue al varón de la mujer, es muy distinto que la igualdad de género ya que según la Unesco lo define como la igualdad de derechos, responsabilidades y sobre todo igualdad de oportunidades de mujeres y varones. Pero no debemos confundir que ambas personas sean lo mismo, es decir, no depende de su sexo, sino de las necesidades y prioridades que puedan tener cada uno de ellos. Pero hay practicas socioculturales que mantienen las diferencias.

Según el doctrinario Vivanco (2019) define: “que la orientación sexual constituye un aspecto fundamental del ser humano pues es como las personas manifiestan sus intereses sexuales y emocionales” (p. 24).

- **Idioma:** Este tipo de discriminación lo sufren millones de latinoamericanos, más que nada los que son de origen indígena, es decir, los que hablan un idioma distinto al español o inglés, esta conducta se expande a las distintas esferas de la vida ya sea en el trabajo, salud, educación o muchas veces en la esfera social.
- **Religión:** Muchas veces el trato que se le da a personas cristianas por las creencias religiosas que tiene genera perjuicios no solo en el entorno personas sino también en las distintas esferas, es por ello que nuestra normativa jurídica protege cualquier acoso ya sea ofensas sobre las practicas o creencias religiosas. Al respecto la Constitución Política del Perú en el artículo 2º inciso 3 establece que todas las personas tienen “derecho a la libertad de conciencia y religión”. Y bajo ese parámetro el Tribunal Constitucional mediante la sentencia del Expediente N° 0256-2003-HC/TC. F.J. 15 emitida el 21 de abril del 2005, reconoce: “el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta

por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto”.

- **Opinión:** Según García (2021) indica: “Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada de pareceres, dictámenes, juicios, etc., que postula una persona” (p. 181).
- **Discapacidad:** La discriminación que esta dirigirá aquellas personas con discapacidad, a lo largo de la historia ha generado menoscabo aquellas personas que quieren ejercer sus derechos conexos, tales como salud, educación, transporte, entre otros y sobre todo a tener una vida plena.

es por ello que la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad en el artículo 1 define como: “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”

- **Condición económica:** Este tipo de discriminación que se practica más que nada depende de la situación de poder adquisitivo que tienen las personas, como, por ejemplo; tener casas, empresas o distintos bienes que otras personas.

A raíz de los distintos actos de discriminación que se practica en el país por la condición económica es que entra en vigencia la Ley N° 27049, donde indica que toda persona tiene derecho a la protección de sus intereses económica mediante un trato equitativo y justo en cualquier transacción comercial.

2.2.1.5. Clases de discriminación.

Del delito de discriminación surgen una serie de variedades que se llegan a clasificar dependiendo a su contenido, ya sea por marginación, represión y aislamiento, las cuales detallaremos a continuación:

Primero discriminación individual, que significa dar un trato distinto sin emitir ninguna justificación que le pueda dar a otra persona. Segundo, discriminación institucional, son aquellas conductas o actos discriminatorios que suscitan en las instituciones. Tercero, discriminación colectiva, esta clase de discriminación se da con un determinado grupo de personas.

Cuarto, la discriminación estructural, en la mayoría de los casos se presenta cuando perjudican a determinadas personas para otorgar ventajas a otros sujetos en cumplimiento de determinadas políticas institucionales. Por último, discriminación directa, es la más usual en la actualidad que se da de una persona a otra, de manera directa tal como su propio nombre lo dice.

2.2.1.6. Los bienes jurídicos del delito de discriminación.

La Constitución Política del Perú es considerado la fuente fundamental de todo el ordenamiento jurídico, por lo que debe haber una estrecha relación con la finalidad de fijar como opera las distintas conductas. Los derechos que se encuentran en el primer orden, llamado derechos subjetivos inherentes a toda persona humana son la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, el honor, la libertad de expresión, los cuales adquieren tutela penal, según Carbonell citado por Zugaldía (2010) indica: “(...) solo los bienes jurídicos con relevancia constitucional pueden ser objeto de tutela penal (...)” (p. 48).

La interpelación constitucional, ya sea la directa y la indirecta de aquellos bienes que se encuentran penalmente protegidos, se encuentran justificados, pone en conflicto la intervención tanto del sujeto como de la pena. Asimismo, la exacción de la protección constitucional ya sea directa o indirecta de aquellos bienes que se encuentran penalmente protegidos parece justificada, ya que una intervención solo podrá ser justificada si se trata de un individuo o la pena, como por ejemplo la vida en común.

Como sabemos toda intervención punitiva requiere de un sostén material, en termino normativo es conocido como el principio de lesividad y/o ofensividad. La ley fundamental ampara los valores fundamentales, no por ello todo lo que se encuentra consagrado necesariamente merece tutela penal. Como, por ejemplo; el principio de igualdad que es un democrático de derecho, es decir, busca un trato igualitario entre los ciudadanos por parte de la ley y como no de las instituciones públicas; a ello el Peña (2018) menciona: “a partir de dicho concepto no se puede convalidar la incriminación de conductas; que, si bien pueden atentar contra dicho principio, no manifiestan el contenido del injusto penal cualificado que se exige para la penalización de un comportamiento reprobado éticamente (...)”. (p. 678).

Como es sabido entre el derecho penal y Constitución Política del Perú existe una relación en cuanto al bien jurídico protegido, pero no es suficiente para determinar la legitimidad de la intervención punitiva, ya que no ofrece las garantías de seguridad ya sea para la selección o jerarquización de los valores que el derecho penal protege.

Por lo tanto, el bien jurídico protegido es aquella condición ineludible, que es utilizado para necesariamente para el desarrollo de una sociedad, pero es considerado bien jurídico protegido siempre que exista una norma que lo salvaguarde, aplicando una sanción contra aquellas conductas que lo vulneran, el bien jurídico protegido es respaldado por el principio de lesividad ya que tiene relación estrecha con la conducta antijurídica que es considerada figura relevante dentro de derecho penal y las demás normas internacionales.

2.2.1.6.1. Conducta típica y la culpabilidad.

De acuerdo a la doctrina mayoritaria la conducta típica es considerado toda acción u omisión que va ejercer cualquier persona contra los bienes jurídicos que se encuentran tutelados. El artículo 323 del Código Penal vigente indica el tipo penal, es decir, el delito de discriminación de ello se genera las conductas como, incitar o promover en forma abierta o publica, más que nada que estén orientadas anular o menoscabar de derecho de una persona o

grupo, cualquiera de las conductas típicas determina la acción penalmente sancionada en la norma.

Al respecto el jurista penalista Ardito (2015) señala acerca de la conducta en el delito de discriminación: “una lesión del derecho y libertades que le son garantizados a las personas de disfrutar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos. (...), cada acto discriminatorio se produce una negación de su dignidad por el trato diferenciado (...)” (pp. 23-31).

Para que se configure el elemento de culpabilidad, se requiere que la conducta sea jurídicamente desaprobada por la ciudadanía, es decir, que se haya concretizado de manera arbitraria ya sea incitando, promoviendo, instigando a cometer actos de discriminación. La configuración de la culpabilidad es elemental para la normativa penal, ya que se podrá determinar la punibilidad en caso de ausencia o de concurrencia, no impidiera la antijuricidad ni la culpabilidad. Desde nuestro punto de vista la frase que utiliza muchas personas para eximirse de responsabilidad es toda persona que desconoce que se conducta es típica y antijurídica no comete delito.

2.2.1.7. Los criterios de termino de comparación de discriminación.

Aquella persona que denuncie cualquier acto de trato desigual injustificable tiene aquella obligación de poder presentar los términos de comparación que servirán para prescribir la vulneración del principio de igualdad, que es respaldado no solo por norma nacional sino por norma internacional. Pero debe acreditar que otra persona también se encuentra en la misma situación y circunstancia que la suya se encuentra en una mejor condición o ha sido beneficiada con el goce de un régimen jurídico que lo beneficie.

El jurista Alexy (1988). Fue el primero que estableció las reglas esenciales para los criterios de termino de comparación de discriminación de la siguiente manera:

- “a. Cuando no hay una razón suficiente para justificación de un tratamiento desigual, entonces debe ser ordenado un tratamiento igual.
- b. Cuando hay una razón suficiente para producir un tratamiento desigual, entonces debe ser ordenado un tratamiento desigual” (p. 114).

La aplicación de la razón suficiente señala que necesariamente de debe realizar un examen de las normas con el propósito de observar las distintas motivaciones y razones que se alegan en su debido momento para justificar si las decisiones que se tomaron están conforme a los valores y principios constitucionales. Las distintas diferencias que existe en el contenido de la ley podrá ser aceptable siempre que se garantice de la siguiente manera:

Primero; que exista una causa justificable y objetiva con la finalidad de fundamentar el contenido normativo contrario o un trato distinto a un determinado grupo de personas. Segundo, debe existir una relación de proporcionalidad entre los medios ejercidos y el fin que quiere alcanzar mediante el trato desigual. (García. 2021, p. 182).

2.2.1.8. Elementos del tipo penal del artículo 323 del Código Penal.

Para realizar la debida calificación de una conducta discriminatoria se requiere la configuración de tres elementos, los que detallaremos a continuación:

A. Un trato diferenciado o desigual

Cualquier acto discriminatorio tiene como punto de partida, que exista un trato diferente o desigual ya sea a una persona o un grupo de personas, cabe resaltar que la discriminación se genera de una distinción, exclusión o restricción de los derechos que están protegidas por normas nacionales e internacionales. Pero la configuración de este acto no es suficiente para que se pueda configurar el hecho, ya que de manera frecuente se genera tratos distintos que se presentan en la realidad.

Al respecto el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 0003-2003-AI/TC de fecha 04 de julio del 2003 indica: “que, el principio de igualdad no garantiza que

continuamente en todos los casos deba tratarse de manera similar a todos, sin embargo, las distinciones que el legislador pueda presentar obedecerán a criterios objetivos y razonables”.

Por lo tanto, cualquier demostración injusta va depender necesariamente de un tratamiento separado e inconsistente, pero cabe señalar que este componente no es el único que puede ser utilizado como un hecho, ya que existe tratos diferentes o desiguales que no necesariamente vulnera la igualdad. Es por ello que esta sentencia emitida por el Tribunal Constitucional realiza el hincapié de cuál es la función del principio de igualdad.

B. Un motivo o razón prohibida.

El trato desigual debe ser basado en determinadas acciones que deben ser prohibidas por el ordenamiento jurídico, los motivos en la que están basados son:

Primero. - Las características del sujeto, que son muy distintos a los de su voluntad, tales como; raza, origen, sexo, identificación étnica o cultural, discapacidad, entre otras que estén respaldados por la Constitución Política y otras normas.

Segundo. - Otro de los motivos son aquellas posiciones que son asumidos de manera voluntaria por los sujetos en ejercicio del libre desarrollo de su personalidad, tales como; religión, opinión, filiación sindical, orientación sexual, entre otras posiciones que pudieran tener.

De lo mencionado el jurista Baldales (2000). Indica: “Ello no quiere decir, en modo alguno, que la cláusula general sea considerada tan ampliamente abierta como para que comprenda cualquier causa de diferenciación irrazonable, puesto que, de ser así, no tendría razón de ser que se hayan enumerado motivos diversos” (p. 140).

En ese sentido, es cierto que la cláusula general no debe contener un sentido tan amplio para comprender cualquier causa de diferenciación, por ejemplo, en el artículo

323 del Código Penal vigente se encuentra incorporado la identidad sexual, que fue añadido mediante el Decreto Legislativo N° 1323 publicado el 06 de enero del 2017, sin que la identidad sexual esté reconocida como un derecho constitucional, por lo que, es necesario la modificación del respectivo artículo excluyendo los derechos que no están reconocidos constitucionalmente, a fin de que se cumpla el principio de congruencia entre la Constitución y el ordenamiento normativo interno.

C. Un objetivo o un resultado

Por último, para que una conducta pueda ser considerada como un acto discriminatorio, pero necesariamente se pretende que el trato diferenciado que debe estar basado en un motivo prohibido ya sea que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, ejercicio y goce de un derecho.

Al respecto Bardales (2019) menciona: “En esta medida, el paradigma de separación o diferenciación debe incorporar una trascendencia social efectiva y un efecto en la situación de la persona dentro de la sociedad” (p. 99).

Cabe resaltar que el derecho a la no discriminación no solo es una enumeración del derecho de igualdad, ya que en la mayoría de las veces busca una protección distinta. Ya que compone una resistencia con la violación cualificada de un derecho fundamental que está más allá de la prohibición de desigualdades de trato, asimismo, la mayoría de las veces elimina diferencias contra una determinada persona ya que posee distintos caracteres innatos.

Por lo tanto, el derecho fundamental a la igualdad restringe cualquier trato arbitrario que se presente que se presente con un sujeto o un grupo de personas, por otro lado, la discriminación brinda a todo sujeto un grado de protección de la mano con el derecho de igualdad, es decir, no es cualquier trato arbitrario sino cualquiera de las razones

prohibidas que están consagrados en la Constitución Política y normas conexas ya que pretende restringir un derecho.

2.2.1.9. La ponderación: El test de la igualdad.

Para realiza la evaluación de una medida limitadora, ya sea de un derecho, principio, bienes o intereses que constitucionalmente se encuentran protegidos con el principio de igualdad, el Tribunal Constitucional establece jurisprudencia en base al test de igualdad, en el expediente N° 00004-2006-PI/TC, señalado: “La aplicación de dicho test es consecuencia de la aprobación de una norma intervencionista cuya consecuencia jurídica radica en restringir o limitar el ejercicio de un derecho fundamental, etc., en aras de permitir el goce de otro de la misma naturaleza (...)”.

Reitera el Tribunal Constitucional mediante el expediente N° 00045-2006-PI/TC, que entra en vigencia el 21 de noviembre de 2017, en el fundamento quinto indica: “una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio o no del principio – derecho de la igualdad”

El Tribunal Constitucional en el caso en mención, indica que la aplicación del test de igualdad radica en limitar el ejercicio de cualquier derecho fundamental, como, por ejemplo, aquella norma que prohíbe fumar en espacios públicos o la proscripción del trabajo nocturno de menores de edad. Es menester indicar que la norma intervencionista se puede ejecutar sobre dos o más derechos fundamentales de forma simultánea, las cuales detallaremos a continuación:

- i. Cualquiera de las derivaciones jurídicas de la norma intervencionista tiene como finalidad defender y asegurar el ejercicio de un derecho fundamental, en efecto el legislador se encuentra impedido de realizar acotaciones de cualquiera de los derechos de la misma jerarquía. Según García (2021) establece: “El objetivo alude

al estado de cosas o situación jurídica que el legislador, a través de la norma intervencionista pretende consumir” (p. 184).

- ii. Por otro lado, la norma intervencionista genera que se pueda restringir la aplicación de otros derechos fundamentales, principios, bienes o intereses que son netamente constitucionales, el principio en mención es fundamental ya que ayuda a garantizar el principio de concordancia practica en el goce de cualquiera de los derechos fundamentales, ya que es de carácter secuencial y preclusivo.

Para una aplicación adecuada del test de igualdad se requiere la configuración de los seis pasos metodológicos, los que detallaremos a continuación:

El primer paso, verificación de la diferencia legislativa entre las normas en pugna, donde se realizará un análisis, si el supuesto hecho es aquella respuesta de diferenciación arbitraria, para ello plantea dos posibles respuestas, con la primera se busca acreditar que los supuestos de hechos puedan ser iguales, generando que la norma cuestionada sea inconstitucional, con la segunda respuesta se busca acreditar que los hechos puedan tener las mismas características, por lo que queda claro que existe una regla de diferenciación que tiene que ser analizado.

El segundo paso, busca determinar el nivel de intensidad de la intervención en la igualdad, en este paso se investiga el grado o magnitud de la limitación de cualquier derecho fundamental, por lo tanto, la intensidad de la medida legislativa intervencionista, se desarrollará; ya sea por el grado de intensidad grave, grado de intensidad media o mediante el grado de intensidad leve.

En el tercer paso, se requiere realizar la verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación, es decir, se busca evidenciar la existencia o no existencia de un fin constitucional que podrá ser evaluada en un plano general o específico. Pero si existe

alguna duda del objetivo de la norma, se aplica el principio de presunción de constitucionalidad dentro de ello también se aplica el test de igualdad.

El cuarto paso, trata sobre el examen de idoneidad o adecuación, en este paso se verifica la capacidad de lograr asegurar el goce del derecho fundamental o en la mayoría de las veces el resguardo del bien constitucional que es material de la definición. Según Barnes (1998) señala: “(...) El objetivo supone determinar el estado de cosas particular y concreto que se busca conseguir; así como precisar prolijamente el derecho fundamental, principio, bien o interés constitucional que sería consolidado o resguardo de una manera más efectiva (...)” (p. 121).

El quinto paso consiste en realizar examen de necesidad o idoneidad, se busca realizar la comprobación de la medida legislativa diferenciadora, ya que no hay otra opción para alcanzar el objetivo propuesto, al respecto Gimenes (2004) indica: “la limitación ha de ser necesaria para alcanzar el fin en la medida en que cualquier otra opción supondría una carga mayor sobre el derecho afectado” (p. 60). Es por ello que es indispensable manifestar que ninguna otra medida pueda ser limitativa que la escogida por el legislador. Por lo tanto, desde nuestro punto de vista consideramos que se debe declarar inválido la norma diferenciadora cuando hay opción distinta y que pueda ser menos gravosa para el derecho fundamental que en la mayoría de las veces es objeto de intervención.

El último paso, trata acerca del examen de proporcionalidad *strictu sensu*, en esta etapa se efectuará un *tertium comparationis*, es decir, término de comparación entre la disposición legislativa amparada y el propósito alcanzada, en donde constan una relación de equilibrio razonable. Se busca ejecutar un balance de los perjuicios que pueden generar la norma y los beneficios que se puede obtener. Por lo tanto, la medida legislativa en la mayoría de las veces es proporcionada ya sea cuando la utilización de la norma subsana cualitativamente los menoscabos que causa.

2.2.1.10. La discriminación a la inversa.

La discriminación a la inversa dentro de la acción positiva o afirmativa, se aplica en el ámbito de la desigualdad de trato de hecho o de derecho siempre que no esté debidamente justificado en la Constitución Política del Perú ya que la mayoría de las veces está sustentada en hábitos sociales, es por ello que desde el siglo XX viene siendo combatido aplicando la figura jurídica de la discriminación que es promotora de la igualdad o llamado acción positiva o afirmativo.

Por lo tanto, implica la aplicación de una medida especial de favorecimiento que en la mayoría de las veces es de carácter temporal, que tiene por destino a remediar la situación de discriminación estructural de un grupo de personas que se distingue del resto, es por ello que se busca asegurar la dignidad de la persona y se puede llevar acabo el desarrollo de la personalidad y pueda existir una igualdad de oportunidad.

La mayoría de autores señala que esta figura jurídica se instaura por primera vez en el sistema jurídico norteamericano, tal como indica Hernaiz (1999) citado por García (2021) indicando: “Una historia por la lucha de los derechos civiles que tuvo como punto de partida el trato discriminatorio y dispar que tradicionalmente han recibido, entre otros, la comunidad negra y las mujeres” (p. 191).

Mientras la minoría de los juristas indican que esta figura jurídica fue acuñada por el presidente John F. Kennedy mediante la orden ejecutiva 10925, con la orden en mención se buscaba promover el acceso a la función pública de los negros e indígenas oriundos. Por ente aun cuando pareciera contrario en los derechos fundamentales se fue incorporando la discriminación a la inversa con la finalidad de compensar las distintas formas de relegamiento a lo que fueron sometidos distintos grupos, es por ese motivo que se impulsa al Estado a que pueda adoptar una acción legislativa positiva o afirmativa para que pueda corregir los distintos

problemas en el goce de los derechos fundamentales y la igual real de oportunidades de la persona.

