UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

"ANÁLISIS CONSTITUCIONAL SOBRE LA POSIBILIDAD DE INCORPORAR LOS DISCURSOS DE ODIO COMO DELITO EN EL PERÚ"

TESIS

Presentado por:

BACH. ANGELA YAZURI DIAZ PAURO

Asesor:

DR. HUGO MORA ARCE

ORCID: /0000-0001-7191-4553

Para obtener el título profesional de:

ABOGADA

TACNA – PERÚ

2024

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

"ANÁLISIS CONSTITUCIONAL SOBRE LA POSIBILIDAD DE INCORPORAR LOS DISCURSOS DE ODIO COMO DELITO EN EL PERÚ"

TESIS

Presentado por:

BACH. ANGELA YAZURI DIAZ PAURO

Asesor:

DR. HUGO MORA ARCE

ORCID: /0000-0001-7191-4553

Para obtener el título profesional de:

ABOGADA

TACNA – PERÚ

2024

DEDICATORIA

A mis padres. Esta tesis es un tributo al apoyo en mi educación y crecimiento profesional. Cada sacrificio que hicieron por mi educación ha sido muy fundamental para mí. Mi éxito académico es un reflejo del amor y guía que me brindaron.

AGRADECIMIENTO

Agradezco la ayuda de mis profesores, compañeros y a la Universidad, por el conocimiento adquirido y los momentos compartidos, que sin duda me traerán grandes satisfacciones y parabienes como persona y como profesional.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN 1
..... 2
CAPÍTULO I 3
EL PROBLEMA 3
1.1. Planteamiento y justificación del problema 3
1.2. Formulación del problema 5
1.3. Justificación de la investigación 5
1.4. Objetivos de la investigación 7
CAPÍTULO II 8
MARCO TEÓRICO 8
2.1. Antecedentes de la investigación 8
2.2. Bases teóricas 11
2.2.1. Discursos de odio 11
2.2.2. Libertad de expresión 12
2.2.3. Regulación en el derecho peruano 14
CAPÍTULO III 17
MARCO METODOLÓGICO 17
3.1. Hipótesis de trabajo 17
3.2. Metodología de la investigación: 17
3.2.1. Tipo de investigación 17
3.3. Fuentes de información: 18
3.4. Categorías 19

3.5. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos 20

3.6. Método de análisis 21

CAPÍTULO IV 24

RESULTADOS Y DISCUSIÓN 24

4.1. Marco jurídico internacional sobre la regulación de los discursos de odio y su compatibilidad con la libertad de expresión 24

4.1.1. Instrumentos internacionales relevantes 24

Tabla 1 25

Instrumentos internacionales relevantes. 25

4.1.2. Jurisprudencia de tribunales internacionales 29

4.1.3. Estándares internacionales sobre la libertad de expresión y sus límites 33

4.1.4. Análisis de la compatibilidad entre la regulación de discursos de odio y la libertad de expresión 36

4.2. Legislación constitucional y penal vigente en el Perú sobre la prohibición de la discriminación y posibilidades de penalización de los discursos de odio 40

4.2.1. Disposiciones constitucionales relevantes 40

4.2.2. Análisis del artículo 323 del Código Penal y otras normas relacionadas 43

4.2.3. Jurisprudencia nacional sobre discriminación y libertad de expresión 45

4.2.4. Vacíos legales y desafíos en la normativa actual 48

4.3. Compatibilidad de la incorporación del tipo penal de discursos de odio en la legislación peruana con la Constitución y los estándares de derechos humanos 51

