



HILDA MARLENY PORTERO LÓPEZ

"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"



**PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL
ARTÍCULO 323 DEL CÓDIGO PENAL,
QUE RECONFIGURA LOS SUPUESTOS
DE HECHO DEL DELITO DE
DISCRIMINACIÓN E INCITACIÓN A LA
DISCRIMINACIÓN**

Los Congresistas de la República que suscriben, a iniciativa de la Congresista de la República, **HILDA MARLENY PORTERO LÓPEZ**, miembro del Grupo Parlamentario Acción Popular, en ejercicio de las facultades de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, y de conformidad con los artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, proponen el siguiente Proyecto de Ley:

FÓRMULA LEGAL

**El Congreso de la República
Ha dado la siguiente Ley**

**PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 323 DEL CÓDIGO PENAL,
QUE RECONFIGURA LOS SUPUESTOS DE HECHO DEL DELITO DE
DISCRIMINACIÓN E INCITACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN**

Artículo 1.- Objeto de ley

La presente ley tiene por objeto modificar el artículo 323 del Código Penal, incorporando conductas o hechos en el tipo penal de discriminación, así como elevar la pena privativa de libertad para efectos que las penas sean efectivas en caso de discriminación e incitación a la discriminación. Con la finalidad de proteger la dignidad y los derechos humanos de las personas dentro de la sociedad pluricultural, multiétnico y plurilingüístico.

Artículo 2.- Modificación del Código Penal

Se modifica el artículo 323 del Código Penal, en los siguientes términos:

TÍTULO XIV-A: DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD

CAPÍTULO IV: DISCRIMINACIÓN

"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, **o incita o promueve en forma pública actos discriminatorios**, basados en motivos raciales, religiosos, nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, idioma, identidad étnica o cultural,



HILDA MARLENY PORTERO LÓPEZ

"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

opinión, nivel socio económico, condición migratoria, discapacidad, **actividad laboral, lugar de origen, vestimenta, ubicación social, indumentaria**, condición de salud, factor genético, filiación **política**, o cualquier otro motivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de **cuatro** años, o con prestación de servicios a la comunidad de **ochenta** a ciento veinte jornadas.

La pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36, cuando concurren cualquiera de las siguientes agravantes:

1. Cuando el agente actúa en su calidad de servidor civil;
2. Cuando se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental;
3. Cuando se realiza el hecho mediante medios de comunicación social como internet, radio, televisión, periódico, red social u otro medio análogo".

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

ÚNICA. – De la vigencia

La presente ley rige a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano", salvo disposición distinta que establezca la presente ley.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

ÚNICA. – Derogación

Deróguese o déjense sin efecto toda normatividad que se oponga de lo establecido en la presente ley.

Lima, abril de 2022

HILDA MARLENY PORTERO LÓPEZ
Congresista de la República



CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, **10** de **mayo** del **2022**

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición **N°1926/2021-CR** para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de:

1. JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.

.....
HUGO ROVIRA ZAGAL
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPUBLICA



EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. FUNDAMENTACIÓN DE LA PROPUESTA

Las prácticas discriminatorias en la vida cotidiana perjudican sustancialmente la conformación de una sociedad democrática e inclusiva en nuestro país. La discriminación sitúa a las personas en categorías de valoración distinta, generando exclusión, inequidad y la negación de diversos derechos fundamentales.

Abordar las distintas formas de discriminación significa ingresar al entramado de relaciones sociales que se reproducen con frecuencia y que, basadas en prejuicios o estereotipos, lesionan profundamente lo más íntimo de la dignidad de los seres humanos. El trato despectivo hacia las poblaciones campesinas, nativas o afrodescendientes; la burla por la vestimenta; el menosprecio frente a una persona con discapacidad; la no atención de la salud de quien ha contraído el VIH/Sida; la separación de las cadetes y alumnas embarazadas de sus centros de estudio; el impedimento de ingreso a un lugar o establecimiento público por el aspecto físico, son algunas de las múltiples manifestaciones de la discriminación.

La ausencia de una respuesta integral y articulada por parte del Estado para atender esta problemática, origina que muchas personas no puedan ejercer adecuadamente sus derechos, con el consiguiente menoscabo que ello supone en su integridad personal.

Ante la gravedad de este problema, la presente ley tiene por objeto incorporar nuevos supuestos de hecho que configuran el delito de discriminación o incitación a la discriminación, los mismos que no están recogidos en el artículo 323 del Código Penal peruano, vigente desde 1991¹, el cual pretendemos modificar. Estos supuestos o conductas discriminatorias que incorporamos son los siguientes:

- i. Se introduce como criterio para calificar la comisión de este delito los efectos buscados por el sujeto activo, los cuales pueden ser: **Cuando se incita o promueve en forma pública actos discriminatorios.** Tomamos la fórmula legal de la Ley N.º 28867, en el extremo que se modificó el artículo 323 del Código Penal;
- ii. Basados, además, en motivos de **actividad laboral, lugar de origen, vestimenta, ubicación social, indumentaria y filiación política;**
- iii. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la **conurrencia de circunstancias agravantes** observando las siguientes reglas: **Cuando el agente actúa en su calidad de servidor civil; cuando se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental; o, cuando se realiza el hecho mediante medios de comunicación social como internet, radio, televisión, periódico, red social u otro medio análogo.**
- iv. Asimismo, estamos modificando el plazo de la pena privativa de la libertad que en el artículo antes mencionado era no menor de dos ni mayor de tres años y con esta propuesta legislativa solicitamos que se configure la pena privativa de

¹ El delito de discriminación fue incorporado en la legislación peruana (artículo 323 del Código Penal) mediante Ley N.º 27270, Ley contra actos de discriminación, del 29 de mayo del 2000. Código Penal, Decreto Legislativo N.º 635, 8 de abril de 1991. Disponible en: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00635.pdf>.



libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, en el caso de los motivos antes mencionados. Cuando se trate de la concurrencia de circunstancias agravantes, la pena privativa de libertad se está modificando de la siguiente manera: **no menor de tres ni mayor de cinco años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.**

El 18 de abril del presente año, la población en general reaccionó indignados cuando los comediantes José Luna y Ricardo Mendoza, luego que en el *Stand Up Comedy* denominado "Hablando Huevadas", se burlaron de las personas con síndrome de Down que integraron la selección peruana de fútbol que recientemente participó en un torneo internacional disputado en Lima.

Al respecto, a fin de evitar actos discriminatorios contra personas con discapacidad, la Defensoría del Pueblo demandó al Ministerio Público, Municipalidad de Miraflores e Indecopi, a través de oficios alcanzados a cada institución, iniciar un procedimiento preventivo de oficio a los citados comediantes, en la medida en que la falta de respeto y perjuicio a la dignidad de personas con discapacidad no está dentro de la libertad de expresión, y adoptar las medidas fiscalizadoras y preventivas que hubiera lugar, a fin de eludir manifestaciones públicas con "expresiones denigrantes" sobre la condición de discapacidad en ciertos medios de comunicación (publicados en YouTube) y que contribuyen a la discriminación o incitan a la misma. Además, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables pidió a los ciudadanos a exigir respeto para las personas con discapacidad o alguna condición de vulnerabilidad en caso sean víctimas de discriminación.