Según Gimenes (1999) conceptualiza a la acción positiva o afirmativa como: “El trato formalmente desigual que basa la diferencia de trato en la pertenencia a un grupo que comparte la posición de un rango minusválido (...) que se caracteriza principalmente por sus medidas que forman un colectivo (...)” (p. 120).

Cabe resaltar que la doctrina de la acción positiva o afirmativa ya que es de suma importancia porque tiene relación con la búsqueda del goce efectivo con los derechos de segunda generación; tales como educación, trabajo, entre otros. A partir de estos derechos se genera un tratamiento especial ya sea el acceso a la educación superior, contratación laboral, entre otros. Mediante dicha acción un grupo social tiene como base ser objeto de tutela antidiscriminación, vía una legislación especial ya sea deferente o transitoria. Los elementos para su configuración son cuatro, los que detallaremos a continuación:

Primero, causa notoria, los motivos que surgen dentro del relegamiento de grupo no puede ser suspendido de forma unilateral por el grupo que se considera afectado. Segundo, temporalidad, tanto como la legislación especial y diferente, la vigencia que tiene es determinado o determinable, el primero se llega a materializar con una fecha concreta de auto abrogación, mientras en el segundo ítem se verifica cuando alcanza el nivel de igualdad. (García. 2021, p. 192)

Tercero, discriminación a la inversa, la legislación especial y diferente, mencionadas en párrafos anteriores conlleva a la adopción de medidas de preferencia, con la finalidad de que el grupo desplazado pueda en un tiempo determinado o determinable lograr el mismo trato en el goce de los derechos fundamentales. Por último, especificidad, ambas legislaciones mencionan ciertas medidas singulares y delimitadas, según García (2021) la acción por parte del Estado genera como consecuencia:

- a) “la identificación del obstáculo social, económico, cultural, etc.”
- b) “la identificación del grupo discriminado, el cual a través de esta forma de tutela es dotada de mayores atribuciones, beneficios (...).”
- c) “la acción positiva o afirmativa, tiene simultáneamente efectos resarcitorios, pero también reequilibradores (...)” (p. 193).

2.2.1.11. La tipificación del delito de discriminación en el Código Procesal peruano.

De conformidad con los lineamientos establecidos por los distintos instrumentos internacionales. Mientras en el ámbito interno el delito de discriminación fue regulado por primera vez en la Ley N° 27270 denominado Ley contra Actos de Discriminación, la misma que fue dada con posterioridad a la ratificación al Convenio Internacional sobre la Represión y el castigo del crimen, con la entrada en vigencia de esta ley, se logra incorporar en el título XIV-A de la parte Especial del Código Penal, en el articulado 323. El artículo en mención regula la sanción al que discrimina a otra persona o grupo de personas, ya sea por su diferencia racial, étnica, religiosa o sexual.

La sexualidad también es considerada como un elemento típico, ya que este tiene sustento con el mandato establecido en el artículo 2.2 de la Constitución, la cual se encuentra en la conveniencia política criminal de incardinar la discriminación de género en una norma general que busca erradicar cualquier forma de discriminación, mediante este ley se pretende incluir otros supuestos pero dentro de los actos típicos, es decir, de extender toda una gama de aspectos que trascienden la vida del individuo para con la sociedad. La ley en mención fue muy esperada por muchas personas que buscan promover la igualdad para con determinadas personas que tienen ciertas particularidades ya sean políticas, religiosas entre otros.

Pero consideramos que con establecer dicha norma no solo se debe buscar sancionar, no es correcto ya que tenemos varios de la misma magnitud que no han alcanzado ni

meridianamente los fines propuestos, es por ello que el Estado a través de sus entidades estatales, debe convertirse en promotor y garante de los derechos de todos los ciudadanos, con la sola finalidad de evitar cualquier acto que conlleva a la discriminación, para ello debe utilizar los mecanismos que se generan del acto jurídico.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que la incriminación de esta conducta no concuerda con los dictados de un derecho penal democrático, ya que debe tener por finalidad cautelar los bienes jurídicos que tengan un reconocimiento constitucional amplio y que, a la vez, puedan advertir un plano de legitimidad material, es decir, que se prohíba ciertas conductas que buscan perturbar de forma significativa las relaciones sociales, con ello se pone de relieve que la norma penal pueda asumir los fines promocionales tales como; ético, sociales y morales, ya que en la realidad no brindar eficacia, por lo que constituye una manifestación ornamental de la legislación, como la mayoría de los delitos que necesariamente deben de sancionar con el derecho administrativo.

De acuerdo al Exp. N° 1650-2007 de la Gaceta Penal y Procesal Penal define a la discriminación como: “Un fenómeno que está presente en todos los ámbitos y afecta a los distintos grupos de la sociedad (...) uno de los principales problemas de la sociedad peruana y la tarea de erradicarla compromete a todos a fin de constituir un país inclusivo con oportunidades para todos (...)”.

En el año 2015 la corte superior de Justicia de Junín dicto primera sentencia por delito de discriminación racial, ya hasta la fecha las únicas sentencias que se dictaron fueron sentencias penales por el delito de discriminación por discapacidad, por lo tanto, es un precedente fundamental para la lucha contra el racismo y a favor del ejercicio pleno del derecho a la igualdad y no discriminación por motivo de raza, sexo, origen, idioma, entre otros. Asimismo, la sentencia en mención constituye un acto de reivindicación para la población afroperuana, ya que a lo largo de la historia fue discriminado en nuestro país.

Por lo tanto, nos apegamos aquella opinión que tiene la doctrina mayoritaria, al decir que el trato discriminatorio es una modalidad de trato desigual, es por esa razón que el derecho al no ser tratado de forma diferente por la razón de nacimiento, discapacidades, no es sino una concreción del principio de igualdad, ya que su especialidad debe habitar en que la discriminación de trato desigual, no es arbitrario, sino que tiene su origen en las características diferenciales de quien lo sufre.

2.2.1.12. Tipicidad objetiva del delito de discriminación.

En la tipicidad objetiva hay tres ítems; el sujeto activo, el sujeto pasivo y la modalidad típica, los que detallares a continuación:

Primero el sujeto activo; es cualquier persona ya sea por acción u omisión, llega a excluir, restringir o discrimina ya sea por motivo de género, raza, etnia, idioma, su situación económica, discapacidad, estado civil, o cualquier otra acción que impida ejercer un derecho de manera legal. Cabe resaltar que el enunciado normativo no exige que se pueda aplicar alguna cualidad especial, para que pueda ser considerado autor, pero el revestimiento de la función pública hace que cualquier conducta pueda convertirse en una circunstancia agravante, de conformidad al artículo 323 segundo párrafo del Código Penal Peruano.

Según Peña (2018) indica: “La conducta típica, puede realizarse a través de una acción propia del agente de propia mano o, a través de una persona, (...) sobre los hechos o afecto a una circunstancia de inimputabilidad dando lugar a una autoría mediata (...)” (p. 682).

De acuerdo a la normativa vigente también se incorpora algunos actos de autoría, como por ejemplo la conducta de instigación cuando se señala que la modalidad del injusto típico se configura a cometer actos discriminatorios, para que pueda surtir sus efectos basta que las conductas puedan ser idóneas para que terceras personas se vean decididas a cometer actos de discriminación sin necesidad de verificar si fue producida.

Segundo sujeto pasivo; pues también es cualquier persona, grupo de personas o porque no las asociaciones, que por acción u omisión se le llega a impedir ejercer un derecho fundamental que se encuentra legalmente establecido o se le haya violado un derecho humano, como, por ejemplo, el derecho a la libertad, igualdad, dignidad o cualquier otro. De acuerdo al título XIV del Código Penal, pues señala que el sujeto pasivo es la comunidad universal ya es constituido de *lege lata* como un derecho contra la humanidad.

Tercera modalidad típica, antes de realizar el análisis a la descripción típica, es necesario tener claro la definición de discriminación según García & Osorio (1994) señala: “(...) consiste en separar, distinguir o diferenciar una cosa de otra, o bien desde el punto de vista social, significa dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, económicos, de origen, etc. (...)” (p. 308).

Ambos autores definen a la discriminación como aquella anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, acceso a la educación, entre otros, que va implicar un trato muy distinto que estén basado en motivo de raza, sexo, religión, origen social o de cualquier otra índole. El acto discriminatorio a la misma vez manifiesta un trato degradante, pues se logra evidenciar cuando se afecta gravemente la personalidad humana. Cabe resaltar que se puede configurar un concurso delictivo donde la aplicación de la sanción es acaparada por el delito de las lesiones, ya que el delito discriminatorio tiene una pena de dos a cuatro años de pena privativa de libertad, pero podrá incrementar se acuerdo a la reforma realizada a la ley N° 28726 de los articulados 48 y 50 del Código Penal.

2.2.1.13. Formas de imperfecta ejecución del delito de discriminación.

Una de las formas imperfectas de ejecución del delito de discriminación, es el injusto ya que nos encontramos frente a un delito de resultado, es por ello que el bien jurídico que se busca proteger es la igualdad de trato, el mismo que llega a afectarse cuando el comportamiento ejercido por el sujeto se llega a materializar en contra de una persona o grupo de personas pero

para que pueda configurarse el delito debe evidenciarse el propósito de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona.

Cuando se llega a reconocer esta figura, como un delito de resultado puede configurarse un delito tentado, ya que la conducta llega a importar una conducta que emana peligrosidad objetiva al bien jurídico que es titulado.

El tipo subjetivo del injusto, como ya lo veníamos indicando es una figura penalizable solo en su variante dolosa, es decir, conciencia y voluntad de realización típica, ya que el agente es consciente que está realizando actos de discriminación, con suficiente aptitud y/o idoneidad para anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona, muy aparte de la variante dolosa el comportamiento subjetivo del injusto viene acompañado de aquel ánimo que es de naturaleza trascendente. Por lo tanto, no habrá daño, si el bien jurídico se encuentra debidamente protegido, es decir, la igualdad ya que debe cumplir con aquella función dogmática o interpretativa, ya que ambos van a interpretar los elementos del tipo penal.

2.2.1.14. Las circunstancias de agravación incluidas por la Ley N° 30096.

Las circunstancias agravantes que establece la Ley N° 30096 tiene como objetivo prevenir y sancionar todas las conductas ilícitas que afectan los sistemas y datos informativos y los demás bienes jurídicos que tengan relevancia penal, que se concretizan mediante la utilización de la tecnología, es por esa razón que esta ley busca garantizar la lucha contra la ciberdelincuencia. Es por esa razón que en el artículo 2 de la ley N° 30096 señala: “El que accede sin autorización a todo o parte de un sistema informático, siempre que se realice con vulneración de medidas de seguridad establecidas para impedirlo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con treinta a noventa días multa. Será reprimido con la misma pena el que accede a un sistema informático excediendo lo autorizado”.

Dentro del delito informático no se distingue si la materialidad del injusto penal vulnera el interés jurídico que se encuentra comprendido, sino se busca averiguar de qué medios se vale el agente para perpetrar el hecho punible, es por ello que el legislador procedió a realizar la reforma de varios tipos penales. Todos los medios tecnológicos que se evidencian en la red informática son considerados instrumentos de alta incidencia criminalística con la finalidad para que los agentes no sean descubiertos pero lo que se busca identificar es si esta naturaleza jurídica de ciertas ilicitudes penales como es el caso del delito de discriminación va constituir un factor que legitime mayor eficiencia de la respuesta penal.

El artículo 323 del Código Penal sobre delito de discriminación en uno de sus párrafos señala el agravante, indicando la forma de cómo se expresa un acto típico de discriminación, es decir, realizando una descripción de la materialidad delictiva sobre la vis absoluta o la vis compulsiva, dentro de este busca comprobar si la afectación importa un menoscabo a la integridad física o emocional de la víctima. Desde ese punto de vista ya no se puede hablar de un acto discriminatorio sino de lesiones, siempre que genera desvalor, tal como se tipifica en los artículos 121 y 122 del Código Penal, ya que el móvil es anular o limitar el ejercicio de un derecho fundamental del sujeto pasivo.

Para aplicar las circunstancias de agravación, necesariamente la acción no debe ser calificada como delito de lesiones o de falta contra la persona ya que el bien jurídico que va adquirir mayor valor es donde el móvil discriminatorio exista el dolo del agente. Como se puede evidenciar hay un concurso de delitos entre el tipo base del injusto de discriminación con el delito de lesiones donde la acción es grave o leve, pero estos comportamientos deben darse en tiempos y espacios distintos. La finalidad que tenía la ley en mención es buscar y lograr que en todos los delitos el móvil discriminador sea objeto de mayor sanción. Cuando se menciona de cualquier índole involucra que todas las formas de discriminación se aciertan acá,

aunque en su momento no se hayan regulado en el Artículo 323°. Por lo tanto, se consideraría el caso de la víctima de una agresión o injuria por apellido, estatura u orientación sexual.

Según Peña (2018) indica que la modalidad del injusto agravado de discriminación se configura cuando: “Cuando la causación de la afectación corporal del sujeto pasivo toma lugar de forma imprudente, esto es, cuando el agente no mide la violencia desplegada sobre su víctima, en el marco de un acto típico de discriminación” (p. 687).

Otras de las circunstancias de agravación vienen expresado por el medio empleado, del instrumento informativa a través del internet, que va permitir no solo transmitir información importante sino en la masividad, es decir, llegar a muchos destinatarios. El valor injusto dentro de este punto no pasa por el medio empleado, sino por la naturaleza de este ya que la información es transmitida de forma automática a una gran cantidad de personas, por lo que, si una persona es discriminada por su opción de sexualidad, color de piel, o ser partícipe de un partido político, en el contexto de acceso a una red social, en las acciones en mención ya se habría configurado la circunstancia de agravación.

La ley N° 30096 sobre delitos Informáticos, ley que lucha contra la ciberdelincuencia que regula los distintos delitos como; contra datos y sistemas informáticos, contra la indemnización y libertad sexual, contra la intimidad y el secreto de las comunicaciones, contra el patrimonio y contra la fe pública. El artículo 11 sobre agravantes de la ley en mención establece que el juez puede imponer pena privativa de libertad hasta un tercio del máximo legal fijado para cualquiera de los delitos que se menciona en líneas anteriores.

2.2.1.15. Comentarios a la Ley N° 30171.

Como lo veníamos señalando los distintos actos de discriminación afecta de forma grave a la personalidad de cada sujeto, en este tipo de actos se requiere necesariamente la intervención del Derecho Penal, ya que la Ley N° 30097 ley de delitos informáticos no señala las alteraciones en la composición típica de la circunstancia agravante que señala en el último

párrafo del artículo 323. Después entra en vigencia el 10 de marzo 2014 la Ley 30170 estableciendo como pena privativa de libertad, si la promoción o incitación de los actos discriminatorios se ha materializado ya sea a través del internet u otra forma análoga.

La ley en mención sostiene que no solo va responder por la hipótesis de agravación ya que de manera directa y personal ejecuta los actos discriminatorios, pero también incluye al instigador y promotor, el primero se configura cuando un sujeto instiga a otro a para que materialice la acción delictiva, es decir, generado dolo en la psique del instigador, mientras el que promueve, es quien propia las condiciones necesarias para la materialización de la acción delictivo. Es por ese motivo que el legislador traslada las condiciones autorales con la finalidad de no dejar vacío alguno de punición, la cual puede ser político criminalmente beneficioso, deja ciertas dudas a nivel dogmático. Asimismo, se implementó los procedimientos e ejecución de la tecnología de la informática o de la comunicación a internet u otra forma análoga.

2.2.1.16. El delito de discriminación en el derecho comparado.

2.2.1.16.1. Código Penal de España.

El Código Penal de España y las normas conexas, tienes distintas normas que sancionan las conductas discriminatorias, pero en el Capítulo IV artículo 22 inciso 4 del Código Penal indica las distintas circunstancias agravantes de los actos discriminatorios ya sea por motivo de ideología, creencias religiosas, orientación sexual, entre otros, aplicando las sanciones cuando se haya vulnerado contra ese grupo determinado.

El Código en mención en su normativa vigente a previsto y conceptualizado tres clases de discriminación punitiva, las cuales detallaremos a continuación:

Primero la discriminación en servicio públicos; que necesariamente es cometido por un funcionario público o una persona encargado de algún servicio público, el artículo 511.1 indica: “la pena es mayor en el primer caso), “que deniegue a una persona una prestación a la que tiene derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su

origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía”. Mientras la segunda clase es la discriminación profesional o empresarial tipificada en el artículo 512 del Código Penal Peruano: “en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por los mismos motivos discriminatorios antes señalados (...)”. por último, la discriminación laboral un tema muy tocado en nuestro país y demás países, es por esa razón que el Código Penal Español en el artículo 314 señala que: “ha de tratarse de los casos de discriminación graves, exigiendo el precepto, además, que haya habido un previo requerimiento o sanción administrativa y que, a pesar de ello no se haya restablecido la situación, reparando los daños económicos que se hayan derivado”.

La legislación española realiza una comparación con el delito de discriminación con los delitos de odio que son actos motivados en los prejuicios que se asientan en estereotipos y que al materializarse son una manifestación de intolerancia, mayormente la discriminación procede acompaña o constituye una circunstancia del delito de odio, pero su tratamiento legal no está en el orden penal, sino el civil, social y administrativo.

2.2.1.16.2. Código Penal de Francia.

Según el artículo 225-1 del Código Penal francés, establece: “constituye una discriminación toda distinción efectuada entre las personas físicas en razón de su origen, su sexo, su situación de familia, su estado de salud, su discapacidad (handicap), sus costumbres, sus opiniones políticas, sus actividades sindicales, su pertenencia o no pertenencia, verdadera o supuesta a una etnia, una nación, una raza o una religión determinada”.

El Código Penal vigente de Francia en el artículo 225 inciso 1 regula la sanción del delito de discriminación: “con dos años de prisión a cualquier acto de distinción contra cualquier persona por motivos de su origen, sexo, situación familiar, apariencia física, estado

de salud o discapacidad, orientación sexual, edad, opinión política, actividades sindicales, pertenecer a determinados grupos étnicos, y otros motivos”.

El artículo en mención tiene una dimensión amplia en el contexto de discriminación, asimismo hace hincapié si los motivos de discriminación son constitutivos para aplicarlo en el delito de homicidio, pero necesariamente la pena será de cadena perpetua.

2.2.1.16.3. Código Penal de Argentina.

Bajo ese mismo parámetro el Código Penal Argentina establece en el articulado 3 la sanción correspondiente al delito de discriminación; indicando que sancionara a los que participan en actividades organizativas, propaganda o promoción de la discriminación racial, orientación sexual, creencia religiosa u otra índole, que necesariamente estén basados en la superioridad contra determinados grupos de la población vulnerable, personas que fueron vulnerados en gran manera sus derechos fundamentales, no solo amparado por el Estado sino por los tratados internacionales. Se configura la sanción cuando los actos de discriminación se llegan a perpetrar con persecución u odio, pero necesariamente para que se configure este delito debe haber accionado con un grupo de personas.

El Instituto Nacional contra la Discriminación, la xenofobia y el racismo, con las siglas INADI, fue creada con la finalidad de asesorar y asistir a las personas que sufren de crisis, realiza la denuncia ante el poder judicial. De acuerdo a la legislación de argentina la pena grave se aplica de los delitos de lesiones, pero si las lesiones fueron hechas por motivos discriminatorios, la pena es más alta.