4.3.1. Análisis de constitucionalidad 51

4.3.2. Test de proporcionalidad 54

4.3.3. Ponderación entre libertad de expresión y no discriminación 57

4.3.4. Conformidad con estándares internacionales de derechos humanos 61

4.4. Alcance y limitaciones de un posible tipo penal sobre discursos de odio aplicable en el Perú65

4.4.1. Propuesta de elementos del tipo penal 65

4.4.2. Consideraciones sobre el bien jurídico protegido 67

4.4.3. Posibles sanciones y agravantes 70

Tabla 2 70

Posibles sanciones principales del delito de discursos de odio 70

Tabla 3 71

Posibles sanciones accesorias del delito de discursos de odio 71

Tabla 4 71

Posibles agravantes del delito de discursos de odio 71

4.4.4. Desafíos en la aplicación y limitaciones a considerar 73

4.5. Discusión 76

4.5.1. El marco jurídico internacional: estándares aplicables al Perú frente a la problemática del discurso de odio 76

4.5.2. La insuficiencia del marco normativo peruano frente a los discursos de odio: análisis crítico 79

4.5.3. La constitucionalidad de penalizar los discursos de odio: un equilibrio posible pero desafiante 83

4.5.4. La arquitectura de un tipo penal sobre discursos de odio para el Perú: propuesta crítica 87

4.5.5. Integración final: hacia un abordaje constitucionalmente adecuado de los discursos de odio en el Perú 92

CAPÍTULO 97

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 97

5.1. Conclusiones 97

5.2. Recomendaciones 99

ANEXOS: 108

ÍNDICE DE TABLA

Tabla 1. *Instrumentos internacionales relevantes* 25
Tabla 2. *Posibles sanciones principales del delito de discursos de odio* 70
Tabla 3. *Posibles sanciones accesorias del delito de discursos de odio* 71
Tabla 4. *Posibles agravantes del delito de discursos de odio* 71

RESUMEN

La presente investigación analiza las implicancias constitucionales de una posible incorporación de los discursos de odio como delito en la legislación peruana. Se examina el marco jurídico internacional, la legislación nacional vigente y los estándares de derechos humanos aplicables para determinar la viabilidad y limitaciones de dicha tipificación penal. A través de una investigación cualitativa, descriptiva-explicativa y no experimental, se analizaron fuentes documentales, jurisprudencia y doctrina relevante. Los resultados sugieren que la tipificación penal de los discursos de odio podría ser constitucionalmente viable siempre que se establezcan criterios claros y precisos, limitándose a las formas más graves de incitación a la violencia o discriminación. Sin embargo, su implementación enfrenta importantes desafíos que requieren un cuidadoso equilibrio entre la protección de grupos vulnerables y la preservación de la libertad de expresión. Se concluye que cualquier propuesta de tipificación debe incorporar salvaguardas específicas y ser complementada con medidas no penales para abordar efectivamente el problema de los discursos de odio sin menoscabar indebidamente las libertades fundamentales.

Palabras clave: Discursos de odio, libertad de expresión, derecho constitucional, derecho penal, derechos humanos.

ABSTRACT

This research analyzes the constitutional implications of potentially incorporating hate speech as a crime in Peruvian legislation. The international legal framework, current national legislation, and applicable human rights standards are examined to determine the viability and limitations of such criminal classification. Through qualitative, descriptive-explanatory, and non-experimental research, documentary sources, jurisprudence, and relevant doctrine were analyzed. The results suggest that the criminalization of hate speech could be constitutionally viable provided clear and precise criteria are established, limiting it to the most serious forms of incitement to violence or discrimination. However, its implementation faces significant challenges that require a careful balance between protecting vulnerable groups and preserving freedom of expression. It is concluded that any proposal for criminalization must incorporate specific safeguards and be complemented with non-criminal measures to effectively address the problem of hate speech without unduly undermining fundamental freedoms.

Keywords: Hate speech, freedom of expression, constitutional law, criminal law, human rights.

INTRODUCCIÓN

Los discursos de odio representan un desafío significativo para las sociedades democráticas contemporáneas, pues plantean una tensión fundamental entre la protección de grupos vulnerables y la salvaguarda de la libertad de expresión. En el contexto peruano, la ausencia de una regulación específica sobre este fenómeno, junto con el incremento de expresiones discriminatorias en diversos ámbitos, hace necesario analizar la viabilidad constitucional de su tipificación penal.