En la misma línea, el Colectivo Down Perú (CDP) indicó que la discriminación, la intolerancia y el prejuicio "configuran prácticas inaceptables que deben ser denunciadas, investigadas y combatidas por el bien de la sociedad en su conjunto". Por su parte la Sociedad Peruana de Síndrome Down rechazó las expresiones vertidas en el programa, indicando que se han emitido comentarios discriminatorios y despectivos contra las personas con síndrome Down que tienen derecho al respeto e inclusión social.

Malena Pineda, jefa del Mecanismo Independiente encargado de promover, proteger y supervisar el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (MICDPD), designado en la Defensoría del Pueblo, manifestó que corresponde a las entidades adoptar medidas para garantizar el respeto a la dignidad, igualdad y no discriminación de estas personas. En ese sentido, recordó que la Municipalidad de Miraflores prohíbe los actos de discriminación que se producen en su jurisdicción. Cabe precisar que el programa en mención se transmite desde un teatro ubicado en su distrito.

La institución recordó que no es la primera vez que a través de estos *videos podcasts* publicados en YouTube del programa "Hablando Huevadas" se reporten este tipo de comentarios. "Bajo el contexto de supuestas bromas o realizar humor denominado 'negro', se incurrir en comentarios discriminatorios, ya que, en febrero de este mismo año, en otro programa, se hizo mofa de una menor con discapacidad auditiva y de otro que estaba siendo víctima de violencia sexual, y a pesar de que ello concluyó en las disculpas públicas de sus autores, lamentablemente se viene repitiendo", indicó según fuente del Diario "El Comercio".



Resulta muy importante la ampliación de causales de discriminación, señalándose, entre otras, actividad laboral, lugar de origen, vestimenta, ubicación social, indumentaria y filiación política. Una situación particular del Perú que se ha tomado en cuenta es la discriminación por indumentaria que afecta especialmente a millones de mujeres indígenas. Es muy oportuna también la mención al idioma, porque, a pesar que la Constitución señala el derecho de todo peruano a expresarse en su lengua materna, algunos congresistas y periodistas han expresado su abierto rechazo al empleo del quechua en los debates parlamentarios.

Ahora bien, una forma distinta de plantear la lucha legal contra la discriminación es señalar con claridad las situaciones concretas prohibidas. Es el caso del Brasil, donde la Ley Contra los Delitos basados en Prejuicios Raciales enumera una serie de infracciones, precisando las sanciones que corresponden a cada una de ellas. De esta manera, enfrentan hasta tres años de reclusión quienes impiden el ingreso a un restaurante, bar, centro de diversión, club social, u otro establecimiento comercial o se nieguen a atender a un cliente (sucede también en el Perú, por si no se han dado cuenta). La pena se eleva hasta cinco años a quienes impidan el acceso a un puesto público, rechacen contratar a una persona en una empresa privada, no permitan a un estudiante inscribirse en un centro educativo, nieguen alojamiento en un hotel o empleen los medios de comunicación para promover la discriminación.

Resulta interesante que la ley brasileña sanciona de manera particular la discriminación racial en las Fuerzas Armadas, lo que demuestra que éstas son espacios de racismo institucionalizado en muchos países latinoamericanos. De hecho, el ex presidente Evo Morales anunció el primer ingreso de indígenas a una escuela de oficiales de La Paz y en el Perú tenemos que la Marina ha mantenido por décadas criterios étnicos para la incorporación de sus oficiales.

En comparación con la legislación brasileña o mexicana, que también contiene una amplia enumeración, el nuevo artículo 323 del Código Penal parece todavía limitado. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que, bajo un artículo similar, en el año 2005 el Poder Judicial de Guatemala sancionó a un grupo de parlamentarios del Frente Republicano Guatemalteco (FRG, el partido-iglesia de ex dictador Efraín Ríos Montt), por haber proferido insultos racistas contra la ciudadana Rigoberta Menchú.

Si en la actualidad nos preocupamos tanto por los derechos humanos, pueden existir en la actualidad expresiones tan despectivamente hacia la población indígena, por ejemplo, es evidente que las actitudes discriminatorias se encuentran muy arraigadas en nuestra sociedad. Esperamos que la reforma al Código Penal contribuya a erradicarlas, aunque para ello, probablemente, será necesario que se produzcan las primeras denuncias penales.

II. MARCO CONCEPTUAL Y NORMATIVO

Se entenderá como discriminación a toda restricción o preferencia que anula o menoscaba el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas, reconocido en la ley, la Constitución o instrumentos internacionales. La Constitución Política del Perú consagra este derecho en el artículo 2, inciso 2), prohibiendo toda forma de discriminación por razones de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión y condición económica. Asimismo, prevé una formula abierta "cualquier



otra índole" de modo que se entienda que los motivos señalados no son los únicos proscritos por el ordenamiento jurídico.

Las principales fuentes jurídicas internacionales que regulan la igualdad y no discriminación, y que resultan aplicables en el ordenamiento jurídico peruano son la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Cabe precisar que los tratados internacionales sobre derechos humanos en el Perú tienen rango constitucional, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

Cabe señalar que, en los últimos años, el Tribunal Constitucional ha emitido importantes sentencias que han contribuido a reforzar el ámbito de protección constitucional del derecho a la igualdad y a la no discriminación, al establecer el alcance de los mencionados derechos y los criterios para evaluar la vulneración de los mismos. Además, ha especificado algunos casos de discriminación que por su naturaleza merecen la protección urgente mediante el amparo.

Sobre este último aspecto, conviene señalar, por ejemplo, que según el Tribunal Constitucional "los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos", igual sucede con "los despidos originados en la discriminación por razón de sexo raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole (...), así como los despidos producidos con motivo del embarazo" y aquellos originados en la condición de discapacidad².

Sin perjuicio de lo ya señalado, se cuenta con sendos pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que dan cuenta de la obligación que asumen los Estados parte de proscribir todo tipo de conducta o práctica generalizada de discriminación, en las distintas esferas o situaciones en que pudieran presentarse.

Existen normas que sancionan las prácticas discriminatorias en el acceso a centros de formación educativa, en las ofertas de empleo y relaciones laborales, así como en las relaciones de consumo. Igualmente, la Ley del Código de Ética de la función pública, Ley N.º 27815, y su reglamento, sancionan a los funcionarios y servidores públicos por la trasgresión de sus deberes y por incurrir en actos discriminatorios.

La discriminación es uno de los problemas sociales más latentes que afecta a la sociedad peruana pues refleja un contexto de desintegración de parte de ciertos sectores e instituciones contra aquellos que son considerados como diferentes. En efecto, las prácticas discriminatorias en nuestra colectividad son amplia y frecuente, sus manifestaciones se encuentran presentes en la mayoría de las interacciones sociales. Las políticas públicas que deberán estar destinadas a eliminar las desigualdades y las

² Tribunal Constitucional. Sentencia del 28 de noviembre del 2008 emitida en el Expediente N.º 0206-2005-PA/TC. F.J. 14 y 15.



inequidades han resultado insuficientes y, en algunos casos, han contribuido a preservarlas.