2.2.1.16.4. Código Penal de México.

El Código Penal de México vigente desde el año 1931, tipificación la sanciones y los agravantes del delito de discriminación dentro de los delitos con la dignidad de la persona, aplicando una sanción de tres años de pena privativa de libertad a quien atente contra la dignidad de la persona ya sea anulando o menoscabando los derechos de las personas por

razones, de raza, creencias religiosas, edad, condición social, orientación sexual o cualquier otra índole que estable en su Constitución Política.

El artículo 2 de la ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación señala: “Corresponde al Estado promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas. Los poderes públicos federales deberán eliminar aquellos obstáculos que limiten en los hechos su ejercicio e impidan el pleno desarrollo de las personas, así como su efectiva participación en la vida política, económica, cultural y social del país y promoverán la participación de las autoridades de los demás órdenes de Gobierno y de los particulares en la eliminación de dichos obstáculos”.

La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación entra en vigencia el 11 de junio de 2003, amparado por el Estado, quien se compromete a proteger a todos los mexicanos de cualquier acto de discriminación, la ley en mención surge por los movimientos antidiscriminatorios y a favor de la igualdad.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se encuentra estipulado los derechos de igualdad, libertad, propiedad y seguridad jurídica. Es competencia del Estado la salvaguardia de los derechos. Es trascendental explicar que las leyes que a continuación se enumeran poseen la finalidad de garantizar la igualdad jurídica de los ciudadanos mexicanos:

1. Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres: fue publicada por decreto en el Diario Oficial de la Federación el 2 de agosto de 2006.
2. Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.
3. Ley Federal del Trabajo.

2.2.2. Argumentación jurídica.

2.2.2.1. Razonamiento jurídico.

En la doctrina jurídica se interrelaciona los términos razonamiento y argumentación, por lo tanto, en el ámbito del Derecho es necesario argumentar entendiendo este como

establecer buenas razones para que las personas a quien se dirige una decisión puedan adherirse a ella, al respecto Igartua (2009) afirma: “(...). En resumidas cuentas, estimo recomendable reservar la palabra argumentación a un uso específico y parcial de razonamiento” (p. 46).

Entonces, para tratar sobre el razonamiento interpretativo, debemos analizar la teoría de la argumentación ya que la doctrina recomienda reservar el concepto argumentación para aplicarlo al razonamiento.

El proceso judicial tiene una estructura dialéctica ya que se genera una contraproposición que puede ser dos o más partes, en este caso, el Juez debe observar entre las opciones interpretativas que presentan las partes, sin embargo, el Juez no se debe encontrar ligado a las posiciones argumentativas de las partes procesales, ya que en mérito del principio del iura novit curia él conoce el derecho y cuando ejerce los poderes que le faculta el principio antes indicado se aparta de las propuestas interpretativas de las partes procesales, por lo que tiene la obligación de argumentar sus propias razones tomando en cuenta los hechos y medios probatorios presentados por las partes.

Al respecto Igartua (2009) señala: “(...), al Juez no le será suficiente mostrar que hay argumentos interpretativos que sostienen su decisión interpretativa sino habrá de mostrar también que sus argumentos son mejores (...)” (p. 54).

Los derechos fundamentales se van incorporando cada vez más en la aplicación judicial del derecho y sobre todo en el razonamiento judicial de manera que es difícil negar el papel invasivo y principal de los derechos fundamentales, tanto en el aspecto fundamental como en el sustancial y en la resolución de la controversia, que la doctrina considera como problemática.

Al respecto Mazzaresse (2010) afirma: “Problematicidad que encuentra confirmación tanto a nivel epistemológico (...), como a nivel lógico respecto a la caracterización de los instrumentos lógicos idóneos (...)” (p. 242)

2.2.2.2. Interpretación jurídica.

La actividad de la interpretación como un proceso decisorio deviene del tipo decisorio constitutivo y ello se presenta en circunstancias en las que los acuerdos lingüísticos – contextuales no eliminan la duda.

Al respecto Igartua (2009) señala: “(...), sólo se interpreta ante situaciones de duda u oscuridad (...)” (p. 39).

Los textos legales están diseñados para dar solución a un caso concreto, pero en la realidad podemos observar que una misma norma ante la solución de distintos casos puede estar claro para un cierto caso, pero para otro puede ser ambiguo. Lo mismo ocurrirá si esa disposición legal es interpretada en lugares distintos y con personas diferentes, puesto que los sujetos que intervienen en el proceso al interpretar una norma puede que uno tenga una percepción más clara y otro sujeto una interpretación dudosa o ambigua.

2.2.2.3. Los métodos de interpretación jurídica.

Son también denominados técnicas de interpretación, o también puede ser aquella manifestación en relación a aquel respeto que se debe tener a la ley. Es así que, al referirnos a los métodos de interpretación nos estamos pronunciando respecto a los instrumentos de interpretación, el cual nos sirve para formular un enunciado interpretativo.

Al respecto Gascón y García (2005) señalan: “(...) Son pues directivas que expresan formas de llevar a cabo la actividad interpretativa” (p. 194).

Con la finalidad de los métodos de interpretación no solo se busca dar o formular una interpretación en sí, puesto que, otra de sus finalidades es la de justificar, de esa manera cumple también una función justificativa y no solo cumple una función heurística.

2.2.2.4. Clases de métodos de interpretación.

Al referirnos a los métodos de interpretación lo entendemos como aquel proceso que se utiliza para que de esa manera se pueda entender el sentido de los dispositivos jurídicos.

Es así que, para comprender una norma jurídica no es necesario emplear solo un método de interpretación, es decir, se pueden acudir a más de uno de ellos como puede ser el método sistemático, gramatical, teleológico o también se puede emplear el método histórico. No podemos excluir ningún criterio de interpretación, puesto que, pueden ser aplicados al mismo tiempo, mejor dicho, que si son aplicados simultáneamente el proceso hermenéutico resultara favorable como también razonable, y al final obtener ese tipo de resultados es lo que se busca con los métodos de interpretación.

Al respecto Castillo et al (2006) señala: “(...), no debe menospreciarse un método de interpretación sobre el otro; muy por el contrario, ha de buscarse que en la comprensión de un texto (...) todos concurren dando coherencia interna y una base más amplia a la interpretación” (p. 77).

Por último, debemos comprender que, los métodos de interpretación no suprimen por completo aquellas incertidumbres que pueden surgir al momento de interpretar un dispositivo jurídico, ya que, esto puede surgir porque existe una ambigüedad.

Es así que los métodos de interpretación no son exactos, ya que, según Castillo et al (2006) señala: “Lo único que posibilitan es la disminución y el control razonable de dichas incertidumbre” (p. 79).

De esa manera, los criterios de interpretación nos brindan límites al momento de dar sentido a un dispositivo jurídico. A continuación, se pasará a detallar cada método de interpretación, los cuales son:

2.2.2.4.1. Método gramatical o literal.

Esta clase de método interpretativo tiene la característica de que surja el entendimiento de términos o palabras y del contenido de una ley o reglamento cualquiera sea el caso. Es decir, la interpretación gramatical o literal es solo la acción de comprender un texto normativo sin buscar otro sentido de la norma o ir más allá del significado del dispositivo jurídico.

Al respecto Castillo et al (2006) señala: “La importancia del método gramatical reside en que la ley basa sus prescripciones en la utilización del lenguaje general (...) pretende dirigir la conducta de los ciudadanos y busca ser entendida por ellos” (p. 84).

El método literal cumple una doble función, la primera de ellas, es que, gracias a este tipo de interpretación se ubican hechos como también las futuras conductas que vienen a ser relevantes en el ámbito jurídico, y también en ese proceso hermenéutico se descarta aquellas conductas que tienen poca relevancia jurídica; la otra función que cumple este método es que se puede determinar tanto los límites como el ámbito en relación a la aplicación de la ley.

2.2.2.4.2. Método lógico-sistemático.

Así como es relevante conocer el método gramatical, de la misma forma lo es tener conocimiento de aquellos principios de la lógica, que nos sirve al momento de dar sentido a una norma y al final podremos obtener una conclusión y que si se da el caso de que solo se aplica el método literal o gramatical no podremos obtener una conclusión adecuada, es decir, no se entenderá por completo el sentido del dispositivo jurídico, al respecto Castillo et al (2006) afirma: “(...). Tan importante como la interpretación gramatical es la apelación a los principios lógicos (...), los cuales ayudan a desentrañar el sentido del texto o a obtener una conclusión que de la letra de la ley no se deduce (...)” (p. 89).

Es así que, tanto los principios como los argumentos de la lógica al momento de interpretar una norma jurídica nos ayuda a que no se presenten contradicciones en el proceso de da sentido a preceptos jurídicos.

2.2.2.4.3. Método histórico.

Cuando empleamos el método histórico para dar sentido a un dispositivo jurídico debemos tener en consideración aquellas circunstancias tanto políticas como sociales y también económicas, todo ello con la finalidad de que se pueda ubicar bajo qué motivos o sucesos se expidió una determinada norma jurídica y también se tiene que determinar la realidad histórica

en la que dicha ley fue emitida, al respecto Castillo et al (2006) menciona:“(…), por ejemplo, si fue emitida por un Gobierno autoritario o democrático o si encierra algún particular sello ideológico” (p. 100).

Esta clase de método de interpretación es de gran ayuda por tener la característica de que nos ubica en el tiempo y bajo qué circunstancias se emitió o fue promulgado los preceptos jurídicos, es decir, sirve de referencia al momento de desarrollar el proceso hermenéutico.

Al respecto Castillo et al (2006) señala: “La interpretación histórica (...) permite ubicar a la ley (...) dentro del ordenamiento jurídico y el contexto histórico cultural en la que fue expedida, relacionándola con las ideas y las valoraciones políticas y sociales que contribuyeron a su aparición” (p. 102).

2.2.2.4.4. Método teleológico o funcional.

Debemos precisar que esta clase de interpretación es la más relevante según la doctrina, puesto que, nos permite ubicar cual es la finalidad de un dispositivo jurídico, y también podemos determinar si dicha norma jurídica contiene una prohibición o talvez un mandato, ya que, este tipo de interpretación tiene la característica de ser objetivo.

Al respecto Castillo et al (2006) señala: “El fundamento e importancia (...) reside en el hecho que la norma jurídica no tiene un fin en sí misma (...), sino que constituye un instrumento que busca resolver los conflictos sociales (...) y organizar la vida en común” (p. 107).

2.2.2.5. Definición de la argumentación.

La argumentación es la exposición de distintos razonamientos lógicos que se encuentran relacionados entre sí, es así que, se argumenta con la finalidad de que el receptor se convenza de la validez del razonamiento que se expuso y que antes no estuvo completamente demostrada.

Por otro lado, debemos tener en cuenta también que otras de las finalidades de la argumentación es cumplir con la tarea de la divulgación persuasiva, esto quiere decir que, ya existe una veracidad o validez que se encuentra ya debidamente comprobada, pero que al argumentar será conocido por todos.

Cuando argumentamos lo hacemos con la finalidad de que al exponer nuestra tesis se consiga la aceptación o el rechazo de los razonamientos expuestos.

Al respecto Castillo et al (2006) señala: “(...) La argumentación es la cadena de argumentos, presentados y discutidos, convenientemente, para fundamentar el planteamiento de una tesis (...)” (p. 233).

2.2.2.5.1. El punto de partida de la argumentación.

Para lograr desarrollar una argumentación es relevante que se comience con lo que se admite en un inicio, ya que al mencionar el punto de partida se hace referencia a aquel primer paso que utilizamos para convencer al destinatario.

Existen los denominados *objetos de acuerdo*, que lo entendemos como los puntos coincidentes del jurista que está argumentando y los que reciben la comunicación, por ejemplo, cuando se inscribe un acto jurídico en los Registros Públicos, se presume que toda persona tiene conocimiento del contenido de dichas inscripciones y esto se refiere al principio de publicidad registral, es decir, es un objeto de acuerdo, referido a un hecho establecido en la ley del.

Se dividen en relativos a lo real, que pueden ser: las presunciones o verdades. Y, por otro lado, tenemos los relativos a lo preferible, que pueden ser: las jerarquías o valores. Cuando nos referimos al primer relativo serán dirigidos para aquellos auditorios universales, lo que no ocurre en los relativos preferibles, puesto que estos serán dirigidos solo para auditorios con cierta particularidad.

Según Atienza (2004) afirma: “Para que una argumentación sea posible, es necesario presuponer una infinidad de objetos de acuerdo (...), la argumentación será necesariamente selectiva (...), pues hay que elegir tanto los elementos como la forma de presentarlos” (p. 97).

2.2.2.5.1.1. Los componentes de la argumentación.

El argumento se constituye por tres partes: premisas, inferencia y la conclusión

2.2.2.5.1.2. Premisas.

Es necesario primero comprender que, la premisa sobre todo es un juicio, y cuando manifestamos dicho juicio pasara ya a ser una proposición.

De ello, se desprende entonces que, todas las premisas son en sí proposiciones y que cuando son expuestas podemos argumentar o también demostrar ya sea una hipótesis, una teoría o una opinión.

Al respecto Luján et al (2006) señala: “Las premisas son formuladas de tal manera que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debería aceptarse y las conclusiones asumirse como los efectos necesarios de la inferencia”. (p. 244).

Con el postulado de Aristóteles tenemos dos tipos de premisas, que son: premisa mayor y premisa menor.

2.2.2.5.1.3. Premisa mayor.

Es aquella proposición enunciada en el sentido general o amplio, y que hace referencia ya sea a la clase o al conjunto en donde puede existir más de una propuesta.

Si estudiamos a la premisa mayor en la Teoría General del Derecho entenderemos que es, aquel concepto normativo en donde se comprende o se define el dispositivo jurídico que posteriormente se podrá comparar con la realidad, y de esa manera se conocerá si dicho dispositivo jurídico podrá producir sus efectos jurídicos.

2.2.2.5.1.4. Premisa menor.

La premisa menor se caracteriza por ser un rango determinado que va a servir de base al argumento que se encuentra en modo amplio, y al tener un rango específico esta premisa no será siempre hallada solo en una proposición.

Es así que, la premisa menor en nuestro ordenamiento jurídico viene a ser aquel hecho real y que al unirse con la premisa mayor se pasará a formar un dispositivo jurídico que posteriormente se podrá aplicar a un caso específico.

2.2.2.5.2. Inferencia.

En el procedimiento de ubicar a las premisas, puesto que, puede existir más de una. Estas premisas al ser ubicadas se relacionan es un proceso donde se formará un antecedente juntamente con su consecuencia. A continuación, se mencionará los siguientes tipos de inferencia:

2.2.2.5.2.1. En cascada.

También llamada en secuencia, y se genera cuando ya obtenida una conclusión que se desprendió de las premisas surge una consecuencia accesoria que es producto de la premisa principal.

Al respecto Luján et al (2006) ejemplifica mencionando lo siguiente: “(...), cuando se ordena que se publique (...) cualquier fallo del Tribunal Constitucional y luego se especifica que el mismo causa vinculación obligatoria” (p. 248).

2.2.2.5.2.2. En paralelo.

Se caracteriza cuando las premisas van a producir por si mismas una existencia de distintas consecuencias y que podrán ser empleadas en diferentes etapas posteriores de la inferencia

Al respecto Luján et al (2006) ejemplifica mencionando lo siguiente: “(...), cuando en una resolución casatoria una consecuencia es declarar fundado el recurso y otra es ordenar su publicación en el diario oficial” (p. 249).

2.2.2.5.2.3. *Dual.*

Existen casos en donde en una resolución proponen más de una consecuencia y que se caracteriza por estar en una sola estructura resolutive, ya que existirán las complementarias y otras derivadas.

Al respecto Luján et al (2006) ejemplifica mencionando lo siguiente: “Es el caso, por ejemplo, de la sentencia casatoria que resuelve fundado el recurso y nula la sentencia de vista (...)” (p. 249).

2.2.2.5.3. *Conclusión.*

Con la conclusión se da un cierre a la inferencia y tiene que ser proyectada como una proposición como ocurre en el caso de las premisas.

También puede darse el caso que se cierre aquel argumento que se dio en un inicio a pesar que pueda más adelante servir como incentivo para que en una inferencia surjan nuevas argumentaciones.

2.2.2.6. *Los presupuestos de la argumentación.*

La finalidad de la argumentación es que el auditorio al que se dirige el expositor pueda convencerse con los argumentos expuestos, y al final el expositor pueda conseguir un resultado favorable.

Para que se pueda argumentar adecuadamente existen presupuestos o también denominados condiciones con las que se tiene que contar con anterioridad para que de esa manera se pueda lograr una argumentación exitosa. Con ello nos referimos a la existencia necesaria del lenguaje común, que fue expresada por Perelman y la nueva retórica, y que según

el autor al referirnos a esas condiciones previas estamos hablando del lenguaje común, que está compuesto por tres partes: orador, discurso y el auditorio.

Según el autor Perelman el auditorio es fundamental en la argumentación, puesto que, el expositor lo que busca de dicho auditorio es lograr la adhesión de las personas que se encuentran en dicho recinto, es decir, que el expositor con sus argumentos busca convencer e influir a seres pensantes. Al respecto Atienza (2004) afirma: “(...). La argumentación es, en realidad, una acción (...) con la que se pretende obtener un resultado: lograr la adhesión del auditorio, pero solo por medio del lenguaje, es decir, prescindiendo del uso de la violencia física o psicológica” (p. 94).

2.2.2.7. Principios de la argumentación.

Se debe tener en cuenta que para la aplicación de los principios se tiene primero que analizar distintos factores, tal como lo afirma Luján et al (2006) mencionando: “(...) depende de varios factores, como, por ejemplo, la dinámica real y la razonabilidad de los efectos producidos” (p. 259).

Es fundamental que los argumentos que vamos a exponer para convencer al auditorio tengan la característica fundamental de ser sólidos, y que no exista la posibilidad de que en nuestros argumentos haya algún tipo de contradicción, ya que si hubiera alguna contradicción serían fácilmente cuestionados. A continuación, se pasará a detallar cada principio:

2.2.2.7.1. Principio de no – contradicción.

Si se afirma algo ya sea de un sujeto o de una cosa, no se podría al mismo tiempo también negarlo ni en lo más mínimo, puesto que, en ese caso nuestro argumento o enunciado caería en contradicción y por ende sería falso, y consecuentemente la conclusión se vería afectada, ya que, sería una conclusión errónea.

Al respecto Zabaleta et al (2006) ejemplifica mencionando lo siguiente: “Resulta contradictorio (...), tomando dos ejemplos de la jurisprudencia francesa, si el juez fundamenta

su decisión en una pericia y, no obstante, se pronuncia en sentido inverso a sus conclusiones; o cuando se declara un hecho como no probado, pero se hace a través de una presunción” (p. 473).

2.2.2.7.2. Principio del tercio excluido.

Si estamos frente a dos proposiciones y que hemos reconocido una afirma algo y la otra lo niega no cabe la posibilidad de una tercera proposición intermedia, es decir, que al existir dos proposiciones contradictorias necesariamente una tendrá que ser verdadera y la otra falsa y no existiría la posibilidad de un tercer juicio.

Al respecto Zabaleta et al (2006) afirma: “(...) Entre dos cosas contradictorias no cabe término medio” (p. 476).

2.2.2.7.3. Principio de razón suficiente.

Es aquel argumento que si su finalidad pretende ser demostrada primero se debe tener la certeza de la existencia de este, puesto que, si se busca que nuestro argumento que es más que nada el producto de nuestro conocimiento pueda ser comprobado en un problema jurídico y que posteriormente es indispensable la demostración y de que se sabe que solo se puede llegar a la solución dicho problema jurídico de una cierta manera y no existe otro camino de solución.

Al respecto Zabaleta et al (2006) menciona lo siguiente: “Por ejemplo, que se modifique el contenido de la demanda luego de notificada, ni que se ofrezcan medios probatorios impertinentes o fuera de la etapa postulatoria, ya que ello afectaría los términos del debate (...)” (p. 482).