La presente investigación tiene como objetivo principal analizar las implicancias constitucionales de una posible incorporación de los discursos de odio como un tipo penal específico en la legislación peruana. Para ello, se desarrolla un análisis exhaustivo del marco jurídico internacional, la legislación nacional vigente y los estándares de derechos humanos aplicables.

La investigación emplea un enfoque cualitativo, con un nivel descriptivo y no experimental, basándose en el análisis documental de fuentes jurídicas primarias y secundarias. Este trabajo busca contribuir al debate académico y público sobre la regulación de los discursos de odio en el Perú, proporcionando un análisis riguroso de las consideraciones constitucionales y prácticas que deben tomarse en cuenta al abordar esta compleja problemática.

El trabajo está estructurado en cinco capítulos:

El Capítulo I, presenta el planteamiento del problema, los objetivos y la justificación de la investigación.

El Capítulo II, desarrolla el marco teórico, incluyendo los antecedentes de la investigación y las bases teóricas sobre discursos de odio, libertad de expresión y su regulación en el derecho peruano.

El Capítulo III, expone la metodología empleada, describiendo el tipo de investigación, las fuentes de información y los métodos de análisis utilizados.

El Capítulo IV, constituye el núcleo de la investigación, presentando los resultados y la discusión en cuatro secciones principales: el análisis del marco jurídico internacional, la evaluación de la legislación constitucional y penal vigente en el Perú, el examen de la compatibilidad de la tipificación penal con la Constitución y los estándares de derechos humanos, y la propuesta de alcances y limitaciones para un posible tipo penal sobre discursos de odio.

El Capítulo V, presenta las conclusiones y recomendaciones derivadas del estudio.

Finalmente, se concluye con las referencias y los anexos respectivos al trabajo de investigación.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1. Planteamiento y justificación del problema

En los últimos años, los casos de discursos de odio en el Perú se han presentado en diversos espacios públicos y redes sociales, en contextos diversos como el político[1] o el educativo[2], por colocar algunos ejemplos. Estos discursos promueven la discriminación y la violencia contra ciertos grupos sociales en base a su raza, origen nacional o étnico[3]. La Defensoría del Pueblo[4] ha venido alertando sobre la necesidad de prohibir este tipo de conductas que se mantienen en muchos casos impunes ante la insuficiencia de los mecanismos actuales existentes contra la discriminación.

A nivel internacional, los discursos de odio son considerados una amenaza a los derechos humanos, existiendo recomendaciones para que los países regulen estas expresiones intolerantes. La Recomendación No. R 97(20) del Consejo de Europa insta a penalizar toda difusión de ideologías racistas, xenófobas o intolerantes[5]. La

---

[1] Adriana Palomino, "Terruqueo: Odio disfrazado de libertad". 2 de junio de 2023. https://www.dialogoshumanos.pe/2023/06/02/terruqueo-odio-disfrazado-de-libertad/.

[2] Julia Ángela Ramón y Jesús Vílchez. "Discurso de odio en educación secundaria: efectos intelectuales y emocionales". VISUAL REVIEW. International Visual Culture Review/Revista Internacional de Cultura Visual 14, no. 1 (2023): 1-12.

[3] Naciones Unidas. "Informe del Relator Especial sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia". A/HRC/26/49, 2013. https://undocs.org/es/A/HRC/26/49.

[4] Defensoría del Pueblo. "Urge sancionar los discursos de odio que promueven la discriminación y violencia contra personas LGTBI". 2019. https://www.defensoria.gob.pe/urge-sancionar-los-discursos-de-odio-que-promueven-la-discriminacion-y-violencia-contra-personas-lgtbi/.