En la actualidad aún las autoridades en nuestro país, no actúan de manera rigurosa cuando se realiza o se difunde expresiones discriminatorias en las redes sociales a pesar que este comportamiento ya constituye un agravante del delito de discriminación; y esto es consecuencia, muchas veces de la pasividad de las autoridades que retroalimentan el convencimiento de la población de que estas normas no existen o, lo que es peor, que no se cumplen.

Por lo que muchas veces se suele considerar que la sanción penal es la más idónea; sin embargo, no siempre estos son así para los casos de discriminación, pero si el ciudadano desea que cese el acto discriminatorio tienen como opción acudir como vía idónea a la Defensoría del Pueblo, más aún teniendo en cuenta que este organismo autónomo impulsó el primer caso de discriminación en el Perú.

El problema debe centrarse no en eliminar las diferencias, sino en cómo armonizamos nuestras diferencias y cómo las vivimos y damos pasos cualitativos para la construcción de una sociedad pacífica, más democrática e igualitaria.

La discriminación constituye una problemática que se encuentra presente en todos los extractos y ámbitos de nuestra sociedad. En el Perú, la historia de la violencia política ocurrida en la década de 1980 a 1990, también tuvo componentes, de discriminación hacia la población campesina e indígena. Sin embargo superado el período de violencia, el problema de la discriminación continúa en estos segmentos sociales, y en la actualidad aún persiste conductas de exclusión de personas con determinadas características, como por ejemplo: nacionalidad, orientación sexual, identidad de género, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, estatura, apellido, actividad laboral, lugar de origen, vestimenta, ubicación social, indumentaria, filiación política, condición de salud, entre otros; y esto es consecuencia de la desprotección de la ley.

Como podemos observar, la discriminación es un fenómeno que contiene diversos componentes y engloba en sí una variedad de sentidos que complican su eliminación de la sociedad, realmente entenderla permitirá enfrentar de manera integral sus consecuencias.

Una sociedad sin discriminación requiere una planificación que integre los aspectos jurídicos, económicos y sociales. Es en ese sentido, las políticas públicas en un Estado democrático deben tener un enfoque de derechos e implementar un mandato de no discriminación contemplado en diversas normas nacionales e internacionales, armonizando nuestra Constitución Política. Por ello, se explica que para calificar como discriminatoria una conducta o acto determinado resulta necesario observar la concurrencia de tres elementos:

- i. Un trato diferenciado o desigual;
- ii. Un motivo o razón prohibida por las normas (raza, origen, sexo, identidad étnica o cultural, religión, opinión, filiación política, filiación sindical, orientación u opción sexual, indumentaria o de cualquier otra índole); y,



- iii. Un objetivo o un resultado que anule o menoscabe el reconocimiento, ejercicio y goce de un derecho.

Cabe mencionar además que el Perú ha suscrito, y, por ende, es parte de diversas convenciones y pactos que versan sobre distintos temas, varios de ellos íntimamente vinculados a los principios de igualdad y no discriminación. En este sentido, a nivel del sistema universal de Derechos Humanos, podemos mencionar a la siguiente normativa:

- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo;
- Convención sobre los Derechos del Niño;
- Convención internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares; y,
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.

Por otra parte, a nivel del sistema regional interamericano de protección de los Derechos Humanos, tenemos como normativa vigente en el Perú a:

- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer;
- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad;
- Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia; y,
- Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia.

En ese contexto, es necesario mencionar que las normas internacionales como la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, obligan a los Estados a adoptar las "medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya existe" (artículo 2, inciso 2, literal c de la Constitución). En este marco, el rol que desempeña el Estado es singular importancia.

Así las cosas, diversas normas internacionales y nacionales proscriben y sancionan la discriminación. En la legislación interna, dichas conductas se encuentran sancionadas en los ámbitos constitucional, administrativo y penal. En el ámbito constitucional tenemos al proceso de amparo. En el ámbito administrativo existen sanciones para los actos discriminatorios en la educación, el trabajo, el consumo, así como en el ejercicio de la función pública. Finalmente, la discriminación constituye un delito sancionado por el artículo 323 del Código Penal.

Sin embargo, desde una perspectiva de actuación integral del Estado, se advierte que las referidas medidas aún resultan insuficientes y por ello es imprescindible que se fortalezcan los mecanismos de prevención y sanción de las prácticas discriminatorias



en todos los niveles y ámbitos: una lucha tan importante y urgente como ésta, requiere del compromiso de todas las instituciones del Estado y la sociedad civil.

1. El tipo penal de discriminación en el Perú

El delito de discriminación fue incorporado en la legislación peruana (artículo 323 del Código Penal) mediante Ley N° 27270, Ley contra actos de discriminación, del 29 de mayo del 2000. El tipo penal vigente³ sanciona dos modalidades de conducta:

- i. Discriminar a una o más personas o grupo de personas;
- ii. Incitar o promover en forma pública actos discriminatorios.

Dichas conductas para ser pasibles de persecución penal deben estar fundadas en motivos de raza, religión, sexo, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión política o de cualquier índole, o condición económica.

Adicionalmente, el tipo penal exige para la configuración del delito que los mencionados actos hayan sido realizados con la intención de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona.

La pena establecida para este delito es no menor de dos ni mayor de tres años de privación de la libertad, o prestación de servicios a la comunidad de 60 a 120 jornadas. El Código Penal asimismo establece dos supuestos de agravación de la sanción en el caso de que el autor sea funcionario o servidor público o cuando los actos discriminatorios se hayan materializado mediante violencia física o mental. En tales supuestos la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación.

El aumento en los últimos años de los delitos de diversa naturaleza cometidos por móviles discriminatorios ha hecho que en otras legislaciones se incorpore el delito de discriminación. Tal es el caso de España, Francia y Estados Unidos. Asimismo, en Latinoamérica, dicha conducta se encuentra penalizada, entre otros, por el Código Penal de Colombia, la Ley N.° 23.592 sobre represión de actos u omisiones discriminatorios de Argentina y por la Ley N.° 7.716 que define los crímenes resultantes del prejuicio de raza o de color del Brasil.

Según Mendoza Rázuri (2020), desde el año 2000, en el Perú, los actos de discriminación configuran delito, de conformidad con el artículo 323 del Código Penal. Sin embargo, en sus más de 20 años de vigencia, son pocas las sentencia en calidad de cosa juzgada en las que se aplica este tipo penal⁴.

³ En virtud de la modificatoria efectuada mediante Ley N° 28867 del 9 de agosto del 2006.

⁴ Mendoza Rázuri, A. (2020). *El racismo no es normal y debe ser denunciado*. Alerta contra el racismo. Lima: Ministerio de Cultura. Recuperado a partir de <https://alertacontraelracismo.pe/articulos/el-delito-de-discriminacion-en-el-peru-avances-y-retrocesos-en-sus-veinte-anos-de>.



