

El delito de discriminación en el Perú: Avances y retrocesos en sus veinte años de vigencia como tipo penal

Por: Ana Paula Mendoza Rázuri

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 20 años de vigencia, son pocas las sentencias en calidad de cosa juzgada en las que se aplica este tipo penal. Por ese motivo, la finalidad de este artículo es analizar los factores que ocasionan la falta de efectividad de esta sanción en el ámbito penal y sus implicancias jurídicas para las víctimas de estos hechos.

El tipo penal de discriminación con el paso del tiempo

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° (subrayado añadido)¹.

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”:

¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N° 27270, “Ley contra actos de discriminación”. Lima, 29 de mayo de 2000.

“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.

La misma pena privativa de libertad se impondrá si la discriminación se ha materializado mediante actos de violencia física o mental” (subrayado añadido)².

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°.

² CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N° 28867. Ley que modifica el Artículo 323 del Código Penal. Lima, 09 de agosto de 2006.

La misma pena privativa de libertad señalada en el párrafo anterior se impondrá si la discriminación, la incitación o promoción de actos discriminatorios se ha materializado mediante actos de violencia física o mental **o a través de internet u otro medio análogo**” (subrayado añadido)³.

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 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”⁴.

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.

³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N° 30171. Ley que modifica la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos. Lima, 10 de marzo de 2014.

⁴ 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.

- **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.

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 denunciados no tienen claridad sobre comportamientos que configuran el delito. Por ello, en algunos casos, habrían denunciado por discriminación a funcionarios públicos por haberles impuesto una papeleta o conducirlos a la comisaría⁵.

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 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 discriminatorios⁶. 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”⁷. En otros casos, incluso, se ha observado la falta de motivación de algunas resoluciones fiscales, lo cual resulta un incumplimiento del artículo 139° inciso 5) de la Constitución⁸.

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

⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Actuación del Estado frente a la discriminación. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*. Serie Informes de Adjuntía - Informe N° 005-2009-DP/ADHPD. Lima: Defensoría del Pueblo, 2009, p. 95.

⁶ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Actuación del Estado frente a la discriminación. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*. Serie Informes de Adjuntía - Informe N° 005-2009-DP/ADHPD. Lima: Defensoría del Pueblo, 2009, p. 95.

⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Actuación del Estado frente a la discriminación. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*. Serie Informes de Adjuntía - Informe N° 005-2009-DP/ADHPD. Lima: Defensoría del Pueblo, 2009, p. 95.

⁸ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Actuación del Estado frente a la discriminación. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*. Serie Informes de Adjuntía - Informe N° 005-2009-DP/ADHPD. Lima: Defensoría del Pueblo, 2009, p. 111.

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 querrela, 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”⁹.

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

⁹ 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.