[5] Consejo de Europa. "Recommendation No. R 97(20) of the Committee of Ministers to Member States on 'Hate Speech'". 1997.

Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial requiere sancionar la incitación al odio racial[6]. Asimismo, la Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión de la OEA[7] ha advertido cómo los discursos de odio propician violaciones a los derechos humanos.

En el País no se encuentra regulado un tipo penal sobre discursos de odio. La Constitución prohíbe la discriminación, pero no la incitación al odio. Algunos artículos del Código Penal sobre apología del delito, discriminación como el artículo 323 podrían aplicarse indirectamente, pero presentan vacíos y dificultades de interpretación. Esta situación dificulta la prevención y sanción de estos casos que siguen en aumento. Si bien el artículo 323 del Código Penal sanciona los actos de discriminación, presenta vacíos para reprimir adecuadamente los discursos de odio que proliferan en el país a través de diversos medios y plataformas. Al exigir la afectación concreta de derechos, deja impunes manifestaciones que propagan el odio y la intolerancia creando un clima proclive a la violencia contra grupos históricamente vulnerables. Asimismo, la ambigua fórmula del tipo penal genera dificultades probatorias y aplicativas en casos mediáticos donde se instiga al odio contra colectivos por su raza, origen étnico u orientación sexual, sin consecuencias tangibles e inmediatas. Ello permite que esta forma contemporánea de discriminación siga extendiéndose en el espacio público.

Tomando en cuenta las recomendaciones de carácter internacional, la experiencia comparada de regulación penal y la ineficacia actual para prevenir y sancionar los discursos de odio, resulta necesario analizar la incorporación de este tipo de expresiones intolerantes como un delito autónomo en la legislación peruana,

---

https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680505d5b.

[6] Naciones Unidas. "Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial". 1969.

[7] CIDH. "Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV (Libertad de expresión e internet)". OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13, 2013. https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf.

delimitando sus alcances para equilibrar la protección de derechos en conflicto. Ello, en tanto se podría advertir que este tipo de regulación podría entrar en conflicto con la libertad de expresión y de información que nuestra Constitución garantiza en su artículo 2.4. Si bien este derecho fundamental no es absoluto, su restricción mediante la tipificación penal de los discursos de odio requeriría determinar nítidamente los límites de lo sancionable y aquellas manifestaciones intolerantes, pero aún amparadas constitucionalmente.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Pregunta general

¿Cuáles son las implicancias constitucionales de una posible incorporación de los discursos de odio como un tipo penal específico en la legislación peruana?

1.2.2. Preguntas específicas

- ¿Cuál es el marco jurídico internacional sobre la regulación de los discursos de odio y su compatibilidad con la libertad de expresión?
- ¿Qué establece la legislación constitucional y penal vigente en el Perú sobre la prohibición de la discriminación y las posibilidades de penalización de los discursos de odio?
- ¿La incorporación del tipo penal de discursos de odio en la legislación peruana resultaría compatible con la Constitución y los estándares de derechos humanos?
- ¿Cuál sería el posible alcance y limitaciones de un tipo penal sobre discursos de odio aplicable en el Perú?

1.3. Justificación de la investigación

La presente investigación aporta al conocimiento existente sobre la regulación de los discursos de odio desde una perspectiva constitucional en el contexto peruano.

Si bien existen estudios sobre libertad de expresión y discriminación, el análisis específico de la viabilidad constitucional de tipificar los discursos de odio en el Perú no ha sido suficientemente desarrollado. Este trabajo contribuye a llenar ese vacío teórico al analizar la compleja interacción entre la libertad de expresión y la no discriminación en el marco constitucional peruano, considerando además los estándares internacionales de derechos humanos.