Es importante advertir que el tipo penal de discriminación ha experimentado una serie de modificaciones desde el 2000 hasta la fecha. Dicho delito es introducido por la Ley N° 27270, "Ley contra actos de discriminación", en los siguientes términos:

"Capítulo IV DISCRIMINACIÓN

Artículo 323.- El que discrimina a otra persona o grupo de personas, por su diferencia racial, étnica, religiosa o sexual, será reprimido con prestación de servicios a la comunidad de treinta a sesenta jornadas o limitación de días libres de veinte a sesenta jornadas.

Si el agente es funcionario público la pena será prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas e inhabilitación por tres años, conforme al inciso 2) del artículo 36"⁵.

Como se observa, en su primera versión, el tipo penal no incluía una definición de la conducta; solo hacía referencia al "que discrimina a otra persona o grupo de personas". Por otro lado, solo contemplaba 4 motivos de discriminación (racial, étnica, religiosa o sexual), como un listado cerrado. Sin embargo, lo más resaltante es que la sanción era únicamente prestación de servicios a la comunidad. Solo contempla un supuesto agravado, en caso la discriminación sea cometida por un funcionario público, frente a lo cual, además de la prestación de servicios a la comunidad, se agrega la inhabilitación por tres años.

De este texto, se pueden resaltar dos problemas: i) no queda clara la definición de la conducta discriminatoria; ii) la sanción es leve; no contempla pena privativa de libertad.

Posteriormente, en el año 2006, se realiza la primera modificación, a través de la Ley N.° 28867, "Ley que modifica el Artículo 323 del Código Penal":

"DISCRIMINACIÓN

Artículo 323.- El que, por sí o mediante terceros, discrimina a una o más personas o grupo de personas, o incita o promueve en forma pública actos discriminatorios, por motivo racial, religioso, sexual, de factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión política o de cualquier índole, o condición económica, con el objeto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años, ni mayor de tres o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.

Si el agente es funcionario o servidor público la pena será no menor de dos, ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al inciso 2) del artículo 36.

⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N° 27270, "Ley contra actos de discriminación". Lima, 29 de mayo de 2000.



La misma pena privativa de libertad se impondrá si la discriminación se ha materializado mediante actos de violencia física o mental⁶.

Esta primera modificación es especialmente relevante debido a que, en primer lugar, introduce conductas adicionales a la de discriminar, como incitar y promover la discriminación. A su vez, especifica los motivos de discriminación y el resultado de afectar derechos fundamentales. Además, incorpora como sanción la pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años. Finalmente, establece un supuesto agravado adicional, cuando la discriminación se materialice mediante actos de violencia física o mental.

Por su parte, en el 2014, se realiza una nueva modificación, a través de la Ley N.° 30171, "Ley que modifica la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos", en los siguientes términos:

"Artículo 323.- Discriminación e incitación a la discriminación

El que, por sí o mediante terceros, discrimina a una o más personas o grupo de personas, o incita o promueve en forma pública actos discriminatorios, por motivo racial, religioso, sexual, de factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión política o de cualquier índole, o condición económica, con el objeto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años, ni mayor de tres o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.

Si el agente es funcionario o servidor público la pena será no menor de dos, ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al numeral 2 del artículo 36.

La misma pena privativa de libertad señalada en el párrafo anterior se impondrá si la discriminación, la incitación o promoción de actos discriminatorios se ha materializado mediante actos de violencia física o mental o a través de internet u otro medio análogo⁷.

Esta modificación únicamente establece un supuesto agravado adicional, cuando la discriminación, la incitación o promoción de actos discriminatorios se materialice mediante actos de violencia física o mental o a través de internet u otro medio análogo. Seguidamente, en el 2017, se introduce una nueva modificación mediante el Decreto Legislativo N.° 1323:

"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

⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N.° 28867. Ley que modifica el Artículo 323 del Código Penal. Lima, 09 de agosto de 2006.

⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N.° 30171. Ley que modifica la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos. Lima, 10 de marzo de 2014.



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

Si el agente actúa en su calidad de servidor civil, o se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental, a través de internet u otro medio análogo, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36⁸.

Se debe resaltar que esta modificación es realizada por el Poder Ejecutivo, por delegación de facultades dirigidas a fortalecer la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género. Asimismo, mediante dicha modificación, se define la conducta de discriminación en base a 3 elementos:

- Conducta: Actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia
- Motivo del acto: 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.
- Objetivo o resultado: Anular o menoscabar 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.

A su vez, como se observa, se incorporan motivos de discriminación adicionales a los previamente contemplados en el tipo penal, como orientación sexual, identidad de género, condición migratoria, entre otros. Como un punto negativo, se retira la conducta de incitación o promoción pública de actos de discriminación.

2. Aplicación del tipo penal

Durante los últimos años, se han advertido una serie de dificultades que condicionan la efectividad del delito de discriminación, los cuales van más allá del propio diseño del tipo penal. En el 2009, la Defensoría del Pueblo elaboró el Informe N° 005-2009-DP/ADHPD, en el que analiza la actuación del Estado frente a la discriminación. Como parte de sus hallazgos, determinó que existen dos problemas que impiden que prosperen las denuncias penales. En primer lugar, los denunciantes no tienen claridad sobre comportamientos que configuran el delito. Por ello, en algunos casos, habrían

⁸ PODER LEGISLATIVO. Decreto Legislativo N.° 1323, "Decreto Legislativo que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género". Lima, 06 enero 2017.



denunciado por discriminación a funcionarios públicos por haberles impuesto una papeleta o conducirlos a la comisaría⁹.

Sin embargo, lo que resulta más grave es la actuación de los fiscales, quienes son los principales responsables de determinar si el comportamiento denunciado se ajusta al tipo penal. La Defensoría del Pueblo en sus Informes "La discriminación en el Perú" de 2007 y "La Actuación del Estado frente a la discriminación" de 2009 ha observado que, en repetidas ocasiones, la Fiscalía declara improcedentes las denuncias por presunta discriminación debido al desconocimiento de la naturaleza delictiva de los actos discriminatorios¹⁰. Como ejemplo, la Séptima Fiscalía Provincial Penal del Santa archivó una denuncia señalando que "puede ser una actitud reprochable, pero de ninguna manera tiene relevancia o categoría penal"¹¹. En otros casos, incluso, se ha observado la falta de motivación de algunas resoluciones fiscales, lo cual resulta un incumplimiento del artículo 139º inciso 5) de la Constitución¹².

Como un caso reciente que ilustra esta problemática, se puede hacer referencia al archivamiento llevado a cabo por la Fiscalía Provincial Penal de Hunter respecto de la denuncia por discriminación presentada por la señora Viza Choquecondo, en febrero de 2020. Los hechos denunciados ocurrieron un año atrás, en febrero de 2019, cuando la agraviada laboraba como vigía en las obras de la variante de Uchumayo. Mientras desempeñaba sus funciones, la señora Viza fue víctima de agresiones racistas por parte de la señora Alatrística, tanto de forma verbal como física, frente a lo cual presentó una denuncia por discriminación, lesiones leves y peligro común.