2.2.2.8. Las reglas en los argumentos.

Es preciso mencionar que, la argumentación al tener la característica de que se encuentre compuesta por inferencias por ende también se tendrá que encontrar regida por ocho reglas que pertenecen a la lógica categórica, que a continuación se pasara a detallar:

2.2.2.8.1. Primera regla.

La inferencia tiene una estructura en la que puede estar compuesta por dos premisas en la parte antecedente y en la parte de la conclusión puede poseer una característica consecuente. Como ocurre por ejemplo en las resoluciones que concluye posteriormente a los considerandos que puede ser más de uno.

Es así que, en el caso de una sentencia el juez puede declarar fundado el petitorio y consecuentemente disponer el pago correspondiente de costos y costas del proceso, pero aquí nos damos cuenta que el argumento sustancial seguirá siendo el mismo.

Al respecto Luján et al (2006) ejemplifica mencionando lo siguiente: “(...), los peruanos nacidos en el extranjero con aquellos nacidos en suelo patrio, pero nacionalizados en otro Estado; (...) estamos refiriéndonos a sujetos idénticos, el significado jurídico ha variado, lo que hace suficiente para que se trate de dos términos distinto” (p. 278).

2.2.2.8.2. Segunda regla.

Al referirnos al termino extensión se relaciona a la cantidad de elementos que pueden pertenecer a un conjunto en donde se define aquel termino característico que intervendrá en la inferencia.

Al respecto Luján et al (2006) ejemplifica mencionando lo siguiente: “(...), como cuando se afirma que algunos peruanos han nacido en Trujillo; al momento de concluir no se puede tomar todo el conjunto y concluir que todos los peruanos son norteños, pues la composición solo se hizo con parte del conjunto” (p. 279).

2.2.2.8.3. Tercera regla.

Toda argumentación cuenta con premisas que se relacionan de la manera de antecedentes y con un conjunto de ellas denominada consecuente.

Esta tercera regla nos establece que aquellos términos que en su momento nos valieron de conector entre lo que se conoce que viene a ser el antecedente y lo concluido, no puede de

ninguna manera intervenir al final de lo argumentado, es decir, a la conclusión arribada, puesto que si ese término medio llegase afectar o intervenir en la conclusión se verá afectado aquel proceso de cognición.

Al respecto Luján et al (2006) afirma:” (...), si en la consecuencia interviene alguna premisa o termino que sirvió de medio en el antecedente de la inferencia o la argumentación, el resultado será que hemos regresado a lo ya conocido y la argumentación no tendrá razón de ser (...)” (p. 279).

2.2.2.8.4. Cuarta regla.

Los términos intermedios tienen la función de antecedente y consecuente y tendrá la característica de contar con una capacidad de composición o descomposición, y dependerá del caso.

Al respecto Luján et al (2006) menciona que: “Para que resulte eficaz tal argumentación al menos alguna vez se deberá comparar a todos los elementos del conjunto que forma el término medio de la inferencia” (p. 280).

2.2.2.8.5. Quinta regla.

En la presente regla se sustenta en aquella definición de la argumentación relacionado con el principio silogístico positivo, esto quiere decir que, si en un inicio se ha comenzado con afirmaciones, y que al momento de concluir no puede ser de una manera negativa, puesto que, se estaría cayendo en error en la argumentación.

Al respecto Luján et al (2006) ejemplifica mencionando lo siguiente: “(...), si todos los considerandos el juzgador ha manifestado que Atanasio es el legítimo propietario de un bien, abundando en pruebas y fundamentos jurídicos, no puede declarar infundada su demanda (...). Si eso se realiza, la resolución será absurda” (p. 280).

2.2.2.8.6. Sexta regla.

Esta regla se sustenta tanto en la conceptualización de la argumentación como en la regla de la conclusión imposible

Al respecto Luján et al (2006) afirma: “Si se niega, en un caso pago de soles, que se haya acreditado la exigibilidad de la obligación, (...), y se niega, (...), que el deudor sea capaz; luego, no se puede afirmar que la obligación sí existe” (p. 281).

2.2.2.8.7. Séptima regla.

En relación a la cualidad los llamados escolásticos sostenían que, si contamos que nuestras premisas al mismo tiempo cuentan tanto con afirmaciones y con negaciones, consecuentemente tendremos como resultado una negación, es decir, nuestra conclusión será negativa, todo ello a razón de la quinta regla de la que ya se hizo mención y también esta regla surge por el principio de silogístico negativo.

Por otro lado, si se considera desde la característica de la cantidad, estaríamos frente a la particularidad de que si una de nuestras premisas es particular y la otra universal tendríamos como resultado de que nuestra conclusión tendría la característica de ser particular, y esto es entendido desde la perspectiva de que si nuestra premisa es universal si es que el sujeto tiene la particularidad de ser universal, pero si estamos en un caso de que nuestra conclusión resulta ser particular es porque el sujeto tiene esa característica de particularidad.

Al respecto Luján et al (2006) señala: “Que esta regla no se aplica si solo existen premisas afirmativas o universales; únicamente es aplicable cuando se trata de premisas diversas, en calidad y cantidad” (p. 281).

2.2.2.8.8. Octava regla.

Esta última regla nos establece que, si tenemos dos premisas que son negativas no podremos llegar a ninguna conclusión, ya que, nuestros argumentos no cumplieron su objetivo que es el de generar un nuevo conocimiento.

Al respecto Luján et al (2006) mencionan que: “Que esta regla no se aplica si solo existen premisas afirmativas o universales; únicamente es aplicable cuando se trata de premisas diversas, en calidad y cantidad” (p. 281).

2.2.2.9. Estructura de la argumentación.

Los elementos de la argumentación son la inferencia, la premisa y por último la conclusión, y todos estos elementos forman un conjunto. A continuación, se presentará la estructura de la siguiente manera:

2.2.2.9.1. Tesis.

A la tesis se le considera como aquel problema que tendrá que ser demostrado, por lo tanto, es la base de toda argumentación. Por ejemplo, si redactamos una demanda nuestro petitorio vendría a ser nuestra tesis.

2.2.2.9.2. Fin.

La argumentación tiene un fin que es el de cumplir con regresar aquellas cosas como permanecieron en un inicio, como por ejemplo puede ser la reivindicación de algún derecho cuando se estuvo frente a una calumnia.

Al respecto Luján et al (2006) afirma: “(...), desde la óptica de los derechos agredidos; y, si lo vemos desde la perspectiva de los derechos irreparables, es buscar la reparación del perjuicio” (p. 282).

Es preciso mencionar que, para llegar a la finalidad ansiada de toda argumentación es que la conclusión sea congruente con las premisas que se obtuvieron en un inicio.

2.2.2.9.3. Causa.

Cuando nos referimos a la causa estamos frente al comienzo de toda argumentación. Por ejemplo, en el ámbito jurídico sería aquel motivo que generó la controversia entre dos personas.

Al respecto Luján et al (2006) ejemplifica mencionando lo siguiente: “(...) puede ser la invasión de propiedad ajena, la comisión del ilícito. O el peligro de un derecho irreparable” (p. 282).

2.2.2.9.4. Fundamentación.

Viene a ser la parte más extensa de la argumentación, y está compuesta tanto con premisas como con inferencias que son parte de aquel razonamiento que se desarrolló previamente. Y en el caso de una demanda nuestros fundamentos serían de hecho y de derecho.

Al respecto Luján et al (2006) afirma: “La fundamentación la componen las pruebas meritadas, los datos acumulados y todo aquello que pueda conducirnos a la conclusión” (p. 282).

2.2.2.9.5. Conclusión.

Es la última parte de la argumentación, y tiene la característica de que al final surja algo nuevo que es resultado de aquel proceso de cognición. Es así que, la conclusión es la parte más importante de toda argumentación.

2.2.2.10. Importancia y finalidad de la argumentación.

Toda argumentación busca encontrar que aquella tesis que se expuso pueda ser aceptada por el auditorio. Nuestra argumentación lo que pretende conseguir es convencer al interlocutor sobre lo que se está exponiendo.

Al respecto Luján et al (2006) afirma: “La eficiencia de la argumentación consiste en imprimir en la tesis esgrimida (...), la fuerza y las razones convincentes, tales que conduzca a los interlocutores (...) hacia la acción u omisión que se busca” (p. 336).

2.2.2.11. Motivación de las resoluciones judiciales.

2.2.2.11.1. Definición.

Las motivaciones de las resoluciones conforman ese conjunto de argumentos relacionados entre sí como lo son los fundamentos de hecho y de derecho que será desarrollada por el Juez y que ese conjunto de razonamientos le servirán para que emita su decisión.

Por lo tanto, motivar consiste en la acción que el Juez realiza como la de argumentar y sustentar los hechos facticos y también el aspecto jurídico, y que todo ello le servirá para apoyar su fallo.

Es así que, el Juez al momento de motivar las resoluciones judiciales no bastara que realice la simple explicación de porqué emite esa sentencia, sino que tiene que brindar una razonable justificación, esto quiere decir que, el magistrado debe argumentar correctamente del porque jurídicamente su decisión procede de esa manera.

Al respecto Zabaleta et al (2006) afirma: “Para fundamentar una resolución es indispensable que esta se justifique racionalmente, es decir, que sea la conclusión de una inferencia o sucesivas inferencias formalmente correctas, producto del respeto a los principios y a las reglas lógicas” (p. 370).

2.2.2.11.2. Funciones de la motivación.

Debemos comprender primero que, los magistrados no se encuentran en la obligación de que por el simple hecho de que se presente una demanda el Juez está en la obligación de tener que darle la razón a la parte demandante en todas las pretensiones que plantea, pero lo que si debe hacer es dar razones suficientes del porque emitió su fallo de esa forma.

Es así que, el Juez tiene que fundamentar tanto en el aspecto jurídico como el aspecto fáctico al momento de emitir una sentencia, y de esta manera nos garantiza que está desarrollando la función de que se imparta justicia correctamente, y al mismo tiempo también se están aplicando tanto el principio de impugnación; que se puede hacer presente porque el

juez cumplió su función de fundamentar y que una de las partes procesales después de analizar dichos fundamentos del juez decide que no está en lo correcto, y presenta un recurso de impugnación. Y otro de los principios que se desprende de la motivación que emite el juez es el de la imparcialidad.

Al respecto Zabaleta et al (2006) afirma: “La motivación de las resoluciones judiciales (...) permite a los justiciables conocer las causas por las que la pretensión que se esgrimió fue restringida o denegada (...), hace viable que quien se sienta agraviado (...) pueda impugnarla (...)” (p. 371).

Cuando el juez cumple su función de motivar correctamente se tiene la certeza que no existe arbitrariedad o por lo menos con la debida motivación en las resoluciones judiciales se garantiza a las partes que las pretensiones de la parte demandante y la contestación de la misma de la parte demandada han sido analizadas y que se emitió una sentencia racional y del mismo modo se tuvo en consideración los actuados por las partes procesales.

2.2.2.11.3. Requisitos básicos de la motivación.

Es importante realizar la diferencia entre justificación interna y justificación externa, que a continuación se pasara a detallar:

2.2.2.11.3.1. La motivación como justificación interna.

La motivación tiene la característica de que al aplicarse en las resoluciones judiciales estas contarán con un sustento racional suficiente y, que si la motivación se dirige por un buen camino se presentara al final una decisión que fue el resultado de los antecedentes que fueron presentados por los justiciables,

Al respecto Igartua (2009) señala: “Lo primero que ha de exigirse a la motivación es que proporcione un armazón argumentativo racional a la resolución judicial. (...). Es decir, la decisión final es la culminación de una cadena de opciones preparatorias” (p. 25).

2.2.2.11.3.2. La motivación como justificación externa.

Si se da el caso en que las premisas vienen siendo ambiguas o se encuentran en controversia es necesario que se aplique una justificación externa. Es así que a continuación, se pasara a describir las características con las que debe contar la motivación como son:

2.2.2.11.3.3. La congruencia en la motivación.

Las resoluciones judiciales deben ser motivadas correctamente, al mencionar esto nos referimos que, debe existir una coherencia lógica en la decisión que se emitirá, todo ello con la finalidad de que en la decisión final debe estar presente la congruencia y de esa manera pueda haber compatibilidad en los aquellos argumentos que conforman la motivación

Al respecto Igartua (2009) señala: “Debe emplearse una justificación adecuada (...) la motivación ha de ser congruente con la decisión que intenta justificar (...)” (p. 26).

2.2.2.11.3.4. Integridad en la motivación.

En esta característica de la motivación se hace referencia que, la motivación tiene que ser completa, es decir, que se tienen que motivar todos los puntos que van a influir en la decisión final, al respecto Igartua (2009) afirma: “(...), han de motivarse todas las opciones que directa/indirectamente y total/parcialmente pueden inclinar el fiel de la balanza de la decisión final hacia un lado o el hacia otro” (p. 26).

2.2.2.11.3.5. Suficiencia en la motivación.

Cuando nos referimos que la motivación de una resolución judicial debe ser suficiente, se refiere que el juez al momento de motivar dicha resolución debe atender tanto las razones de derecho como también las razones de hecho, ya que, si se cumple con ambos aspectos al momento de motivar podemos inferir que dicha decisión que encuentra con la motivación suficiente.

Al respecto Igartua (2009) señala: “(...) la complejidad responde a un criterio cuantitativo han de motivarse todas las opciones, la suficiencia a un criterio cualitativo las opciones han de estar suficientemente” (p. 26).

2.2.2.11.3.6. Errores en la motivación.

También llamados errores *in cogitando*, son entendidos como vicios al momento de razonar, es decir se comete un vicio del razonamiento cuando se infringe reglas y principios de la argumentación, y que se encuentran ligados a aquella ausencia tanto de la premisa mayor o también puede darse el caso de la ausencia o el defecto de la premisa menor todo ello relacionado con la inferencia jurídica.

En el ámbito procesal existe una asimilación entre los errores *in cogitando* y los errores *in procedendo*, y esta se deduce cuando se da la infracción que ambos producen al denominado principio de la motivación, y más aún cuando se da la violación a aquel derecho que tenemos todos que es el de contar con un debido proceso.

Al respecto Zabaleta (2006) señala: “La asimilación de los errores *in cogitando* con los *in procedendo* (...) abre paso a una gama de mecanismos para la protección del derecho a un debido proceso como la nulidad y la casación por vicios procesales” (p. 443).

A continuación, se pasará a detallar los errores de la motivación de las cuales son:

2.2.2.11.3.7. Falta de motivación.

En este tipo de error de la motivación es cuando se revela la total ausencia de argumentos en las resoluciones judiciales, es decir, el juez al momento de emitir una resolución judicial no argumenta razones de hecho ni mucho menos de derecho, siendo esta la función del juez la de motivar correctamente y suficientemente tanto las sentencias como también los autos,

Al respecto Zabaleta (2006) señala: “Tal es el caso de los autos a los que la ley les concede la característica de inimpugnable y que algunos jueces omiten fundamentar” (p. 444).

2.2.2.11.3.7.1. *Motivación aparente.*

Este error *in cogitando* se caracteriza cuando los jueces al momento de supuestamente motivar esconden la realidad, en ese sentido se puede advertir que las resoluciones de esta naturaleza solamente describen los hechos presentados por las partes procesales sin llevar a cabo el análisis correspondiente a fin de contrastar lo afirmado con las pruebas presentadas, es decir el juzgador no valora adecuadamente los medios probatorios, solamente realiza una tenue presentación o referencia de las pruebas incorporadas al proceso, no desarrolla de manera específica el valor o significado de cada uno de los medios probatorios, de manera que, existe una falencia en dicha motivación. Entonces, se genera un error que implica la obtención de un razonamiento incorrecto porque al subsumir el caso concreto en la hipótesis jurídica de la norma, no se puede adecuar correctamente, ya que, al realizar una aparente motivación, sin un verdadero análisis de los medios probatorios se obtiene un razonamiento incorrecto.

Al respecto, Ghirardi (1997) señala: “Las resoluciones afectadas por esta clase de error, se caracterizan porque disfrazan o esconden la realidad a través de cosas que no ocurrieron, pruebas que no se aportaron (...)”. (pp. 131-134).

2.2.2.11.3.7.2. *Motivación insuficiente.*

Esta clase de razonamiento, tiene como falencia llevar a cabo una relación de los hechos afirmados por las partes con medios probatorios impertinentes, es decir, que no tiene relación con el petitorio ni con los hechos afirmados.

En ese sentido, Zavaleta (2006) señala: “El juez yerra de este modo cuando no respeta el principio lógico de razón suficiente, es decir, cuando las pruebas en las que basa su conclusión sobre los hechos no solo puede inferirse aquella, sino también otras conclusiones. (...)”. (p. 447).

Según lo señalado por el autor, si es que el juzgador no fundamenta razonadamente su decisión sin explicar o justificar su decisión o si solo lo hace basado en pruebas que no tienen

relación con los hechos, entonces, está vulnerando el principio de la lógica jurídica de la razón suficiente.

2.2.2.11.3.7.3. Motivación defectuosa en sentido estricto.

Si una resolución judicial carece de verdad en las afirmaciones de las partes procesales, relacionándolo con hechos que no han ocurrido y que no se encuentran debidamente acreditados, entonces, se genera motivación defectuosa en sentido estricto, que vulnera una serie de principios lógicos entre los que podemos indicar el principio de identidad del tercio excluido y de la no contradicción, que dan como resultado razonamientos incorrectos o anfibológicos.

En ese sentido Zavaleta (2006) afirma: “se produce cuando el juez viola los principios lógicos o las reglas de la experiencia” (p. 448).

De conformidad a lo señalado por el autor, en un mismo tiempo y en una misma relación, no se puede afirmar ni negar una cosa al mismo tiempo, en ese sentido se vulnera el principio de no contradicción, y eso ocurre por ejemplo, cuando no se encuentra debidamente determinado las conductas que configuran por ejemplo el delito de discriminación, por lo que los funcionarios públicos del sistema de justicia, declaran muchas veces improcedentes las denuncias y dejan impune y con mayor potencialidad a los agresores en la ocurrencia del mencionado delito.

2.2.3. Marco conceptual.

- **Argumentación.** - “La eficiencia de la argumentación consiste en imprimir en la tesis esgrimida (...), la fuerza y las razones convincentes, tales que conduzca a los interlocutores (...) hacia la acción u omisión que se busca” (Lujan, 2006, p. 336).
- **Delito de Discriminación.** - “Los actos discriminatorios se basan en un prejuicio negativo que hace que los miembros de un grupo sean tratados como seres no sólo

diferentes, sino inferiores. El motivo de la distinción es algo irrazonable y odioso (...). (Bilbau & Rey, 2003, p. 111).

- **Fundamentación.** “La fundamentación la componen las pruebas meritadas, los datos acumulados y todo aquello que pueda conducirnos a la conclusión” (Luján et al, 2006, p. 282).
- **La motivación.** – “Para fundamentar una resolución es indispensable que esta se justifique racionalmente, es decir, que sea la conclusión de una inferencia o sucesivas inferencias formalmente correctas, producto del respeto a los principios y a las reglas lógicas” (Zavaleta, 2006, p. 370).
- **Método gramatical o literal.** - “La importancia del método gramatical reside en que la ley basa sus prescripciones en la utilización del lenguaje general (...) pretende dirigir la conducta de los ciudadanos y busca ser entendida por ellos” (Castillo et al, 2006, p. 84).
- **Método lógico-sistemático.** - “(...). Tan importante como la interpretación gramatical es la apelación a los principios lógicos (...), los cuales ayudan a desentrañar el sentido del texto o a obtener una conclusión que de la letra de la ley no se deduce (...)” (Castillo et al, 2006, p. 89).
- **Opinión.** - “Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada de pareceres, dictámenes, juicios, etc., que postula una persona”. (García, 2021, p. 181).
- **Orientación sexual.** - “Que la orientación sexual constituye un aspecto fundamental del ser humano pues es como las personas manifiestan sus intereses sexuales y emocionales”. (Vivanco, 2019, p. 24).
- **Principio del tercio excluido.** - “(...) Entre dos cosas contradictorias no cabe término medio” (Zavaleta et al, 2006, p. 476).