Los discursos de odio representan una amenaza creciente para la convivencia democrática y la dignidad de grupos vulnerables en el Perú. El aumento de expresiones discriminatorias, particularmente en redes sociales y medios de comunicación, puede contribuir a la normalización de la violencia y la exclusión social. Esta investigación es socialmente relevante porque aborda la necesidad de proteger a grupos históricamente marginados, mientras se preserva el espacio para un debate público robusto y plural, esencial para una sociedad democrática.

El estudio desarrolla un análisis sistemático y comprehensivo de la posibilidad de tipificar los discursos de odio, aplicando métodos de interpretación constitucional y técnicas de ponderación de derechos fundamentales. La metodología empleada, que combina el análisis dogmático con el estudio de derecho comparado y estándares internacionales, puede servir como modelo para futuras investigaciones sobre la constitucionalidad de medidas que busquen restringir derechos fundamentales en aras de proteger otros bienes jurídicos.

Los resultados de esta investigación pueden servir como insumo para la construcción de políticas públicas alineadas con las directrices de los organismos internacional dirigidas destinadas a reducir y prevenir los discursos de odio en el Perú. El análisis de los requisitos constitucionales y las consideraciones prácticas para la tipificación de estos discursos proporciona orientación concreta para legisladores, jueces y otros operadores jurídicos que enfrenten casos relacionados con expresiones discriminatorias. Además, las recomendaciones sobre el alcance y limitaciones de un

posible tipo penal pueden contribuir a una implementación más efectiva y constitucionalmente sólida de medidas contra los discursos de odio.

La investigación también ofrece criterios útiles para que los tribunales puedan ponderar adecuadamente la libertad de expresión y la no discriminación en casos concretos, contribuyendo así a una jurisprudencia más coherente y protectora de los derechos fundamentales.

1.4. Objetivos de la investigación

1.4.1. Objetivo general

Analizar las implicancias constitucionales de una posible incorporación de los discursos de odio como un tipo penal específico en la legislación peruana.

1.4.2. Objetivos específicos

- Examinar el marco jurídico internacional sobre la regulación de los discursos de odio y su compatibilidad con la libertad de expresión.
- Evaluar la legislación constitucional y penal vigente en el Perú referida a la prohibición de la discriminación y posibilidades de penalización de los discursos de odio.
- Determinar si la incorporación del tipo penal de discursos de odio en la legislación peruana resultaría compatible con la Constitución y los estándares de derechos humanos.
- Proponer el posible alcance y limitaciones de un tipo penal sobre discursos de odio aplicable en el Perú

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

En Chile, Cajigal[8] en su tesis de grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, planteó como objetivo analizar el conflicto entre la lucha contra la discriminación y la relación existente entre el derecho a opinar y comunicar ideas y los limites frente al discurso de odio. Metodológicamente, fue un trabajo cualitativo que priorizó el análisis documental de normas internacionales y nacionales, enfocándose en el tratamiento desde el sistema internacional de derechos humanos y legislaciones extranjeras, para luego examinar la situación en Chile. En sus conclusiones consideró que es posible armonizar los derechos en pugna en una eventual regulación de estas expresiones intolerantes, considerando el Proyecto de Ley que tipifica la incitación a la violencia en Chile.

En España, Infante[9] en su tesis de Grado en Derecho de la Universidad de Valladolid tuvo como objetivo analizar la proliferación de mensajes discriminatorios y humillantes como el discurso del odio, que ponen en peligro la convivencia democrática. Metodológicamente fue un estudio cualitativo, que empleó la técnica de análisis documental y el método comparativo enfocado principalmente en legislación y jurisprudencia norteamericana, alemana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En sus conclusiones, al examinar los distintos criterios jurisprudenciales al

---

[8] Juan Pablo Cajigal, "Los discursos de odio como límite a la libertad de expresión". Tesis de grado, Universidad de Chile, 2018.

[9] Irene Infante, "El discurso del odio como límite de la libertad de expresión". Tesis de grado, Universidad de Valladolid, 2018.

respecto en sistemas como el de Estados Unidos, Alemania y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que adoptan soluciones diferentes sobre este tema, revela que no hay consenso, por lo que el debate sigue abierto sobre los límites a la libertad de expresión para restringir estas manifestaciones intolerantes en cada Estado.