Pese a que se cuenta con medios probatorios suficientes que acreditan el hecho, los fiscales a cargo del archivamiento alegaron que se trata de un delito al honor, más no cumpliría con los elementos del tipo penal de discriminación. Concretamente, la Fiscal Yanet Valdivieso, sostuvo lo siguiente durante sus declaraciones a la prensa:

"Los hechos que se suscitaron, si bien son con gritos e insultos, son solo agravantes, pero no tienen calidad de delito. La vigía si considera pertinente puede hacer una denuncia vía querrella, como una injuria, porque ese es un delito al honor, pero no es discriminación. Para que sea declarado así, por el hecho de discriminación, se le debe impedir algún derecho"¹³.

Debido a la gran cobertura mediática del caso y los pronunciamientos públicos de diversas instituciones con competencias en la materia, la Fiscalía reabrió la

⁹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Actuación del Estado frente a la discriminación. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo. Serie Informes de Adjuntía - Informe N.º 005-2009-DP/ADHPD. Lima: Defensoría del Pueblo, 2009, p. 95.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Op. Cit.*, 2009, p. 111.

¹³ DIARIO LA REPÚBLICA. "Arequipa: Fiscalía archivó denuncia por discriminación a vigía que fue insultada por conductora". Redacción La República. Lima, 17 de febrero de 2020.



investigación. Sin embargo, este es solo un ejemplo de los numerosos casos archivados en base al desconocimiento de las conductas que tipifican el delito de discriminación. Incluso, cuando las denuncias penales derivan en procesos judiciales, se enfrentan a los mismos problemas interpretativos por parte de los jueces; así como a dilaciones indebidas y archivamiento inmotivado.

A partir de lo expuesto, se puede concluir que, desde su incorporación en el Código Penal hasta la fecha, el delito de discriminación ha seguido una serie de modificaciones con el propósito de determinar adecuadamente qué conductas implican discriminación. Este proceso ha estado influido, en parte, por los avances jurisprudenciales en materia de derechos humanos a nivel nacional e internacional.

Sin embargo, más allá del diseño normativo del tipo penal, existen graves falencias interpretativas por parte de los funcionarios públicos que forman parte del sistema de justicia, lo cual no solo genera una alta desconfianza por parte de la ciudadanía en que sus denuncias prosperen; sino, sobre todo un amplio margen de impunidad para los agresores, que continuarán cometiendo estos actos sin ninguna sanción de por medio. Corresponde, entonces, fortalecer las capacidades interpretativas de los funcionarios a cargo del tratamiento de las denuncias penales por discriminación, para que, en el futuro, se consolide en el Perú una cultura de denuncia y tolerancia cero frente a toda conducta discriminatoria que ocurra en nuestro país.

3. La cláusula general de igualdad y el mandato de no discriminación

3.1 Jurisprudencia en relación a la discriminación

En el Perú después de la tipificación en relación al delito de discriminación se emitió la Primera Sentencia sobre esta materia, la misma que fue incoada por la Defensoría del Pueblo en contra de Albino Gilberto Ávila Najera y Abilo Pedro Fuertes Sedano, Guadalupe Gladys Sahuja Estelo y Sara Milagros Luciano de la Cruz, en su condición de profesores del Instituto Superior Tecnológico Manuel Arévalo Cáceres en el Programa de Industrias Alimentarias.

Con relación al delito instruido, el artículo 323 del Código Penal tipifica el delito de discriminación de personas y hablando en su primer párrafo la conducta que se requiere para tipificarla como acto de discriminación, describiéndola de la siguiente manera: "El que discrimina a una persona por motivos de discapacidad con el objeto de anular o menoscabar el ejercicio de un derecho o la persona", por su parte, el segundo párrafo del citado artículo señala que esta conducta se agrava por la calidad del agente, cuando es funcionario o servidor público y tiene como consecuencia de la misma que la pena a imponérsele sea no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación, conforme al inciso 2 del artículo 36 a del Código Penal.

Asimismo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas concordando con las disposiciones contenidas de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, entiende sobre discriminación "toda distinción, retención, exclusión o preferencia que se base en determinado motivos como la raza, color, idioma, opinión pública, sexo, situación económica o de otra índole, origen



racial, condición social o cualquier condición social y que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas"¹⁴.

Como se observa líneas arriba, tanto en la Jurisprudencia como en la doctrina nacional señalan que la discriminación es el trato diferenciado basado en determinados motivos prohibidos por elementos jurídicos que tiene por objeto y resultado la anulación o el menoscabo del ejercicio o goce de derechos o libertades fundamentales de una persona o grupo de personas, en ese sentido, los actos discriminatorios se basan en un prejuicio negativo que hace que los miembros de un grupo sean tratados como seres no solo diferentes, sino inferiores. Como podemos advertir la discriminación no solo se circunscriben a las conductas establecidas en el artículo 323 0 del Código penal. Razón por el cual, en la presente iniciativa incorporamos conductas o hechos en el tipo penal de discriminación, como nacionalidad, orientación sexual, identidad de género, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, estatura, apellido, actividad laboral, lugar de origen, vestimenta, ubicación social, indumentaria, filiación política, condición de salud, o cualquier otro motivo.

Las conductas descritas anteriormente que son objeto de la incorporación como delito de discriminación, en la actualidad, aún siguen siendo causales del acto discriminatorio, siendo un contrasentido a un Estado de Derecho y el respeto a la dignidad de las personas consagradas en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú.

3.2 Dificultades para el cumplimiento de la normativa

La discriminación en el Perú se viene dando de distintas formas y naturalezas, y esto hace complejo su tratamiento y regulación en la legislación nacional, trayendo dificultades para su aplicación y cumplimiento; y para un mejor entendimiento, transcribiremos la explicación que realiza el Abogado Wilfredo Ardito Vega en un trabajo de foro jurídico, el mismo que manifiesta líneas abajo:

"A pesar de la vigencia del Artículo 323 del Código Penal, su cumplimiento ha sido muy reducido debido a los siguientes factores:

- a) Naturalización de prácticas discriminatorias: Muy pocas personas en el Perú reconocen que vivimos en una sociedad donde se discrimina de manera permanente, por lo que, muchos consideran estos hechos como actos negativos o moralmente reprochables, pero no como una infracción legal.
- b) Escasa difusión: La mayoría de ciudadanos ignora que la discriminación se encuentra tipificada en el Código Penal.
- c) Ausencia de voluntad política: Durante los últimos años se ha podido percibir que no existe mayor interés en denunciar a los responsables del delito de discriminación.

¹⁴ Los párrafos transcritos en la presente exposición han sido sustraídos de los considerandos de la Sentencia Vilma Palma Calle Exp. 1650-2007. 7° Juzgado Penal Especializado - Cono Norte de Lima del 12 de junio del 2009.



- d) Dificultades personales para los denunciantes: La discriminación es una experiencia muy dolorosa, por ello, la mayoría de víctimas de discriminación prefiere negar u olvidar lo sucedido.
- e) Ausencia de asesoría: Las instituciones que legalmente enfrentan la discriminación no tienen personal que apoye a las víctimas"¹⁵.