- **Principio de no contradicción.** - “Resulta contradictorio (...), tomando dos ejemplos de la jurisprudencia francesa, si el juez fundamenta su decisión en una pericia y, no obstante, se pronuncia en sentido inverso a sus conclusiones; o cuando se declara un hecho como no probado, pero se hace a través de una presunción” (Zavaleta et al, 2006, p. 473).
- **Razonamiento jurídico.** - “Problematicidad que encuentra confirmación tanto a nivel epistemológico (...), como a nivel lógico respecto a la caracterización de los instrumentos lógicos idóneos (...)” (Mazzarese, 2010, p. 242).

Capítulo III: Metodología

3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica

El enfoque cualitativo de la presente tesis, se sustenta en la causa que da origen una acción social como un fenómeno complejo, a fin de dar una propuesta de mejora o una solución al problema presentado, al respecto debemos citar a Aranzamendi (2010), que señala que el alcance final de la investigación de enfoque cualitativo es: “(...) comprender un fenómeno complejo (...) [cuyo] acento no está en medir las variables del fenómeno, sino en entenderlo” (p. 18).

En ese sentido, precisamos que no se desarrolla trabajo de campo, sino eminentemente teórico basado en la hermenéutica jurídica, por eso cuando se refiere a la investigación de enfoque cualitativo, debemos mencionar a Hernández, Fernández y Baptista (2014), indicando que en aquellas investigaciones: “(...) no se llega por procedimientos estadísticos u otro tipo de cuantificación (...)” (p. 4).

Por esa razón, la presente investigación, es de corte cualitativo teórico, ya que se analizó el “artículo 323 del Código Penal, referido al delito de discriminación”, asimismo se analizó la Constitución Política del Perú con el propósito de verificar si reconoce como derechos fundamentales a la orientación sexual y a la identidad de género, en ese contexto asumimos lo señalado por Witker citado por García (2015), que respecto a la investigación teórica-jurídica, indica que es: : “(...) aquella que concibe el problema jurídico desde un perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real [esto es] que se relacione con la institución, norma jurídica o estructura legal en cuestión”, consecuentemente las investigaciones de corte cualitativo teórico analizan las normas ya sea en forma individual o en su conjunto desde un ordenamiento normativo.

Se debe agregar, que también en ese orden de ideas se analizó la Ley N° 27270 “Ley contra actos de discriminación”, luego la Ley N° 28867 publicado el 09 de agosto del 2006,

ley que incorporó las conductas de discriminación, como “incitar o promover la discriminación”, y finalmente mediante Decreto Legislativo N° 1323 del 06 de enero del 2017, que modificaron en forma sucesiva el artículo 323 del Código Penal, las mismas que dieron origen a una serie de problemas de interpretación en dicha norma, en la que por cierto se origina una acción social o fenómeno complejo que requiere de una propuesta de mejora para dar solución al problema detectado.

La finalidad del análisis de las referidas leyes se llevó a cabo para verificar si existen incoherencias que causan problemas en el razonamiento lógico jurídico y en la interpretación jurídica de los magistrados del sistema de justicia del Estado peruano, en lo que se refiere al delito de discriminación; para ello, se realizó una delimitación conceptual, basado en el lenguaje del iusnaturalismo racional, con lo que se logró fundamentar las razones que nos permitieron aplicar la postura epistemológica jurídica, que sustenta nuestra investigación.

Se debe sustentar porque nos remitimos al iusnaturalismo, señalando que en su evolución se han destacado diferentes representantes y movimientos, pero debemos resaltar dos tipos: “(1) teológico y (2) racional, de los cuales, nos centraremos en el segundo, porque ello compete a los intereses de la investigación, asimismo, el (a) objeto, (b) método y (c) fin de estudio se justifican a razón de que cada escuela jurídica debe tener en claro qué es lo que va a estudiar, cómo lo va a estudiar y finalmente, si esos dos elementos se ajustan a la finalidad o propósito de la escuela en mención” (Vivanco, 2017, p. 36-41).

En ese sentido, se sigue los lineamientos de Kant (2008), quien manifiesta: “El objeto del iusnaturalismo racional viene a ser la legislación externa, esto es cualquier norma, tratado, principio o propósito, (...)” (pp. 24 y 25).

Agrega Kant (2008): “mientras que en el método se realiza una valoración de correspondencia entre la legislación externa con la legislación interna (los deberes de cumplimiento según el imperativo categórico), (...)” (p. 39).

Finaliza Kant (2008), señalando: “para que finalmente en el fin de estudio, es pertinente, que las personas y/o el Estado realicen acciones acordes a derecho por el deber ser (observando al hombre como un fin en sí mismo)” (p. 40).

De conformidad a lo antes señalado, la presente investigación tuvo como objeto el análisis del artículo 323 del Código Penal, que desde su vigencia fue modificado por “Ley N° 27270, Ley contra actos de discriminación, luego la Ley N° 28867 publicado el 09 de agosto del 2006, ley que incorporó las conductas de discriminación, como incitar o promover la discriminación, y finalmente mediante Decreto Legislativo N° 1323 del 06 de enero del 2017”; el método, se aplicó para verificar la correspondencia de los derechos fundamentales que actualmente reconoce la Constitución vigente, con el cumplimiento de los imperativos categóricos de las normas de menor jerarquía con la Constitución, comprobando analíticamente si dichas leyes fueron creadas con intereses políticos, egoístas o de cualquier otra índole similar; y, en el fin de estudio, se determinó que el artículo 323 del Código Penal vigente vulnera el principio de congruencia constitucional, es decir, que el mencionado artículo no se encuentra de conformidad con la Constitución al haber incluido en su texto el derecho de orientación sexual e identidad de género, que no se encuentran reconocidos constitucionalmente.

3.2. Metodología

Las metodologías paradigmáticas, se dividen en teóricas y empíricas y al haber fundamentado porque nuestra investigación se ubica dentro de las investigaciones teóricas, nos permitió utilizar la “metodología paradigmática teórica jurídica, justificada por Witker en los párrafos antes indicados, lo que nos llevó a utilizar la tipología de corte propositivo”.

Al respecto, citamos a Aranzamendi (2010), quien afirma: “(...) analiza la ausencia de una norma o se cuestiona una existente, determinando sus límites y deficiencias para proponer

una nueva. Generalmente estas investigaciones culminan con propuestas legislativas, programas, principios o fundamentos jurídico filosóficos” (p. 163).

En la presente investigación efectivamente se cuestiona una norma que es el “artículo 323 del Código Penal, desde una postura epistemológica iusnaturalista”.

En la presente investigación, el paradigma metodológico teórico jurídico mantiene relación con la “tipología de corte propositivo y la postura epistemológica iusnaturalista racional, en consecuencia, es compatible y viable”, porque estos sistemas han cuestionado y valorado el artículo antes señalado, además de las normas nacionales ya citadas, cuestionando su valor intrínseco, ya que al encontrarnos en un Estado Constitucional de Derecho, logramos predecir que la “norma cuestionada al incluir la orientación sexual y la identidad de género que no se encuentran reconocidos constitucionalmente, vulnera el principio de congruencia constitucional”.

Lo antes indicado, también vulnera el derecho a la libertad de opinión que se encuentra reconocido en la Constitución vigente, debido a que limita la opinión de otros ciudadanos sobre el mismo tema, es más un Decreto Legislativo de menor rango no puede reconocer derechos fundamentales, que nos han sido materia de debate en el Congreso, lo cual desde el punto de vista del “imperativo categórico de Kant es sumamente reprochable, ya que no concuerda con los valores inmutables que el iusnaturalismo promueve; en ese sentido, los presupuestos de la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios y los elementos del tipo penal del artículo 323 del Código Penal” afectan la argumentación jurídica del sistema de justicia de nuestro país, y con ello se determinó, si tal dispositivo normativo mantiene su vigencia o de lo contrario es posible su modificatoria o derogatoria.

Debemos precisar que según la estructura de una tesis de enfoque cualitativo no se exige señalar cada uno de los métodos, sino realizar un “comentario metodológico riguroso al respecto; sin embargo, hemos visto por conveniente sustentar los siguientes métodos”:

El presente trabajo de investigación se aplicó el **método general** analítico-sintético, debido al enfoque cualitativo teórico que presenta la presente investigación, que nos permitió “descomponer en sus fragmentos la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios y de los dictados de un derecho penal democrático, para luego, volverlos a unir a fin de determinar sus presupuesto y elementos del tipo penal”. De igual manera, se procedió con el artículo 323 del Código Penal y el Decreto Legislativo N° 1323 publicado el 06/01/2017 a fin de determinar los comportamientos que configuran el respectivo delito.

En ese sentido Zelayaran (2009) señala sobre el método analítico: “(...), el análisis y síntesis constituyen dos momentos de un único proceso de conocimiento, de modo que, cada uno de ellos cumple funciones que corresponden a determinadas etapas del proceso del conocimiento, complementándose mutuamente” (p. 90).

Como **método específico**, se aplicó el hermenéutico jurídico, ya que en la presente investigación se utilizarán diferentes “libros jurídicos para una adecuada interpretación con la finalidad de alcanzar el sentido y alcance que tiene el delito de discriminación para determinar los actos discriminatorios”.

Se debe señalar que la hermenéutica nos ayuda a realizar una interpretación cabal del significado de las normas jurídicas y el alcance del lenguaje jurídico. Por ello “la hermenéutica es la técnica y el arte de interpretar textos, es decir, comprender su verdadero significado”. (Ramírez, 2010, pp. 462-463).

Como **tipo de estudio**, el presente trabajo de investigación de enfoque cualitativo teórico es un tipo de estudio “básico o fundamental, y en ese sentido nos permitió establecer el predominio en la sistematización de conceptos jurídicos” para la obtención de datos mediante la interpretación jurídica y ofrecer una ampliación respecto a la información referida al delito de discriminación y los comportamientos que configuran este delito en nuestra legislación.

Sánchez & Reyes (1998) aseveran: “(...) nos lleva a la búsqueda de nuevos conocimientos y campos de investigación (...) mantiene como propósito recoger información de la realidad para enriquecer el conocimiento científico” (p. 13).

Como **nivel de investigación**, en el presente trabajo de investigación se aplicó el explicativo, ya que nos ayudó a determinar las causas y explicaciones, porque el “artículo 323 del Código Penal” no guarda correspondencia con la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios y con los dictados de un derecho penal democrático.

Al respecto, Hernández et al. (2010) afirma: “los estudios explicativos van más allá (...), están dirigidos a responder a las causas de los eventos y fenómenos físicos o sociales. (...), su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno (...), o por qué dos o más variables están relacionadas” (p. 84).

Como **diseño de investigación**, en el presente trabajo de investigación se presenta un diseño de estudio no experimental, porque no existió intención de manipular las categorías de estudio, nos avocamos específicamente a realizar el análisis de los hechos que ocasionan la no correspondencia del “artículo 323 del Código Penal con la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios y con los dictados de un derecho penal democrático”.

Al respecto Carrasco (2013) afirma: “El diseño no experimental no manipula intencionalmente las variables, se analizan y estudia los hechos y fenómenos de la realidad después de su ocurrencia. (p. 71).

La investigación conservó un diseño explicativo, ya que se recabará información a través de la “técnica del fichaje, con el uso de las fichas textuales y de resumen”, recopilando la información en un solo momento para el desarrollo del marco teórico.

El diseño esquemático de la presente investigación es explicativo simple, porque mantiene la siguiente estructura:

| | |
|-------|-------|
| M_1 | O_x |
| r | r |
| M_2 | O_y |

En nuestro caso “M serán los diferentes textos jurídicos que tratan sobre el delito de discriminación y la argumentación jurídica; la O será la información obtenida de la data correspondiente para someterla al análisis correspondiente; O_x será la información que se recabe de las fichas referida a las variables de estudios; y, la O_y será el número de fichas trabajadas”.

3.3. Diseño metodológico

3.3.1. Trayectoria del estudio.

En la trayectoria del estudio, se debe explicar, desde que se instaló la metodología hasta la obtención sistemática de los datos, y se llevó a cabo de la siguiente manera.

Se aplicó la interpretación exegética, que según Miró-Quesada (2003) precisa: “Es considerada como la búsqueda de la voluntad del legislador” (p. 157), de esta manera, se analizó el artículo 323 del Código Penal y del mismo modo se realizó una interpretación doctrinaria jurídica sobre la discriminación, que Tallero (2015) indica: “Se entiende como la interpretación llevada a cabo por los juristas de analizar las diversas posiciones doctrinarias, incluso de una corriente filosófica, de comentarios a una determinada norma, entre otros”. (p. 73).

Se recabo la información por medio de la técnica del análisis documental y otros instrumentos de recolección de datos entre los que se encuentran: “la ficha bibliográfica, textual y de resumen”, por el que analizó las características de los conceptos jurídicos y se observó su nivel de relación, por último, se procesó los datos mediante la argumentación jurídica, para así poder responder las preguntas planteadas o contrastar las categorías establecidas, del presente trabajo de investigación.

3.3.2. Escenario de estudio.

Por la naturaleza de enfoque cualitativo, la presente investigación, aplicó un método propio del derecho, por tanto, el escenario de estudio fue el ordenamiento jurídico, ya se analizaron las disposiciones normativas, para determinar si existe congruencia con la Constitución, del mismo modo, se centró en el estudio de los temas y subtemas más importantes sobre el derecho de libertad y de discriminación, específicamente en lo correspondiente a la orientación sexual y a la identidad de género.

3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos.

De conformidad a lo anteriormente señalado, sobre el “enfoque cualitativo de la investigación al ser una investigación propositiva jurídica” lo que se estudió fueron las normas jurídicas centradas en las categorías de estudio delito de discriminación y argumentación jurídica, así como de sus temas y subtemas.

Además, por su naturaleza también se analizó el “artículo 323 del Código Penal, que desde su vigencia fue modificado por Ley N° 27270, Ley contra actos de discriminación, luego la Ley N° 28867 publicado el 09 de agosto del 2006, ley que incorporó las conductas de discriminación, como incitar o promover la discriminación, y finalmente mediante Decreto Legislativo N° 1323 del 06 de enero del 2017”, con la finalidad de hacer una modificación o derogación normativa que no esté apartada de la racionalidad y por ende de la validez de la misma.

3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

3.3.4.1. Técnicas de recolección de datos.

En el desarrollo de la investigación, de conformidad a su naturaleza de estudio se aplicó la técnica del análisis documental, a fin de determinar que entre las categorías de estudio no se mantiene el principio de congruencia constitucional.

En ese sentido citamos a Chirinos et al. (2011) que afirma: “Hemos señalado anteriormente que los documentos son denominados unidades de estudio y solo son documentos cuando se trata de investigaciones de naturaleza documental o teórica (...)” (p. 61).

Por tanto, el análisis documental fue obtenido de los libros jurídicos especializados en las categorías de estudio de juristas expertos en el tema de investigación.

3.3.4.2. Instrumentos de recolección de datos.

Los datos se procesaron por medio de las “fichas textuales y de resumen, que son los instrumentos de la recolección de datos que fueron extraídos de los libros jurídicos”, referidos a la naturaleza jurídica de los actos discriminatorios y elementos del tipo penal del artículo 323 del Código Penal, que son subcategorías de la categoría delito de discriminación, así como las subcategorías razonamiento lógico jurídico e interpretación jurídica que pertenecen a la categoría argumentación jurídica, temas que nos ayudaron a determinar si se está cumpliendo con el principio de congruencia constitucional.

En ese contexto, Villegas et al. (2011) señala: “(...) el fichaje es la técnica que posibilita la recolección de datos de las fuentes escritas (...)” (p. 149).

La técnica del fichaje permite que “los datos recabados sean procesados sistemáticamente a fin de cumplir con las exigencias metodológicas que corresponde a una investigación seria”.

A fin de contar con la “validez y confiabilidad de las fichas textuales y de resumen, se considerará el tipo de validez de contenido”.

Al respecto, Carrasco (2013), define: “Es la evaluación del instrumento de investigación respecto a la coherencia, veracidad, secuencia y dominio del contenido (variables, indicadores e índices) de aquello que se mide” (p. 337).

Se debe precisar que, Carrasco (2013) se pronuncia por el tipo de confiabilidad, y el criterio de consistencia interna: “(...) al grado de relación y conexión de contenido y método que tiene cada uno de los ítems, que forman parte del instrumento de investigación” (p. 343).

En cuanto a la validez y confiabilidad de las fichas textuales y de resumen, se constató por medio de la “coherencia y veracidad del análisis e interpretación de la bibliografía doctrinal acerca de las categorías de investigación. En cuanto al grado de relación y conexión del contenido entre estas categorías se cumplió con la conexión de las subcategorías” del presente trabajo de investigación, a fin de brindar validez y confiabilidad a los instrumentos de nuestra investigación.

3.3.5. Tratamiento de la información.

La recolección de datos se llevó a cabo, mediante la técnica del fichaje, y también se desarrolló el tratamiento de la información; sin embargo, se debe indicar que para desarrollar un estudio objetivo y reducir la subjetividad se aplicó la “hermenéutica jurídica con lo que se pudo analizar las características más trascendentes de las categorías de estudio, de manera que el marco teórico mantenga consistencia, coherencia y sea sostenible” (Velásquez & Rey, 2010, p. 184). Por todo lo señalado se utilizará el siguiente esquema:

“FICHA TEXTUAL o RESUMEN: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)”

“DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (Año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual”.

CONTENIDO:

“.....

”

En el tratamiento de la información y el desarrollo de las bases teóricas, “no solo se aplicó la hermenéutica jurídica, sino se tomó en cuenta las leyes que rigen el pensamiento

humano con lo que se logró obtener un adecuado razonamiento, pero, aplicando los principios lógicos para evitar razonamientos incorrectos”.

Se debe tomar en cuenta a Aranzamendi (2010) que afirma: “De este modo, (...) deben ser: a) coherentemente lógicas teniendo como base, premisas de antecedentes y conclusiones; (...)” (p. 112).

En aplicación de la lógica jurídica, se hizo uso de la “inferencia jurídica para lograr que los datos obtenidos sean útiles para argumentar los resultados y contrastación de los supuestos de investigación”.

En cuanto a la ética, como un valor fundamental en el desarrollo de cualquier investigación, se debe citar a Aranzamendi (2009) que presenta como atributo del investigador a la ética y señala que: “Es un valor que debe poseer como norma de conducta todo investigador. Respetar el principio de que la vida, la libertad y la justicia prevalece sobre todas las cosas materiales” (p. 47).

Por ello, el valor de un investigador, es respetar el derecho de autor a fin de “no tomar como suyo el pensamiento de otros”, por eso cuando ha de realizar citas debe cumplir con las reglas de cada estilo tanto en las bases teóricas como en las referencias bibliográficas, en razón a la obligación ética y moral de todo investigador.

3.3.6. Rigor científico.

El rigor científico de la presente investigación se encuentra respaldada en el paradigma metodológico que se aplicó y en ese sentido debemos citar a Witker y Larios (1997) en el método iusnaturalista: “Se trata de privilegiar los aspectos axiológicos y éticos de las instituciones y normas jurídicas, para lo cual recurre a los modelos epistemológicos más cercanos a lo metafísico y filosófico” (p. 193).

En cuanto a la fundamentación de las razones que se debatieron, se realizó tal como ocurre en la emisión de una sentencia en la parte considerativa, de tal manera que termine en

una conclusión coherente y consistente que cumpla con los principios de la lógica jurídica: “principio de identidad, principio de no contradicción y principio de tercio excluido”, de manera que los juristas que analizan, puedan refutar el considerando que observe la inconsistencia de los argumentos dados, a fin de debatir con rigurosidad científica jurídica.

3.3.7. Consideraciones éticas.

Al ser una investigación cualitativa teórica, no es menester presentar una justificación para “salvaguardar la integridad o el honor de algún entrevistados o encuestados o cualquier otra modalidad fáctica-empírica”.

Capítulo IV: Resultados

4.1. Descripción de los resultados

4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del primer objetivo específico.

El primer objetivo específico ha sido el siguiente: **“Determinar de qué manera los presupuestos de la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios influyen en el razonamiento lógico jurídico de los magistrados en el Estado peruano”**; y sus resultados fueron:

PRIMERO. – La naturaleza de los actos discriminatorios surge al reconocer el pluralismo y la diversidad y en el que se debe tomar en cuenta el derecho a la igualdad a fin de sustentar cualitativamente las diferencias accidentales de todo ser humano, de forma particular con su capacidad física, su edad, sexo, inteligencia, etc. Del mismo modo se debe tomar en cuenta la naturaleza de las cosas que coexisten en las relaciones entre los ciudadanos que en determinadas circunstancias sin querer o deliberadamente afectan el derecho a la igualdad.

SEGUNDO. - En este contexto, los presupuestos de la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios, son determinados en base a las circunstancias, cuando una persona es objeto de un trato desigual respecto a otros ciudadanos que se encuentran en la misma condición, y otro ciudadano le deniega un derecho por carecer de un estado socio-económico solvente, porque pertenece a una raza diferente, o por tener una opción sexual distinta a un varón y una mujer.

TERCERO. – El artículo 323 del Código Penal, mantiene presupuestos de la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios, distintos a los que la doctrina especializada nacional e internacional sostienen cuando tratan sobre el reconocimiento de la dignidad humana, para la calificación de la conducta de los actos discriminatorios, que deben ser diferenciados mediante patrones de orden étnico, ideológico, cultural, sexual, etc., pero reconocidos constitucionalmente.

CUARTO. – Del mismo modo, los presupuestos antes señalados deben ser determinados conforme a la “Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948” en sus artículos 1, 2 y 23; del mismo modo, la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948” en su artículo 2; de la Convención N° 111 de Ginebra; y, de la Declaración de las Naciones Unidas en sus artículos 1, 2, 3 y 4.

QUINTO. – En razón a lo antes indicado los presupuestos de la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios, son determinados en circunstancias cuando las personas tienen un trato desigual, frente a los demás, en las mismas circunstancias, precisando que, los presupuestos establecidos en el artículo 323 del Código Penal son contradictorios en su mismo texto y carecen de base legal constitucional, como, por ejemplo, la incorporación del derecho de identidad de género, que no se encuentra bajo el amparo de la Constitución vigente, a pesar que en el mismo texto se indica que estos derechos deben ser reconocidos en la Constitución, lo que resulta ser contradictorio.

SEXTO. – En cuanto al razonamiento lógico jurídico de los magistrados, se debe tomar en cuenta el proceso judicial, en el que dos o más partes procesales, en mérito a la estructura dialéctica se encuentran en contraposición, por lo que, los magistrados entre los que se encuentran los jueces y fiscales no deben guiarse por las posiciones argumentativas que manifiestan las partes procesales, estos deben tomar en cuenta los hechos afirmados y los medios probatorios que los acredita y haciendo uso del *iura novit curia*, deben aplicar el derecho correspondiente.

SÉPTIMO. – En ese sentido, los magistrados también deben tomar en cuenta el reconocimiento de los derechos fundamentales que se encuentran vigentes en la Constitución Política del Perú y respetar el principio de congruencia Constitucional, es decir, que se debe interpretar las normas de conformidad con la Constitución, sobre todo en el ámbito penal, se

debe respetar el tipo descrito en la norma que se está analizando, de lo contrario su razonamiento sería incorrecto.

OCTAVO. – El razonamiento que deben manejar los magistrados es el lógico jurídico, a fin de no caer en arbitrariedad, en esa medida, deben aplicar los principios de la lógica jurídica como el de identidad, no contradicción, tercero excluido y la razón suficiente, asimismo, el manejo idóneo de la aplicación de la inferencia jurídica para la obtención de razonamientos correctos en la toma de decisiones.

NOVENO. – En el desempeño de sus funciones, los magistrados en los casos referidos a la discriminación e incitación a la discriminación del artículo 323 del Código Penal, se deben orientar por los presupuestos de la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios, que deben estar idóneamente planteados en la norma, por ello, en la actualidad surgen problemas de interpretación y sobre todo de argumentación jurídica, debido a la contradicción que existe en el mismo texto, ya que el derecho de identidad de género no se encuentra reconocido en la Constitución vigente, y sin embargo, el propio artículo antes mencionado entra en contradicción en su propio texto.

DÉCIMO. – En consecuencia, debido a la contradicción antes indicada y la incorporación del derecho de identidad de género y orientación sexual que no se encuentran amparados constitucionalmente, pero que se encuentran como derechos en el artículo 323 del Código Penal, dificulta a los magistrados del sistema de justicia determinar con exactitud los actos discriminatorios en los diferentes casos concretos presentados ante sus Despachos, en algunos casos en los que si se vulnera su derecho a no ser discriminado, los magistrados declaran que no ha existido delito de discriminación y en otros que no existe dicho delito se pronuncian señalando su existencia, por lo que, estos presupuestos de la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios mal planteados, generan un problema en el razonamiento lógico jurídico de los magistrados.

4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del segundo objetivo específico.

El objetivo dos ha sido: “**Determinar de qué manera los elementos del tipo penal del artículo 323 del Código Penal influyen en la interpretación jurídica de los magistrados en el Estado peruano**”; y sus resultados fueron:

PRIMERO. – El artículo 323 del Código Penal, prescribe:

“El que, por sí o mediante terceros, realizan 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 reconocidos en la ley, **la Constitución** o en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte, basados en motivos raciales, religiosos, nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, idioma, identidad étnica o cultural, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, discapacidad, condición de salud, factor genético, filiación, o cualquier otro motivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.

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

SEGUNDO. – Del artículo antes indicado se desprende tres elementos que orientan las conductas referidas a la discriminación, en primer lugar, mencionaremos el primer elemento:

a) Un trato diferenciado o desigual

El trato diferente o desigual del que sea objeto una persona o un grupo de personas, viene a ser un acto discriminatorio, debido a la exclusión que por derecho constitucional están protegidos, de igual manera en normas internacionales, debiendo precisar que este acto debe ser de manera frecuente; sin embargo, la

sentencia N° 0003-2003-AI/TC de fecha 04 de julio del 2003 precisa: “que, el principio de igualdad no garantiza que continuamente en todos los casos deba tratarse de manera similar a todos, sin embargo, las distinciones que el legislador pueda presentar, obedecerán a criterios, objetivos y razonables”.

En ese sentido, cualquier acto discriminatorio debe ser analizado de forma separada, ya que existen tratos diferentes o desiguales que muchas veces no vulneran la igualdad.

TERCERO. – Debemos mencionar el segundo elemento del artículo 323 del Código Penal:

b) Un motivo o razón prohibida

“El acto discriminatorio de trato desigual que son motivo o razón prohibida son dos: el primero, referido a las características del sujeto, las mismas que son distintas a los de su voluntad como pueden ser la raza, origen, sexo, etc., pero siempre que estos derechos estén reconocidos en la Constitución Política del Perú; el segundo, referido a las posiciones que asumen de forma voluntaria los sujetos en el “ejercicio del libre desarrollo de su personalidad, entre ellos se encuentra la religión, opinión, filiación sindical, etc., entre otras posiciones que puedan ejercer”.

Se debe precisar, que el motivo o razón prohibida, no debe ser tan amplio que comprenda una causa de diferenciación irrazonable; sin embargo, el artículo 323 del Código Penal ha incorporado la “identidad de género, que fue añadido mediante el Decreto Legislativo N° 1323 publicado el 06 de enero del 2017, sin que la identidad sexual esté reconocida como un derecho constitucional”.

CUARTO. – Debemos mencionar el tercer elemento del artículo 323 del Código Penal:

c) Un objetivo o un resultado.

“El acto discriminatorio de un trato diferenciado debe estar fundado en un “motivo prohibido que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el derecho constitucional reconocido, así como su ejercicio y goce, en ese sentido, el derecho a la igualdad está destinado a supuestos de protección distinta, por lo que restringe cualquier trato arbitrario que se ejerza por un sujeto o grupo de personas”. Es por ello, que la discriminación protege el derecho de igualdad, por lo que cualquier trato arbitrario no está considerado sino está respaldado en la Constitución Política del Perú, es decir debe tener trascendencia social, que tenga un efecto en la situación jurídica de dicha persona en la sociedad.

QUINTO. – Como se puede advertir, de los tres elementos del artículo 323 del Código Penal, están incluidos supuestos de actos discriminatorios que no están reconocidos en la Constitución vigente como son la orientación sexual y la identidad de género, el segundo incorporado por el “Decreto Legislativo N° 1323 del 2017” que incluyó este supuesto de forma equivocada y ambigua, ya que el Congreso de la República delegó al Poder Ejecutivo “la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de PETROPERÚ S.A.”.

Si bien es cierto, “el literal a) del numeral 2 del artículo 2 del citado dispositivo legal, establece la facultad de legislar en materia de seguridad ciudadana; así como modificar la legislación penal y procesal penal y de ejecución penal, con el objeto de revisar la regulación vigente del delito de feminicidio y sus agravantes, la terminación anticipada, (...) y la violencia de género, (...)”.

En ese contexto, la incorporación de la orientación sexual y la identidad de género, no se encuentran reconocidas en la Constitución, sin embargo, mediante esta facultad que el Congreso de la República otorgó al Poder Ejecutivo, por desconocimiento o deliberadamente

se incorporan estos supuestos de forma inconstitucional, de manera que los elementos del artículo 323 del Código Penal, están originando problemas de interpretación a los magistrados del sistema de justicia.

SEXTO. – Respecto a la interpretación jurídica que realizan los operadores jurídicos entre los que se encuentran los magistrados como jueces y fiscales en materia penal, viene a ser una actividad de tipo decisorio constitutivo y se aplica solamente ante situaciones que originan duda u oscuridad en la norma, es por ello, que ante una percepción que no es clara, dudosa o ambigua, es necesario la interpretación jurídica, a fin de despejar dichas dudas.

SÉPTIMO. – En este contexto, se aplican los métodos de interpretación jurídica, que son instrumentos para extraer el verdadero sentido y alcance, en el presente caso, de una norma, a fin de justificar el resultado mediante la argumentación jurídica de dicha actividad interpretativa, de manera que los métodos de interpretación que utiliza la doctrina de forma idónea son el gramatical o literal, el lógico-sistemático, el histórico y el teleológico o funcional.

OCTAVO. – En ese sentido, se debe precisar, que ante la duda o ambigüedad en la norma no se debe excluir la aplicación de los métodos de interpretación, por ello, debemos explicar de forma breve cada uno de ellos; en cuanto al método gramatical o literal permite extraer el entendimiento de las palabras o términos o conceptos que contiene la norma tratando de no vulnerar el principio de lógica jurídica, ya que existen conceptos jurídicos cuya simbolización al escribir son idénticas, sin embargo, tienen diferente sentido o acepción, por lo que si no se aplica el método gramatical se obtiene un resultado de razonamiento incorrecto cuando se lleva a cabo la operación de la inferencia jurídica, es por ello, que la interpretación extrae de los hechos las conductas que tienen relevancia jurídica, descartando las que no tienen, además, permite establecer los límites y la relación de aplicación de la norma en análisis.

NOVENO. – En cuanto al método lógico-sistemático, permite determinar el verdadero orden sistemático que debe tener una norma debido a la jerarquía que ocupa dentro del

ordenamiento normativo, tomando en consideración que la Constitución de conformidad al artículo 51 y 138 segundo párrafo, establece que la Constitución es la norma de mayor jerarquía y que las demás normas de menor jerarquía deben estar de conformidad a la Constitución, en ese sentido, se desentraña el sentido del texto, a fin de que en la inferencia jurídica la conclusión debe ser el resultado de una norma con su verdadero orden y jerarquía en el ordenamiento normativo, es por ello, que el artículo 323 del Código Penal al incluir los conceptos jurídicos orientación sexual e identidad de género que no están reconocidos como derechos constitucionales vulnera el método lógico-sistemático.

DÉCIMO. – En cuanto al método histórico, se debe tomar en cuenta los antecedentes políticos, sociales y económicos de la norma materia de análisis, de igual manera, los sucesos que en favor o en contra que ocurrieron en el pasado, a fin de verificar si las circunstancias que fueron perjudiciales en el pasado se repiten en la norma vigente, lo ideal es que se mantenga las circunstancias o sucesos que no provocaron perjuicio, sino más bien se deben ampliar en mérito a dicho pasado positivo los supuestos que verdaderamente benefician a la sociedad, de acuerdo a la realidad existencial actual.

DÉCIMO PRIMERO. – En cuanto al método teleológico o funcional, se considera de mayor relevancia en la doctrina, ya que permite establecer la finalidad de la norma, es decir, si contiene prohibición, obligación, permisión y prerrogativa, de manera que, el operador jurídico en mérito a ello, pueda determinar si los hechos o conductas realizadas por las personas se encuentran en concordancia con dicha norma, es por ello, que el método teleológico sirve de instrumento que resuelve los conflictos sociales para organizar la vida en común, es decir, que la norma proteja solo los derechos que común o normalmente se encuentran reconocidos en la Constitución vigente, lo que no ocurre con el artículo 323 del Código Penal.

DÉCIMO SEGUNDO. – En consecuencia, podemos señalar que los resultados de los elementos del tipo penal del artículo 323 del Código Penal, ocasionan problemas de

interpretación jurídica a los magistrados del sistema de justicia del Estado peruano, ya que al no estar reconocidos como derechos constitucionales, la orientación sexual y la identidad de género que fueron incorporados uno de ellos por el “Decreto Legislativo N° 1323 publicado el 06 de enero del 2017”, origina que el mencionado artículo es inconstitucional.

4.2. Contratación de los supuestos

4.2.1. Contratación del primer supuesto específico.

El primer supuesto específico es el siguiente: **“Los presupuestos de la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios influyen negativamente en el razonamiento lógico jurídico de los magistrados en el Estado peruano”**. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una teorización que permita discutir su contenido.

PRIMERO. – Los presupuestos de la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios, se obtienen mediante la determinación de las circunstancias, en la que una persona o grupo de personas son tratadas de forma desigual en relación a otros ciudadanos de su misma condición, de manera que, se les menoscaba ese mismo derecho por no encontrarse en un estado social y económico igual a otra persona de su misma condición que es de mayor solvencia, o porque es de una diferente raza, o porque sexualmente es varón o mujer, precisando que existen circunstancias de subsistencia del machismo, que hace que una mujer no pueda pertenecer a cierta función social.

SEGUNDO. – En ese contexto, el artículo 323 del Código Penal actualmente incorpora presupuestos de naturaleza delictiva de los actos discriminatorios que no están considerados como derechos reconocidos en la dignidad humana, que deben ser diferenciados por un orden étnico, ideológico, cultural, sexual, etc., reconocidos constitucionalmente y que se encuentre en concordancia con la “Declaración Universal de Los Derechos Humanos” y otras normas internacionales de la misma naturaleza.

TERCERO. – En ese sentido, el artículo 323 del Código Penal, mantiene una contradicción en su propio texto, ya que en la parte inicial señala que se deben proteger derechos reconocidos en la Constitución y, sin embargo, líneas más abajo incorpora los derechos de orientación sexual e identidad de género que no se encuentran reconocidos en la Constitución vigente.

CUARTO. – En razón a ello, la interpretación jurídica de los magistrados del Estado peruano, se convierten en problema, ya que al estar establecido en el artículo 323 del Código Penal, los derechos antes indicados que no tienen reconocimiento constitucional, no deben guiarse por la posición argumentativa que, en mérito a la vigencia de la norma antes señalada, solicita la sanción penal de derechos que ciertamente no están reconocidos constitucionalmente.

QUINTO. - El razonamiento lógico jurídico de los magistrados, siempre debe ser fundamentado en mérito al principio de congruencia constitucional, es decir, que las normas de menor jerarquía deben estar en concordancia con la Constitución y en el presente caso el artículo 323 del Código Penal no se encuentra en concordancia con la Constitución vigente en los supuestos no reconocidos constitucionalmente.

SEXTO. – El razonamiento lógico jurídico de los magistrados, debe estar orientado en la aplicación de los principios de la lógica jurídica, con el fin de no caer en arbitrariedad, es por ello, que, al aplicar estos principios, se logra determinar que en el propio texto del artículo 323 del Código Penal se presenta una contradicción bastante marcada con la Constitución; sin embargo, debido al diseño estructural del mencionado artículo los magistrados entran en confusión y determinan como actos discriminatorios a los hechos que no lo constituyen y en su gran mayoría consideran que no son actos discriminatorios los hechos de los que son objeto una persona o un grupo de personas, lo que perjudica a los justiciables que verdaderamente son objeto de discriminación.

En conclusión, “Los presupuestos de la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios influyen negativamente en el razonamiento lógico jurídico de los magistrados en el Estado peruano”, ya que se encuentran incorporados los derechos de orientación sexual e identidad de género que no están reconocidos en la Constitución vigente y que uno de ellos, el último, fue incorporado de manera irregular mediante el “Decreto Legislativo N° 1323 del 2017”, ocasionando que el mencionado artículo mantenga la condición de inconstitucional.

Por lo tanto, el primer supuesto específico que señala: “Los presupuestos de la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios influyen negativamente en el razonamiento lógico jurídico de los magistrados en el Estado peruano”, **SE CONFIRMA**, al haberse incorporado presupuestos de naturaleza delictiva de los actos discriminatorios que no se encuentran reconocidos constitucionalmente y que por dicha razón genera problemas en el razonamiento lógico jurídico de los magistrados.

4.2.2. Contrastación del segundo supuesto específico.

El segundo supuesto específico es el siguiente: “**Los elementos del tipo penal del artículo 323 del Código Penal influye negativamente en la interpretación jurídica de los magistrados en el Estado peruano**”. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una discusión que permita teorizar su contenido.

PRIMERO. – El artículo 323 del Código Penal, presenta los siguientes elementos: contrato diferenciado o desigual, un motivo o razón prohibida y un objetivo o resultado. En cuanto a un trato diferenciado o desigual, es el acto discriminatorio del cual es objeto una persona o un grupo de personas, ya que excluye un derecho constitucional que se encuentra protegido y este acto discriminatorio debe ser de manera frecuente, sin embargo, se debe distinguir cada caso concreto en cuanto al principio de igualdad, por lo que el legislador o el operador jurídico obedecerán a criterios razonables y objetivos.

SEGUNDO. – En cuanto al siguiente elemento consistente en un motivo o razón prohibida, se presentan dos características que son distintas a la voluntad del agraviado que puede ser la raza, origen, sexo, etc., los mismos que deben estar reconocidos como derechos en la Constitución vigente; el segundo, se determina de acuerdo a las posiciones que de forma voluntaria los sujetos desarrollan su personalidad en su ejercicio de libertad, entre los que se encuentra la religión, opinión, filiación sindical, etc., entre otras posiciones. En ese sentido, la razón prohibida no debe ser tan amplia para establecer una diferenciación razonable.