3.3 La revitalización del principio de igualdad

En toda regulación de protección de derechos ya no existe el principio de lo absoluto, esto quiere decir, que no hay derechos absolutos, sino por el contrario, cuando existe un conflicto entre dos principios que confieren derechos, en estos casos, el Estado debe aplicar el principio de optimización en post de garantizar el derecho de las personas que se encuentran en estado de desigualdad y menor protección jurídica.

Para efectos de un mejor entendimiento transcribimos un extracto de la revitalización del principio de igualdad del profesor Luis López Guerra:

"La realidad está llena de situaciones concretas y específicas merecedoras de la atención del legislador cuando busca la regulación de manera distinta un sector de la actividad social o hacer frente a una circunstancia imprevista. A esta diversidad de situaciones no escapan los ciudadanos y los grupos sociales, puesto que podrán ser iguales en la ley, pero no lo son en la realidad.

Surge así una aparente contradicción: los poderes públicos están obligados a tratar por igual a los ciudadanos, pero también a hacer lo necesario para conseguir que quienes se encuentran en condiciones de inferioridad puedan situarse en una posición de igualdad real.

Frente a ello, debe tenerse en cuenta que el principio de igualdad no es absoluto, sino que puede y debe ceder ante las exigencias contrapuestas de la realidad. Sin embargo, esta relativización del principio de igualdad tiene un límite y es la prohibición de no discriminación.

En ese sentido, corresponde explicar qué debe entenderse por motivos objetivos y razonables. Así, para que un trato desigual constituya un supuesto de diferenciación y no de discriminación dicho trato debe cumplir los siguientes requisitos:

- a. Respecto de los supuestos de hecho debe existir una desigualdad, es decir, debe verificarse la existencia de puntos de partida distintos. El principio de igualdad se viola cuando se trata desigualmente a los iguales. Si las situaciones de hecho con iguales el trato diferente es, sin duda alguna, discriminatoria.
- b. El trato diferenciado debe tener una finalidad constitucionalmente legítima. Sin embargo, no debe entenderse que dicha finalidad deba consistir en un valor constitucional o que deba estar constitucionalmente consagrada. Basta con que no consolide con

¹⁵ Para efectos de la fundamentación estamos tomando el tópico IV denominado "Dificultades para el cumplimiento de la normatividad", publicado por el autor Ardito Vega, W. (2015). "El tratamiento penal del delito de discriminación en el Perú: evolución y límites". En: *Foro Jurídico*, (14), Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 28. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13746>.



- el sistema de valores constitucionalmente establecidos ni con los otros principios o preceptos constitucionales.
- c. En la forma en que se concretiza el trato diferenciado debe haber una adecuación del medio a los fines perseguidos. La congruencia no es sino la relación lógica existente entre el trato desigual que se realiza y la finalidad perseguida: es una característica estructural interna, de coherencia entre los distintos elementos- supuesto de hecho, trato desigual y finalidad- de la actuación de que se trata
 - d. Finalmente, el trato diferenciado debe ser proporcional. Aun cuando el mencionado trato observe los otros requisitos precisados éste precisa, para constituir un supuesto de diferenciación constitucionalmente admisible, de una relación de proporcionalidad entre la desigualdad que se otorga y la finalidad perseguida"¹⁶.

Cabe precisar, que no cualquier trato desigual es discriminatorio. La desigualdad en el trato basada en causas objetivas y razonables, es decir, no arbitraria, no constituye un supuesto de discriminación sino de diferenciación y es, por lo tanto, constitucional.

3.4 Reciente modificación al delito de discriminación (artículo 323 del Código Penal) mediante el Decreto Legislativo N.º 1323

En el Perú, según Aleman y Delzo (2021), los actos de discriminación configuran delito, de conformidad con el artículo 323 del Código Penal. Es importante advertir que el tipo penal de discriminación ha experimentado una serie de modificaciones desde el 2000 hasta la fecha. Dicho delito fue introducido por la Ley N° 27270, "Ley contra actos de discriminación". Posteriormente, en el año 2006, se realiza la primera modificación, a través de la Ley N° 28867, "Ley que modifica el Artículo 323 del Código Penal".

Esta primera modificación fue especialmente relevante debido a que, en primer lugar, introdujo conductas adicionales a la de discriminar, como incitar y promover la discriminación. A su vez, especifica los motivos de discriminación y el resultado de afectar derechos fundamentales. Además, incorpora como sanción la pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años. Finalmente, establece un supuesto agravado adicional, cuando la discriminación se materialice mediante actos de violencia física o mental.

Sin embargo, en el 2017, se introduce una nueva modificación mediante el Decreto Legislativo N° 1323; pese a mantenerse el *nomen juris* "discriminación e incitación a la discriminación", dentro de las conductas típicas se eliminó el incitación pública y promoción a la discriminación; con lo que, discursos como los señalados quedarían impunes aun cuando los límites a la libertad de expresión hubiesen sido manifiestamente excedidos, quedando punible únicamente cuando la incitación se haga mediante internet u medios análogos, como serían las redes sociales.

¹⁶ López Guerra, L., et al. (2010). *Derecho Constitucional*. (Volumen I). Valencia: Tirant lo Blanch. (Octava Edición), p. 158 – 161.



En consecuencia, se ha justificado constitucional y legalmente, la incorporación de una conducta agravante en el delito de discriminación e incitación a la discriminación prevista en el artículo 323 del Código Penal.

III. SUSTENTO DE LA PROPUESTA NORMATIVA

1. Generalidades de la Iniciativa Legislativa

La presente iniciativa legislativa tiene por objeto incorporar nuevos supuestos de hecho que configuran el delito de discriminación o incitación a la discriminación, los mismos que no están recogidos en el artículo 323 del Código Penal peruano, vigente desde 1991¹⁷, el cual pretendemos modificar. Estos supuestos o conductas discriminatorias que incorporamos son los siguientes:

- i. Se introduce como criterio para calificar la comisión de este delito los efectos buscados por el sujeto activo, los cuales pueden ser: **Cuando se incita o promueve en forma pública actos discriminatorios.** Tomamos la fórmula legal de la Ley N.º 28867, en el extremo que se modificó el artículo 323 del Código Penal;
- ii. Basados, además, en motivos de **actividad laboral, lugar de origen, vestimenta, ubicación social, indumentaria y filiación política;**
- iii. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando **la concurrencia de circunstancias agravantes** observando las siguientes reglas: **Cuando el agente actúa en su calidad de servidor civil; cuando se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental; o, cuando se realiza el hecho mediante medios de comunicación social como internet, radio, televisión, periódico, red social u otro medio análogo.**
- iv. Asimismo, estamos modificando el plazo de la pena privativa de la libertad que en el artículo antes mencionado era no menor de dos ni mayor de tres años y con esta propuesta legislativa solicitamos que se configure la pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, en el caso de los motivos antes mencionados. Cuando se trate de la concurrencia de circunstancias agravantes, la pena privativa de libertad se está modificando de la siguiente manera: **no menor de tres ni mayor de cinco años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.**

Aunque podría argumentarse inclusive que el tipo penal base del delito de discriminación o incitación a la discriminación previsto en el primer párrafo del artículo 323 del Código Penal, sería abarcativo de este tipo de conductas; sin embargo, lo cierto es que, si se toma en cuenta los bienes jurídicos protegidos en la formulación de un delito de esta naturaleza, se debe concluir que una acción de este tipo es altamente reprochable, porque las circunstancias con las que se configura este delito aumenta la responsabilidad penal de los agentes. Siendo así merece una tipificación explícita como un agravante del delito en mención (artículo 323 del Código Penal, segundo párrafo).