TERCERO. – En cuanto al tercer elemento consistente en un objetivo o un resultado, debe estar fundado en menoscabar o anular el derecho reconocido constitucionalmente, restringiendo su goce o ejercicio, es por ello, que el derecho a la igualdad protege este supuesto, no siendo cualquier trato arbitrario sino el que debe estar reconocido en la Constitución vigente con un acto de trascendencia social, con efecto perjudicial en la situación jurídica de la persona afectada.

CUARTO. – Entonces, estos tres elementos configurados en el artículo 323 del Código Penal recogen derechos como el de la orientación sexual e identidad de género que no se encuentran reconocidos en la actual Constitución, que fue incorporado el último de ellos por el “Decreto Legislativo N° 1323 del 2017”, el mismo que genera la inconstitucionalidad de la mencionada norma y la contradicción en su propio texto.

QUINTO. – Es por ello, que la interpretación jurídica que realizan los operadores jurídicos como los jueces y fiscales en materia penal, que deben aplicar la interpretación jurídica solo en circunstancias de duda u oscuridad en la norma, con la finalidad de despejar las dudas detectadas.

SEXTO. – En ese contexto, los magistrados tienen problemas en la interpretación del artículo 323 del Código Penal, en el sentido, de que cuando aplican los métodos de interpretación como el gramatical o literal, el lógico-sistemático, el histórico, el teleológico o

funcional, se encuentran con el problema de que en los elementos del tipo penal se encuentran la orientación sexual y la identidad de género que no están reconocidos constitucionalmente y que por negligencia o desconocimiento analizan dicha norma sin establecer la debida concordancia con la Constitución vigente, es decir, no aplican el principio de congruencia constitucional, por lo que en algunos casos concretos equivocadamente consideran los hechos como actos discriminatorios y en otros no, dejando impune dichas conductas.

SÉPTIMO. – La doctrina nacional precisa que las modificatorias a las cuales fue sometido el artículo 323 del Código Penal, mediante la Ley N° 28867 promulgada el 08 de agosto del 2006 que amplió las conductas típicas solo tiene una finalidad pedagógica y de ética-social, y por otro lado, la modificatoria por el “Decreto Legislativo N° 1323 del 06 de enero del 2017”, que como ya explicamos incorpora derechos no reconocidos constitucionalmente, de manera que también al haberse omitido el término “en condiciones de igualdad”, surgen los problemas interpretativos en el sentido de que la penalidad debe tener correspondencia con las pautas de un derecho penal democrático y no existiendo esta concordancia se vulnera el principio de congruencia constitucional.

En conclusión, “Los elementos del tipo penal del artículo 323 del Código Penal influye negativamente en la interpretación jurídica de los magistrados en el Estado peruano”, ya que los elementos del tipo penal que se incluyen en el mencionado artículo no se encuentran debidamente reconocidos en la Constitución vigente, debido a las modificatorias presentadas mediante la Ley N° 28867 y el Decreto Legislativo N° 1323 que originan la inconstitucionalidad del delito de discriminación en el Código Penal peruano.

Por tanto, el segundo supuesto específico consistente en: “Los elementos del tipo penal del artículo 323 del Código Penal influye negativamente en la interpretación jurídica de los magistrados en el Estado peruano”, **SE CONFIRMA**, ya que dichos elementos del tipo penal al incorporar derechos que no se encuentran reconocidos en la Constitución vigente, generan

problemas de interpretación jurídica en los magistrados del sistema de justicia del Estado peruano que también ocasionan disímiles argumentaciones jurídicas que perjudican a los justiciables que verdaderamente son objeto de discriminación, dejando impune dichos delitos.

4.2.3. Contrastación del supuesto general.

El supuesto general es el siguiente: **“Las conductas del delito de discriminación influyen negativamente en la argumentación jurídica del sistema de justicia del Estado peruano”**. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una discusión que permita teorizar su contenido.

PRIMERO. – En cuanto a los presupuestos de la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios que deben ser necesariamente extraídos y determinados en los hechos y circunstancias cuando la persona es objeto de un trato desigual frente a otro ciudadano que se encuentra en la misma situación, y que el acto discriminatorio deniega el derecho que corresponde a ambas personas, en uno de ellos, por no encontrarse en el estado socio económico solvente que se encuentra la otra persona.

SEGUNDO. – La doctrina especializada señala que la conducta de los actos discriminatorios, se diferencia mediante patrones de orden étnico, ideológico, etc., pero que se encuentran debidamente reconocidos en la Constitución.

TERCERO. – Al estar determinado que los elementos del tipo penal están referidos a: un trato diferenciado o desigual, un motivo o razón prohibida, y un objetivo o resultado no pueden ser aplicados al artículo 323 del Código Penal, ya que incorpora derechos que no se encuentran reconocidos constitucionalmente y que ocasionan la inconstitucionalidad del mencionado artículo.

CUARTO. – La última modificatoria del “artículo 323 del Código Penal, llevada a cabo por el Decreto Legislativo N° 1323 del 2017” genera una contradicción en el propio texto del mencionado artículo, que ampara solamente los derechos reconocidos constitucionalmente

y que el Decreto Legislativo ya indicado incorpora dicha norma el derecho de identidad de género que no está reconocido constitucionalmente.

En conclusión, el supuesto general referido a: “Las conductas del delito de discriminación influyen negativamente en la argumentación jurídica del sistema de justicia del Estado peruano”, ya que las conductas del delito de discriminación, contenidas en el artículo 323 del Código Penal vigente, incorporan derechos que no se encuentran amparados en la Constitución, lo que genera un problema en la argumentación jurídica del sistema de justicia, por encontrarse dicha norma inconstitucional, la misma que no se sostiene en un término que ha sido omitido “en condiciones de igualdad”.

Por tanto, el supuesto general consistente en: “Las conductas del delito de discriminación influyen negativamente en la argumentación jurídica del sistema de justicia del Estado peruano”, **SE CONFIRMA**, porque las conductas descritas como delito de discriminación incluidas vulnerando el principio de congruencia constitucional afectan la argumentación jurídica de los magistrados del sistema de justicia que al momento de interpretar dicha norma por desconocimiento o deliberadamente califican de forma errónea los hechos debido al diseño estructural erróneo en la mencionada norma.

4.3. Discusión de los resultados

Respecto al primer supuesto específico que señala:

“Los presupuestos de la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios influyen negativamente en el razonamiento lógico jurídico de los magistrados en el Estado peruano”, debemos señalar que la naturaleza delictiva de los presupuestos de la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios deben estar los derechos constitucionalmente garantizados, al respecto debemos citar a la tesis internacional, sustentada en Chile por Jáuregui (2017), quién desarrolló la tesis titulada: *“Acción de no discriminación y jurisprudencia dictada entre julio del año 2012 y julio del año 2017: Análisis de la conceptualización de la discriminación*

arbitraria, la carga de la prueba y solución de conflictos entre derechos fundamentales”, que tuvo como objetivo el análisis de los procesos tramitados sobre la no discriminación arbitraria establecida en la Ley N° 20609, cuya principal conclusión es:

“Se señala que para que el juez pueda aplicar la regla de justicia, primero se debe constituir el modo de tratar a un determinado sujeto en una determinada relación, luego reconstituir la igualdad social aplicando la regla de justicia. Finalmente, se estudiaron las formas que ha adquirido el principio de igualdad, a saber: la igualdad de todos, la igualdad frente a la ley, la igualdad jurídica, la igualdad de derecho, la igualdad en los derechos, la igualdad de oportunidades y la igualdad de hecho. Al hacer una revisión de todas las sentencias, se deja entrever que hacen alusión al concepto de igualdad como igualdad en los derechos, pues el fin de las acciones impetradas es gozar igualmente, por parte de los ciudadanos, del derecho fundamental de igualdad y no discriminación, el cual está constitucionalmente garantizado”.

Como se puede advertir, la tesis internacional citada es materia de discusión de los resultados, pero de forma congruente con la posición que asumimos en la presente tesis, debido a que los presupuestos de la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios contemplados en el artículo 323 del Código Penal, deben estar garantizados constitucionalmente; sin embargo, el derecho de orientación sexual y de identidad de género contemplados en dicha norma, no se encuentran reconocidos constitucionalmente, con lo que se demuestra que en el país de Chile los Tribunales de Justicia en todas sus instancias, en cuanto al derecho de la igualdad y no discriminación están constitucionalmente garantizados, en cambio en nuestro país sucede lo contrario.

De igual manera podemos citar la tesis nacional de Cárdenas (2020) quién desarrolló la tesis titulada: *“Análisis del delito de discriminación en el marco jurídico peruano”*, que tuvo como objetivo determinar si el tratamiento del delito de discriminación se aplica de forma eficaz en el marco jurídico peruano, cuya principal conclusión es:

“El delito de Discriminación descrito en el Artículo Nro. 323 del Código Penal Peruano no es aplicado eficazmente en el marco jurídico peruano por causas asociadas con la capacidad y controversia en la interpretación de la norma, que revelan la existencia de diferencias de fondo en su comprensión, dando lugar a la percepción de desconfianza de la población con relación a la norma como una posibilidad efectiva de aplicabilidad y ejecutoriedad para sancionar los actos y conductas discriminatorias de diferentes tipologías que usual y cotidianamente se dan en nuestra sociedad y que arrastra importantes consecuencias prácticas respecto a la protección de los derechos de igualdad y no discriminación”.

Como se puede advertir la tesis nacional antes referida señala que el artículo 323 del Código Penal, no es aplicado de forma eficaz en el marco jurídico peruano por la causa de controversia en la interpretación de la norma que rebelan falta de comprensión, en ese sentido, la tesis antes indicada es congruente con la posición que sostenemos, en el sentido de que el mencionado artículo mantiene un error de estructura funcional en su texto, debido a su contradicción interna en el propio texto que conduce a problemas de interpretación en el razonamiento lógico jurídico de los magistrados en el Estado peruano.

En cuanto al supuesto específico que señala lo siguiente:

“Los elementos del tipo penal del artículo 323 del Código Penal influyen negativamente en la interpretación jurídica de los magistrados en el Estado peruano”.

Debemos señalar que los elementos del tipo penal del artículo 323 Código Penal, que incluye el derecho de orientación sexual que no se encuentra reconocido constitucionalmente origina problemas en la interpretación jurídica de los magistrados en el Estado peruano, al respecto debemos mencionar a la tesis internacional desarrollada en el país de Ecuador, por Ramírez & Saverio (2021), quienes presentaron la tesis titulada: *“El principio de no discriminación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: análisis de la sentencia N° 184-18-sep-cc”*, que tuvo como objetivo fundamentar la importancia de garantizar que se aplique el

principio de no discriminación, en mérito a la sentencia N° 184-18-sep-cc, quién arriba a la presente conclusión:

“Dentro de los principales fundamentos emitidos por los jueces de la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia analizada se pueden mencionar que: la Corte evidencia la ausencia de normativa infraconstitucional que regule las diferentes realidades familiares, pero no justifica la falta de protección jurídica, debido a que la Constitución de la República garantiza iguales derechos y obligaciones a todas las personas, y; tras realizar un estricto análisis del principio de no discriminación en el caso Satya, estableció que el acto administrativo que negó la posibilidad de inscribir el nacimiento de la menor de edad en los términos solicitados, fue un trato diferenciado por razón de la orientación sexual de las solicitantes, que se revistió de carácter discriminatorio pues tuvo como resultado el menoscabo del efectivo goce y ejercicio en condiciones iguales de los derechos constitucionales”.

Como se puede advertir, de la tesis internacional antes indicada, los jueces de la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia emitida líneas arriba, señala la ausencia de una normativa infraconstitucional que regule las diferentes realidades familiares, pero no justifica la falta de protección jurídica del principio de no discriminación en el caso Satya, en el que le negó la posibilidad de inscripción del nacimiento de una menor de edad por la razón de la orientación sexual de los solicitantes; y, en ese sentido la Corte Constitucional del Ecuador mantiene la misma posición que el presente trabajo de investigación, ya que al no existir el derecho de orientación sexual en su Constitución, rechazan la inscripción de nacimiento por su orientación sexual, de manera que, en nuestro país los elementos del tipo penal del artículo 323 del Código Penal, al haber incluido los derechos de orientación sexual e identidad de género, que no se encuentran reconocidos en la Constitución vigente, ocasionan problemas de interpretación jurídica de los magistrados en el Estado peruano.

Del mismo modo, podemos mencionar a la tesis nacional presentada por Fernández (2020) que desarrolló la tesis titulada: “*La inadecuada aplicación de la política criminal en el delito de discriminación y la vulneración del derecho a la igualdad en el distrito judicial de Lima Norte – durante los años 2017-2018*”, que tuvo como objetivo determinar que el delito de discriminación tiene una inadecuada aplicación de la política criminal en cuanto a la vulneración del derecho a la igualdad en el mencionado distrito judicial, quién presenta una importante conclusión:

“Se ha demostrado que la aplicación de la política criminal en el delito de discriminación no es la adecuada para proteger el derecho a la igualdad, ya que a pesar de sancionar los actos discriminatorios como delito (Artículo 323 del Código Penal) los fines preventivos y sancionadores, no se han cumplido, debido a la falta de compromiso político y estatal y la falta de políticas públicas eficaces, lo que vulnera el derecho a la igualdad”.

Como se puede advertir, la tesis nacional también en la discusión de resultados mantiene congruencia con la posición que se asume en nuestra investigación, ya que los elementos del tipo penal del artículo 323 del Código Penal, no ha incluido en su texto el término “en condiciones de igualdad”, por lo que la doctrina hace una crítica señalando que debe existir correspondencia entre: “a) la penalidad sobre los comportamientos que configuran el delito de discriminación y b) con las pautas de un derecho penal democrático”, y en ese sentido, nuestro ordenamiento penal debe cautelar bienes jurídicos que tengan un reconocimiento constitucional y un plano de legitimidad material, y con ello ocasiona problemas de interpretación jurídica en los magistrados en el Estado peruano, al que se le debe agregar que dicha norma incluye la orientación sexual y la identidad de género como derechos que no están reconocidos constitucionalmente y que no tiene un plano de legitimidad material.

4.4. Propuesta de mejora

Se plantea, como propuesta de mejora, la modificación del “artículo 323 del Código Penal”, con la finalidad de que se excluya de dicho artículo los términos orientación sexual e identidad de género, y actos de distinción, además incluir el término “en condiciones de igualdad” debido a que actualmente la Constitución vigente no reconoce como derechos humanos a los términos antes mencionados, por lo tanto, no pueden ser bienes sobre los cuales se puede vulnerar el derecho de discriminación.

El problema se genera, porque mediante el “Decreto Legislativo N° 1323 del 06 de enero del 2017, el Ejecutivo fue facultado por el Congreso de la República mediante Ley N° 30506 del 30 de setiembre del 2016”, a fin de que el Ejecutivo legisle en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de PETROPERÚ.

Se debe precisar, que el artículo 2 de la mencionada Ley faculta al Poder Ejecutivo, para que legisle en materia de seguridad ciudadana, ya que en esta materia existían una serie de temas como el lavado de activos, crimen organizado y otros delitos que vulneraban la seguridad ciudadana. Del mismo modo, se le faculta, para que se modifique la Legislación Penal y Procesal Penal y de ejecución penal en lo referido al delito de feminicidio y sus agravantes, por lo tanto, era materia de revisar el delito de feminicidio para combatir la violencia de género y la violencia familiar.

Entonces, la finalidad era concreta combatir la violencia familiar, también denominada violencia de género, a fin de proteger la seguridad de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, en ese sentido el Ejecutivo no se encontraba legitimado para incluir como derechos la orientación sexual e identidad de género e inclusive excediéndose en sus facultades incluyó como circunstancias agravantes en el artículo 46 del Código Penal referido al feminicidio, bajo los móviles de intolerancia o discriminación la orientación sexual e identidad de género.

Al llevarse a cabo esta modificatoria, se incorporó el término realizar actos de distinción “que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas reconocido en la Ley, la Constitución o en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte, basados en motivos de orientación sexual, identidad de género”.

En ese contexto, nuestra Constitución no reconoce como derechos humanos a la orientación sexual y la identidad de género, por lo tanto, dicha modificación carece de legitimidad, porque el Poder Ejecutivo no puede mediante un Decreto Legislativo, “crear derechos humanos o, en otros términos, atribuir el carácter de derechos con reconocimiento constitucional a tendencias o conductas sobre las cuales no ha existido un debate en el Congreso”.

Se debe precisar, que el principio de la legalidad penal viene a ser un límite al *ius persecuendi* del Estado, que precisamente respeta la reserva absoluta de la Ley, en ese sentido, a la única institución que le corresponde el debate de que si la orientación sexual y la identidad de género, pueden ser consideradas como bienes susceptibles de protección legal, es decir, que la conducta delictiva de dicha incorporación, impide a los ciudadanos el derecho a su libertad de expresión, que sí tiene reconocimiento constitucional.

Además, la inclusión de la frase “realizar actos de distinción que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho”, no es totalmente clara y en ese sentido, se lesiona el principio de taxatividad de la ley penal, puesto que, toda norma debe de escribir de manera clara, precisa y exhaustiva la conducta prohibida como la pena, por lo que, si la norma determina con claridad el delito, su consecuencia jurídica es reconocida, de lo contrario, carece de imprecisión, dejando al juez que pueda ejercer arbitrariedad en el sentido de indicar que conductas son materias de delitos y como se ha de castigar, que es una decisión que solamente es facultad del legislador.

Esta indebida inclusión, tanto de los presupuestos de naturaleza delictiva de los actos discriminatorios como el de los elementos del tipo penal del artículo 323 del Código Penal, además de generar problemas en el razonamiento lógico jurídico y en la interpretación jurídica de los magistrados del Estado peruano, también genera una restricción o limitación a la libertad de expresión de los ciudadanos que se pueden manifestar en contra del reconocimiento de la orientación sexual y la identidad de género, tal como se ve en la realidad las marchas en contra de la currícula del MINEDU por incluir ideología de género.

Por ello, todo acto de opinión es relevante en el ámbito jurídico penal, y en ese sentido, las conductas que vulneran la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales deben tener la debida fundamentación en la Constitución y, si se quiere incluir a la orientación sexual y a la identidad de género para ser protegidos por la dignidad e igualdad se debe debatir en el Congreso su pertinencia y legitimidad y no mediante una norma de menor rango como el Decreto Legislativo N° 1323, razón por la cual la propuesta de mejora se configura en la modificación del artículo antes mencionado.

4.4.1.

PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN

MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 323 DEL CÓDIGO PENAL

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El artículo 323 del Código Penal vigente, referido al delito de discriminación e incitación a la discriminación, ha sido modificado desde el año 2000, primero por la Ley N° 27270 “Ley contra actos de discriminación”, luego la Ley N° 28867 publicado el 09 de agosto del 2006, ley que incorporó las conductas de discriminación, como “incitar o promover la discriminación”, y finalmente mediante Decreto Legislativo N° 1323 del 06 de enero del 2017, modificaciones que han sido materia de crítica constructiva, primero, porque se considera que tiene una finalidad pedagógica y de ética-social, luego, porque mediante un Decreto Legislativo no se

puede incluir derechos que no están reconocidos constitucionalmente y además, porque su propio diseño de tipo penal origina problema en el razonamiento lógico jurídico y en la interpretación jurídica de los magistrados, ya que existe contradicción en su propio texto, que primero señala que se deben proteger los derechos reconocidos en la Constitución y sin embargo, incluye la orientación sexual y la identidad de género que no están reconocidos constitucionalmente, además, de haber omitido el término “en condiciones de igualdad” que considera que debe existir correspondencia entre la penalidad y las pautas de un derecho penal democrático en el que se cautelen solamente los bienes jurídicos con reconocimiento constitucional y dentro de un plano de legitimidad material, asimismo, vulnera el principio de legalidad penal al no tener congruencia entre una norma de menor jerarquía y la Constitución, que también es amparada mediante el principio de congruencia constitucional, ya que toda norma se debe encontrar en concordancia con la Constitución.

Del mismo modo, vulnera el principio de taxatividad de la ley penal, ya que al ser una norma ambigua y con falta de claridad genera problemas de interpretación, que dejan abierta la posibilidad de la decisión arbitraria del juez. Por lo que es necesario, que se lleve a cabo la modificación del indicado artículo con la finalidad de salvaguardar los principios antes señalados.

ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

La modificación del artículo 323 del Código Penal beneficiarán a las personas que realmente son afectadas por el delito de discriminación y también a las personas que constitucionalmente tienen el derecho reconocido de libertad de expresión, y que, si se pretende modificar incluyendo como derecho fundamental la orientación sexual

y la identidad de género, debe ser solo mediante un debate en el Congreso y no por una norma de menor rango como el Decreto Legislativo N° 1323.

Al haberse fundamentado el beneficio a los ciudadanos de una parte de la sociedad, la modificación no genera pérdida de costos en lo que corresponde a las atribuciones o facultades de los ciudadanos.

I. IMPACTO DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Propuesta modificatoria:

| CÓDIGO PENAL DEL PERÚ | Formula normativa propuesta |
|--|---|
| <p>Artículo 323 “Artículo 323. – Discriminación e incitación a la discriminación” “El que, por sí o mediante terceros, realiza actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas reconocido en la ley, la Constitución o en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte, basados en motivos raciales, religiosos, nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, idioma, identidad étnica o cultural, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, discapacidad, condición de salud, factor genético, filiación, o cualquier otro motivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas. Si el agente actúa en su calidad de servidor civil, o se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental, a través de internet u otro medio análogo, la pena privativa de</p> | <p>“Artículo 323. – Discriminación e incitación a la discriminación” “El que, por sí o mediante terceros, realiza actos de 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, idioma, identidad étnica o cultural, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, discapacidad, condición de salud, factor genético, filiación, o cualquier otro motivo, en condiciones de igualdad, 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</p> |

| | |
|--|---|
| libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36” | de cuatro años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36” |
|--|---|

En esta propuesta se excluye los conceptos “actos de distinción”, “orientación sexual e identidad de género” y se debe incluir el concepto “en condiciones de igualdad”, con la finalidad de que no surjan problemas en el razonamiento lógico jurídico e interpretación jurídica de los magistrados en el Estado peruano, y se cumpla con el principio de congruencia constitucional que toda norma de menor rango debe estar en concordancia con la Constitución y como ésta no reconoce como derechos fundamentales a la orientación sexual e identidad de género, es la razón por la que se debe excluir de dicha norma.

CONCLUSIONES

1. Los presupuestos de la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios del artículo 323 del Código Penal, al no ser determinados de forma correcta el trato desigual con otro ciudadano por el hecho de haberse omitido el término “en condiciones de igualdad” y por haber incluido actos discriminatorios de derechos que no se encuentran reconocidos constitucionalmente, vulneran el principio de congruencia constitucional y afectan en el razonamiento lógico jurídico de los magistrados en el Estado peruano.
2. Los elementos del tipo penal del artículo 323 del Código Penal, no concuerdan con un trato diferenciado o desigual, ya que los conceptos incluidos en dicho artículo “orientación sexual e identidad de género” no son reconocidos constitucionalmente, por lo tanto, no se encuentran bajo el amparo del principio de igualdad y lo mismo ocurre con un motivo o razón prohibida, porque los derechos antes indicados no están reconocidos constitucionalmente.
3. Las conductas del delito de discriminación contenidas en el artículo 323 del Código Penal, como son los presupuestos de la naturaleza delictiva de los actos de discriminación y los elementos del tipo penal, el artículo 323 del Código Penal afectan directamente en la argumentación jurídica del sistema de justicia en el Estado peruano, porque vulneran el principio de congruencia constitucional.

RECOMENDACIONES

- Modificar los presupuestos de la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios, excluyendo el término “actos de distinción” y “orientación sexual e identidad de género”, e incluyendo el término “en condiciones de igualdad”, a fin de no afectar el razonamiento lógico jurídico de los magistrados en el Estado peruano.
- Modificar los elementos del tipo penal del artículo 323 del Código Penal, ya que mediante un Decreto Legislativo de menor rango que la Constitución, no puede crear normas constitucionales e incluir en el mencionado artículo la “orientación sexual e identidad de género” que actualmente no están reconocidos en la Constitución, a fin de no afectar la interpretación jurídica de los magistrados en el Estado peruano.
- Modificar las conductas del delito de discriminación, excluyendo derechos que no están reconocidos en la Constitución vigente como derechos fundamentales, con la finalidad de no afectar la argumentación jurídica del sistema de justicia del Estado peruano.
- Difundir la presente tesis en los centros académicos jurídicos a fin de que pueda ser objeto de modificatoria por el Congreso de la República.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (1988). *El Sistema Jurídico, Principios jurídicos y razón práctica*. Madrid: Editorial Doxa.
- Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica; Diseño del proyecto de investigación; Estructura y redacción de la tesis*. Perú: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Aranzamendi, L. (2013). *Instructivo Teórico-Práctico del diseño y redacción de la tesis en Derecho*. Perú: Editora y Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Ardito (2015). *El tratamiento penal del delito de discriminación en el Perú: evolución y límites*. Perú: Editorial Foro Jurídico.
- Atienza. (2004). *Las Razones del Derecho Teorías de la Argumentación Jurídica*. Perú: Palestra Editores S.A.C.
- Bardales, E. (26 de marzo de 2019). Defensoría del Pueblo. Obtenido de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads>
- Baldales, E. (2000). *Discriminación por sexo y aplicación del Derecho en la publicidad mercantil*. Perú: Editorial Defensoría del Pueblo, Vol. III.
- Barnes, J. (1998). *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*. Madrid: Editorial INAP.
- Bilbau, J. & Rey, F. (2003). *El principio Constitucional de igualdad en la Jurisprudencia española*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Cabezas, K. (2020). *La discriminación a la mujer indígena en el sistema penal en la ciudad de Riobamba*. Tesis para optar el grado de Magister en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador. Recuperado de: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7315/1/T3188-MDPE-Cabezas-La%20discriminacion.pdf>

- Cárdenas, E. (2020). *Análisis del delito de discriminación en el marco jurídico peruano*. Tesis para optar el título de Abogado. Universidad Peruana de las Américas. Recuperado de: <http://repositorio.ulasamericas.edu.pe/bitstream/handle/upa/1379/CARDENAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Cárdenas, I. (2016). *Argumentación jurídica y la motivación en el proceso penal en los distritos judiciales penales de Lima*. Tesis para optar el grado de Maestría en Derecho Penal. Universidad Inca Garcilazo de la Vega. Recuperado de: http://repositorio.uigv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.11818/1032/T_MAESTRIA%20EN%20DERECHO%20PENAL_10226308_CARDENAS_DIAZ_ITALO%20FERNANDO.pdf?sequence=2
- Castro, J. (2019). *Los derechos de las víctimas de discriminación en el procedimiento penal abreviado: ¿avance en garantías fundamentales?* Tesis para optar el grado de Magister en Derecho. Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de: <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/75933/1020746929.2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Carrasco, S. (2013). *Metodología de la investigación científica*. Perú: Editorial San Marcos E.I.R.L.
- Castillo et al. (2006). *Razonamiento Judicial Interpretación, Argumentación y Motivación de la Resoluciones Judiciales*. 2da Edición. Perú: ARA Editores E.I.R.L.
- Constitución Política del Perú (29/12/1993)
- Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, No discriminación, 37°.
- Contreras, J. (2021). *Vulneración del principio constitucional de igualdad ante la ley y a la no discriminación en la tipificación del delito de feminicidio - art. 108- b del código penal peruano*. Tesis para optar el título profesional de Abogado. Universidad Señor de Sipán.

Recuperado de:

[https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/8285/Contreras%20Sant
a%20Cruz%20Jos%C3%A9%20Antonio.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/8285/Contreras%20Sant%20a%20Cruz%20Jos%C3%A9%20Antonio.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Contreras, M. (2019). *Análisis de la agravante de discriminación en el código penal chileno y la pertinencia de incorporar el género como motivo de su aplicación*. Tesis para optar el título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile.

Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/173296>

Couture (1988). *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires

Chirinos et al. (2011). *Guía Académica para la Investigación jurídica*. Arequipa-Perú: Universidad Católica de Santa María.

Espinosa, E. (2010). *Derecho a la igualdad en el Perú; modelo para armar, avances y retos por enfrentar. Reflexiones a la luz de la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre el particular*. Lima: El Búho E.I.R.L.

Fernández, G. (2020). *La inadecuada aplicación de la política criminal en el delito de discriminación y la vulneración del derecho a la igualdad en el distrito judicial de Lima Norte-durante los años 2017-2018*. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho. Universidad Nacional Federico Villareal. Recuperado de: <http://repositorio.unfv.edu.pe/handle/UNFV/4361>

Fernández, J. (2019). *La motivación dentro de la sentencia condenatoria frente a la presunción de inocencia en el distrito judicial de Piura – periodo 2015 y 2016*. Tesis para optar el título de Abogado. Universidad Señor de Sipán. Recuperado de: [https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/8189/Rom%C3%A1n%
20Ram%C3%ADrez%20Lino.pdf?sequence=1](https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/8189/Rom%C3%A1n%20Ram%C3%ADrez%20Lino.pdf?sequence=1)

Fernández, F. (1992). *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson.

- García, J. (2002). *La cláusula general de igualdad en Derecho Constitucional*. Valencia: Editorial Tirant Blanch.
- García, P. & Gross, R. (1994). *Diccionario Larousse, Manual Ilustrado*. Francia: Editorial Larousse.
- García, V. (2021). *Los derechos Fundamentales en el Perú*. Perú: Instituto Pacifico S.A.C.
- Gascón y García. (2005). *La Argumentación en el Derecho*. 2da Edición. Perú: Palestra Editores S.A.C.
- Gimenes, G. (2004). *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Borda.
- Gimenes, D. (1999). *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación a la inversa*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Hernaiz S. (1999). *Acción Positiva y empleo de la mujer*. Madrid:
- Igartua, J. (2009). *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*. Perú: Palestra Editores S.A.C.
- Jáuregui, M. (2017). *Acción de no discriminación y jurisprudencia dictada entre julio del año 2012 y julio del año 2017: Análisis de la conceptualización de la discriminación arbitraria, la carga de la prueba y solución de conflictos entre derechos fundamentales*. Tesis para optar el título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Recuperado de: [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/146542/Acci%
c3%b3n-de-no-discriminaci%
c3%b3n-y-jurisprudencia-dictada-entre-julio-del-a%
c3%b1o-2012-y-julio-del-a%
c3%b1o-2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/146542/Acci%c3%b3n-de-no-discriminaci%c3%b3n-y-jurisprudencia-dictada-entre-julio-del-a%c3%b1o-2012-y-julio-del-a%c3%b1o-2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Luján et al. (2006). *Razonamiento Judicial Interpretación, Argumentación y Motivación de la Resoluciones Judiciales*. 2da Edición. Perú: ARA Editores E.I.R.L.
- Mazzarese, T. (2010). *Interpretación y Razonamiento Jurídico*. Volumen II. Perú: ARA. Editores. E.I.R.L.

- Ossorio, M. (1982). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Ramírez, E. & Saverio, M. (2021). *El principio de no discriminación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: análisis de la sentencia no. 184-18-sep- cc*. Tesis para optar el título de Abogado. Universidad de Guayaquil. Recuperado de: <http://repositorio.ug.edu.ec/bitstream/redug/52968/1/Emperatriz%20Ramirez%20-%20Marilyn%20%20Saverio%20BDER-TPrG%20001-2021.pdf>
- Ramos, J. (2008). “*Elabore su tesis en Derecho Pre y Postgrado*”. Lima-Perú: Segunda Edición; Editorial San Marcos E.I.R.L., editor.
- Ramos, J. (2008). *Elabore su tesis en Derecho Pre y Postgrado*. Perú: Segunda Edición; Editorial San Marcos E.I.R.L., editor.
- Velásquez, A. y Rey, N. (2010). *Metodología de la investigación científica*. Perú: Editorial San Marcos E.I.R.L.
- Villegas, L., Marroquín, R., Del Castillo, V. y Sánchez, R. (2011). “*Teoría y praxis de la investigación científica; Tesis de Maestría y Doctorado*”. Lima-Perú: Editorial San Marcos E.I.R.L.
- Vivanco, P. (2017). “*Fundamentos para una concepción de justicia a partir de la lucha entre escuelas jurídicas*”. (Maestría). Recuperado de: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/9860/Vivanco_Nu%c3%b1ez_Fundamentos_concepci%c3%b3n_justicia1.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Zabaleta et al. (2006). *Razonamiento Judicial Interpretación, Argumentación y Motivación de la Resoluciones Judiciales*. 2da Edición. Perú: ARA Editores E.I.R.L.
- Zelayaran, M. (2009). *Metodología de la investigación jurídica*. Perú: Ediciones Jurídicas.
- Zugaldía, J. (2010). *Fundamentos del derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.

ANEXOS

Anexo 1: Matriz de consistencia

“Las conductas del delito de discriminación y la argumentación jurídica en el sistema de justicia del Estado peruano”

| FORMULACIÓN DEL PROBLEMA | OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN | SUPUESTOS DE LA INVESTIGACIÓN | CATEGORÍAS | METODOLOGÍA |
|---|---|---|--|---|
| PROBLEMA GENERAL | OBJETIVO GENERAL | SUPUESTO GENERAL | | |
| ¿De qué manera las conductas del delito de discriminación influyen en la argumentación jurídica del sistema de justicia del Estado peruano? | Determinar de qué manera las conductas del delito de discriminación influyen en la argumentación jurídica del sistema de justicia del Estado peruano. | Las conductas del delito de discriminación influyen negativamente en la argumentación jurídica del sistema de justicia del Estado peruano. | <p>Categoría 1 Delito de discriminación</p> <p>Subcategorías:</p> <ul style="list-style-type: none"> Naturaleza delictiva de actos discriminatorios. Elementos del tipo penal del artículo 323 del Código Penal. <p>Categoría 2 Argumentación jurídica</p> <p>Subcategorías:</p> <ul style="list-style-type: none"> Razonamiento lógico jurídico. Interpretación jurídica. | <p>Enfoque metodológico de la investigación “La investigación es de un enfoque cualitativo teórico”</p> <p>Metodología paradigmática de la investigación “Investigación teórica jurídica con tipología de corte propositivo”</p> <p>Diseño del método paradigmático “Se aplicó la interpretación exegética para analizar el artículo 323 del Código Penal”</p> <p>Escenario de estudio “Ordenamiento jurídico peruano”</p> <p>Caracterización de sujetos o fenómenos “Se analizó las estructuras normativas y las posturas doctrinarias del delito de discriminación y la argumentación jurídica”</p> <p>Técnicas e instrumento de recolección de datos “La técnica del análisis documental y se usó del instrumento la ficha textual y de resumen, para recopilar datos de los libros y textos legales”.</p> <p>Procesamiento y análisis “Mediante la hermenéutica se procesaron los datos del fichaje para interpretar y fundamentar racionalmente los supuestos”.</p> |
| PROBLEMAS ESPECÍFICOS | OBJETIVOS ESPECÍFICOS | SUPUESTOS ESPECÍFICOS | | |
| ¿De qué manera los presupuestos de la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios influyen en el razonamiento lógico jurídico de los magistrados en el Estado peruano? | Determinar de qué manera los presupuestos de la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios influyen en el razonamiento lógico jurídico de los magistrados en el Estado peruano. | Los presupuestos de la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios influyen negativamente en el razonamiento lógico jurídico de los magistrados en el Estado peruano. | | |
| ¿De qué manera los elementos del tipo penal del artículo 323 del Código Penal influyen en la interpretación jurídica de los magistrados en el Estado peruano? | Determinar qué manera los elementos del tipo penal del artículo 323 del Código Penal influyen en la interpretación jurídica de los magistrados en el Estado peruano. | Los elementos del tipo penal del artículo 323 del Código Penal influyen negativamente en la interpretación jurídica de los magistrados en el Estado peruano. | | |

Anexo 2: Matriz de Operacionalización de categorías

| CATEGORÍAS | SUB-CATEGORÍAS |
|--------------------------|--|
| Delito de discriminación | Naturaleza delictiva de actos discriminatorios |
| | Elementos del tipo penal del artículo 323 del Código Penal |
| Argumentación jurídica | Razonamiento lógico jurídico |
| | Interpretación jurídica |

Anexo 3: Matriz de Operacionalización del instrumento (Sólo para el enfoque cualitativo empírico)

No es aplicable al presente caso por ser de enfoque cualitativo teórico.

Anexo 4: Instrumento de recolección de datos

Se han utilizado una serie de fichas textuales y de resumen, por lo que se pondrá en evidencia alguna de ellas:

“FICHA TEXTUAL: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)”

“DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual”.

CONTENIDO:

“.....”

[Transcripción literal del texto]

“FICHA RESUMEN: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)”

“DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual”.

CONTENIDO:

.....

 [Resumen de lo analizado, sea de uno, dos, tres o n párrafos]

Si ya detallamos que la información va a ser recolectada a través de la ficha textual, de resumen y bibliográfica; también debemos precisar que esta no va a ser suficiente para la realización de la investigación, en ese sentido vamos a emplear un “análisis formalizado o de contenido, con el objeto de reducir la subjetividad que se forma al interpretar cada uno de los textos, por ello, nos disponemos a analizar las propiedades exclusivas e importantes de las variables en estudio, tendiendo a la sistematización y establecimiento de un marco teórico sostenible, coherente y consistente”. (Velázquez & Rey, 2010, p. 184). Por lo mismo, se recolectó de la siguiente manera:

Por consiguiente, habiendo considerado cada uno de los datos y su respectivo procesamiento que tiene su origen en los diversos textos, se afirma que la argumentación empleada para la tesis será entendida como: “(...) secuencia de razonamientos, incluyendo explicaciones (...) [con] una función persuasiva dirigida a un determinado oponente o antagonista intelectual (...)” (Maletta, 2011, pp. 203-204), así, se empleará la siguiente estructura: “(1) premisa mayor, (2) premisa menor y (3) conclusión, pues a través de conexiones lógicas y principios lógicos se conseguirá argumentar para teorizar los conceptos”.

Anexo 5 hasta el 10: (Sólo para el enfoque cualitativo empírico)

“No es aplicable al presente caso por un enfoque cualitativo teórico”.

Anexo 11: Declaración de autoría**DECLARACIÓN DE AUTORÍA**

En la fecha, yo Katty Elizabeth Huaman Martel, identificada con DNI N° 44189831, domiciliada en la Calle Loreto s/n, Pueblo Joven Columna Pasco, del distrito de Yanacancha, provincia y Departamento de Pasco, estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me COMPROMETO a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: “LAS CONDUCTAS DEL DELITO DE DISCRIMINACIÓN Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA DEL ESTADO PERUANO”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, julio del 2023

Katty Elizabeth Huaman Martel
DNI N° 44189831

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

En la fecha, yo Maria Victoria Zarate Livia, identificada con DNI N° 41205388, domiciliada en el Jirón El Prado N° 337, del distrito de Chaupimarca, provincia y Departamento de Pasco, estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me **COMPROMETO** a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: “LAS CONDUCTAS DEL DELITO DE DISCRIMINACIÓN Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA DEL ESTADO PERUANO”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, julio del 2023

Maria Victoria Zarate Livia
DNI N° 41205388