¹⁷ El delito de discriminación fue incorporado en la legislación peruana (artículo 323 del Código Penal) mediante Ley N.º 27270, Ley contra actos de discriminación, del 29 de mayo del 2000. Código Penal, Decreto Legislativo N.º 635, 8 de abril de 1991. Disponible en: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00635.pdf>.



En efecto, al encontrarse en juego un bien constitucional como es el principio de igualdad y no discriminación (artículo 2.2 de la Constitución Política del Perú), se requiere que el Estado puede hacer uso de su *ius puniendi* para explicitar una situación especialmente gravosa. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho fundamental a la igualdad es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático del Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Su aplicación no excluye el tratamiento desigual, siempre y cuando este se realice sobre bases objetivas y razonables.

2. Tipificación Penal

Para la presente regulación es importante especificar el contenido del tipo penal denominado discriminación, el mismo que está recogido en el Artículo 323 del Código Penal, para tal efecto nos valdremos de los fundamentos recogidos en la Sentencia Vilma Palma Calle del Expediente 1650-2007 en cuyos considerandos establece lo siguiente:

"Para calificar como discriminatorio un determinado acto resulta necesario identificar la concurrencia de tres elementos:

- i. Un trato diferenciado o desigual: Al respecto cabe señalar que todo origen discriminatorio tiene como punto de partida la existencia de un trato diferenciado o desigual hacia una persona o un grupo de personas. Como señala la doctrina la discriminación parte de una distinción, exclusión o restricción de los derechos de determinados individuos, es necesario, señalar que este solo elemento no es suficiente para considerar como discriminatorio a un determinado hecho, como consecuencia, se presentan tratos diferenciados destinados a corregir las desigualdades existentes en la realidad, de lo que se colige que una cosa es el trato diferenciado o desigual y otra es la discriminación. Por eso, por ejemplo, existen normas que obligan a centros Superiores de estudios reservar un porcentaje de vacantes para personas con discapacidad o la exoneración de las tasas para la obtención del documento nacional de identidad.
- ii. Un segundo elemento, es que los actos discriminatorios se basan en determinados motivos prohibidos por el elemento jurídico: dichos motivos pueden ser basados en las características de las personas, independientemente de su voluntad, entre otras la discapacidad y las posiciones asumidas voluntariamente por las personas en el ejercicio libre del desarrollo de la personalidad como son: opinión, religión, posición sindical, opción sexual, indumentaria entre otras. Sin embargo, los motivos aquí señalados no constituyen una cláusula cerrada de criterios prohibidos, en tanto el ordenamiento jurídico nacional como internacional establecen una cláusula abierta "cualquier otra índole". Ello, a fin de comprender nuevas formas de discriminación contemporáneas que pudieran aparecer en tanto estas supongan la vulneración de la protección al respecto del ser humano y su dignidad.



- iii. El tercer elemento está referido al objetivo o resultado del trato diferenciado o desigual: basado en motivos prohibidos que tiene por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, ejercicio y goce de un derecho. En ese sentido, es preciso señalar, que el derecho a la no discriminación es un derecho racional, esto es, que no cabe la afectación del mismo, mientras tanto, en una relación con otra u otros derechos, esto es para que sea un acto vulneratorio del derecho al no haber discriminación es necesario se produzca la alteración de la igualdad de trato"¹⁸.

Para aproximarnos a la problemática de la discriminación en el Perú se deben identificar dos categorías de análisis, primero: Motivos de discriminación, que, según la normativa internacional, son el color de piel, raza, sexo, religión, condición económica, clase social, posición política, indumentaria, filiación, actividad, condición de salud, filiación a un sindicato, discapacidad, lugar de origen o residencia, edad, idioma, estado civil, identidad étnica. Y, en segundo lugar, tenemos el ámbito de aplicación que dan lugar a las siguientes variables explicativas: ámbito laboral, del consumidor, el lingüístico, el racial, el de la administración pública, etc.

En ese sentido, y "a diferencia de otros países en donde se suele poner énfasis en la discriminación de las personas diferentes; en el Perú, la discriminación hacia las demás personas es un problema predominante, y que la mayoría de peruanos sufre por este tipo de situaciones, como la discriminación por rasgos indígenas o mestizos"¹⁹.

3. Convención Internacional sobre la Eliminación: Derecho a no ser discriminado

El artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación Racial, establece la definición más completa de discriminación, estableciéndose lo siguiente:

"(...) la expresión *discriminación racial* denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública".

Esta definición es la que en el Perú forma parte del bloque de constitucionalidad, en la medida que dicha Convención obliga al Perú a rechazar todo acto discriminatorio. Sí bien existen instrumentos internacionales como nacionales que tipifican los actos discriminatorios, y con la promulgación de la Ley N.º 28867 promulgada en el año 2006 se modificó la redacción del artículo 323 del Código Penal proponiendo un listado más amplio de causales penadas de discriminación, consideramos que no son suficientes para abarcar todos los supuestos donde se manifiesta el racismo.

¹⁸ Los tres párrafos transcritos en la presente exposición ha sido transcritos de los considerandos de la Sentencia Vilma Palma Calle Exp. 1650-07. 7º Juzgado Penal Especializado - Cono Norte de Lima del 12 de junio del 2009.

¹⁹ Vid. Ardito Vega, W. (2014). "La experiencia de la Mesa contra el racismo". En: *La discriminación en el Perú. Balance y desafíos* Universidad del Pacífico, p. 295.



En ese sentido, establecemos un cuadro comparativo entre el Código Penal vigente y nuestra propuesta con las incorporaciones correspondientes, el cuadro siguiente es:

CÓDIGO PENAL VIGENTE	NUEVO TEXTO
Artículo 323.- Discriminación e incitación a la discriminación El que, por sí o mediante terceros, realiza actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas reconocido en la ley, la Constitución o en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte, basados en motivos raciales, religiosos, nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, idioma, identidad étnica o cultural, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, discapacidad, condición de salud, factor genético, filiación, o cualquier otro motivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas. Si el agente actúa en su calidad de servidor civil, o se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental, a través de internet u otro medio análogo, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36.	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, o incita o promueve en forma pública actos discriminatorios, 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, actividad laboral, lugar de origen, vestimenta, ubicación social, indumentaria, condición de salud, factor genético, filiación política, o cualquier otro motivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, o con prestación de servicios a la comunidad de ochenta a ciento veinte jornadas. La pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36, cuando concurren cualquiera de las siguientes agravantes: 1. Cuando el agente actúa en su calidad de servidor civil; 2. Cuando se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental; 3. Cuando se realiza el hecho mediante medios de comunicación social como internet, radio, televisión, periódico, red social u otro medio análogo.

(*) Nacionalidad, orientación sexual, identidad de género, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, condición de salud o cualquier otro motivo: Incorporaciones recogidas del Decreto Legislativo 1323 en cuya opinión de la Comisión de Constitución se pone su derogatoria.

Como señala Espinosa-Saldaña Barrera (2020, p. 57), en el Perú, el avance en estos temas no ha sido tarea sencilla, y muchas veces no ha podido sostenerse lo conseguido con gran esfuerzo. Se ha avanzado con la ratificación de diversos tratados y declaraciones internacionales al respecto. Pero, a nivel de normativa interna, encontramos contradicciones entre lo que apuntala las disposiciones constitucionales vigentes y algunos artículos del Código Civil peruano también en vigor.

Bien es verdad que, por otro lado, se ha establecido, en el ámbito penal, el delito de discriminación, y, justo es resaltarlo, se ha desarrollado una importante jurisprudencia



en el Tribunal Constitucional peruano. Esa jurisprudencia ha delimitado y defendido los principios de igualdad y no discriminación, y los ha aplicado en la resolución de casos concretos, vinculados a diferentes materias, pero, y, sobre todo, dedicados a proteger a los sectores más vulnerables dentro del Perú.

Sin embargo, estos avances en el Perú todavía son insuficientes, y las brechas económicas y sociales aun no cerradas tienden a ampliarse en el contexto de una pandemia como la actualmente existente, con las consecuencias de carácter sanitario, económico y de otra índole.

IV. ANALISIS DE IMPACTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, aprobado por Decreto Supremo N.º 08-2006-JUS, y el Manual de Técnica Legislativa 2021, el análisis del impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional tiene por finalidad analizar si la propuesta normativa trata de innovar supliendo vacíos en el ordenamiento jurídico; o, si modifica o deroga normas vigentes.

En ese sentido, la presente propuesta no se contrapone con la Constitución Política del Perú vigente, por el contrario, con la presente modificación del artículo 323 del Código Penal ("*Discriminación e incitación a la discriminación*"), nuestro sistema social experimentará mejoras trascendentales a nivel de gestión estructural y cohesión social.

Por tanto, la incorporación de supuestos de hecho de discriminación, como agravantes, fortalecerá el ordenamiento jurídico penal en relación a la protección y el respeto de los derechos de las personas a no ser discriminadas ni incitar a la discriminación. Asimismo, sus disposiciones resultan concordantes con el ordenamiento jurídico vigente.

La propuesta legislativa genera los siguientes efectos en el ordenamiento jurídico vigente:

- Modificación del artículo 323 del Código Penal.

V. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente iniciativa de ley no demanda recursos del tesoro público, muy por el contrario, ayuda al adecuado ordenamiento de la legislación nacional, mejora la producción y técnica legislativa, y permite el control *ex post* de la norma y el cumplimiento de los objetivos de esta.

Asimismo, la aprobación de la iniciativa legislativa no genera un cambio en la legislación vigente de relevancia económica y financiera, ni la necesidad de asignar una partida presupuestal adicional, pues únicamente se pretende perfeccionar el marco jurídico penal en materia de discriminación, al incorporar agravantes en el artículo 323 del Código Penal, que han sido objeto de constante preocupación por parte de la Defensoría del Pueblo, o cuyos supuestos de hecho han sido plasmados, *mutatis mutandis*.



Finalmente, es necesario precisar que lo establecido en esta propuesta es acorde a nuestra legislación nacional y tratados internacionales.

VI. RELACIÓN CON LA AGENDA LEGISLATIVA Y LAS POLÍTICAS DE ESTADO DEL ACUERDO NACIONAL

Cabe precisar que la intención de establecer un plazo estrictamente necesario para el nombramiento de nuevos ministros que conforman el gabinete establecido en el marco legal vigente quedó plasmada en el Acuerdo Nacional que guía las políticas del Estado (2002). En ese sentido, la presente norma se encuentra dentro del Primer y Cuarto Objetivo del Acuerdo Nacional, que dice: **"Democracia y Estado de Derecho"** y **"Estado Eficiente, Transparente y Descentralizado"**, específicamente en la Séptima y Décimo Primera Política de Estado, respectivamente, que señalan:

"7. Erradicación de la violencia y fortalecimiento del civismo y de la seguridad ciudadana"

Nos comprometemos a normar y fomentar las acciones destinadas a fortalecer el orden público y el respeto al libre ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes individuales".

"11. Promoción de la igualdad de oportunidades sin discriminación"

Nos comprometemos a dar prioridad efectiva a la promoción de la igualdad de oportunidades, reconociendo que en nuestro país existen diversas expresiones de discriminación e inequidad social, en particular contra la mujer, la infancia, los adultos mayores, las personas integrantes de comunidades étnicas, los discapacitados y las personas desprovistas de sustento, entre otras. La reducción y posterior erradicación de estas expresiones de desigualdad requieren temporalmente de acciones afirmativas del Estado y de la sociedad, aplicando políticas y estableciendo mecanismos orientados a garantizar la igualdad de oportunidades económicas, sociales y políticas para toda la población".

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aleman A. y Delzo G. (2021). ¿Tienen repercusiones punibles las incitaciones al odio, discriminación o violencia en los mítines políticos? En: *Enfoque & Derecho*. Recuperado a partir de <https://www.enfoquederecho.com/2021/05/27/tienen-repercusiones-punibles-las-incitaciones-al-odio-discriminacion-o-violencia-en-los-mitines-politicos/>.
- Ardito Vega, W. (2006). Ley 28867: *Por una sociedad sin discriminación*. Lima: SERVINDI. Recuperado a partir de <https://www.servindi.org/actualidad/1017>.
- Ardito Vega, W. (2014). "La experiencia de la Mesa contra el racismo". En: *La discriminación en el Perú. Balance y desafíos* Universidad del Pacífico.
- Ardito Vega, W. (2015). "El tratamiento penal del delito de discriminación en el Perú: evolución y límites". En: *Foro Jurídico*, (14), Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13746>.



- Defensoría del Pueblo. (2009). *Actuación del Estado frente a la discriminación. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*. Serie Informes de Adjuntía - Informe N.º 005-2009-DP/ADHPD. Lima: Defensoría del Pueblo.
- Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2020). *Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de derecho comparado*. Bruselas, Unión Europea: Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado.
- López Guerra, L., et al. (2010). *Derecho Constitucional*. Volumen I. Octava Edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mendoza Rázuri, A. (2020). *El racismo no es normal y debe ser denunciado*. Alerta contra el racismo. Lima: Ministerio de Cultura. Recuperado a partir de <https://alertacontraelracismo.pe/articulos/el-delito-de-discriminacion-en-el-peru-avances-y-retrocesos-en-sus-veinte-anos-de>.