Vásquez[10] en su tesis de Segunda Especialidad en Derecho Internacional Público de la Pontificia Universidad Católica del Perú, analizó el consenso internacional sobre la necesidad de sancionar acciones que buscan vulnerar a grupos minoritarios, concluyendo que este consenso se diluye cuando dichas vulneraciones se ejercen mediante discursos amparados en la libertad de expresión. Metodológicamente fue un estudio cualitativo, que empleó la técnica de análisis documental y el método comparativo enfocado principalmente en legislación y jurisprudencia norteamericana. La autora concluye en este fenómeno un tema necesario de estudiar para hallar soluciones que eviten la diseminación de discursos lesivos contra grupos vulnerables como la comunidad LGTBI. La investigación propuso estandarizar el concepto de discurso de odio y suscribir tratados internacionales al respecto. Asimismo, planteó sancionar mediante el reglamento del Congreso, los discursos de odio emitidos por congresistas contra la comunidad LGTBI en el ejercicio de sus funciones, por considerarlos doblemente lesivos al vulnerar su derecho a la igualdad y participación política.

Oré y Villanueva[11] en su trabajo de investigación para optar el grado de Bachiller en Ciencias de la Comunicación por la Universidad Tecnológica del Perú, analizaron cómo el discurso de odio fue utilizado en Facebook por los colectivos

---

[10] Nicole Vásquez, "El discurso de odio hacia el colectivo LGTBI en el derecho internacional de los derechos humanos y su relación con el derecho interno peruano: funcionarios públicos como emisores de discursos de odio". Tesis de segunda especialidad, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2021.

[11] Melany Oré y Rubí Villanueva. "Discurso del odio y su implicancia en la política peruana. Caso colectivos 'No A Keiko' y 'Keiko No Va'". Trabajo de grado, Universidad Tecnológica del Perú, 2020.

"Keiko No Va" y "No a Keiko" en contra de la candidata Keiko Fujimori durante las elecciones presidenciales de 2016 en el Perú. Con una metodología mixta, utilizando entrevistas cualitativas y encuestas que luego fueron procesadas cuantitativamente. Se concluyó que, en las diversas publicaciones y encuestas aplicadas a usuarios, estas agrupaciones difundieron masivamente contenidos odiosos para persuadir a los electores de no votar por dicha candidata.

Ramírez-Gastón[12] en su tesis de Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad San Martin de Porres, tuvo como objetivo analizar los argumentos sobre los límites a la libertad de expresión en relación a los discursos de odio. Metodológicamente, desarrolló un estudio cualitativo de análisis documental, en el que examinó la regulación en legislaciones de EEUU y Europa, así como en instrumentos internacionales vinculantes para el Perú. Con esto determinó los alcances del derecho a la libertad de expresión frente a los discursos de odio en la normativa peruana, no incluyen a la ofensa más sí al insulto o al ataque directo hacia personas concretas.

Portugal[13] en su tesis de Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, planteó como objetivo en su investigación analizar si la prohibición amplia y discrecional del discurso de odio no es constitucional para garantizar el Estado de derecho y la democracia liberal. A partir de una investigación cualitativa de carácter dogmático jurídica, concluye que los discursos de odio solo deben penalizarse en ciertos supuestos, con estándares estrictos para su configuración. Una represión amplia conlleva consecuencias negativas y riesgos para la legitimidad democrática. Los argumentos se sustentan en un estudio interdisciplinario de filosofía política, teoría de derechos fundamentales y análisis de legislación comparada.

---

[12] Jose Ramírez-Gastón, "El contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión y los discursos de odio". Tesis de magíster, Universidad de San Martín de Porres, 2023.
[13] Luis Portugal. "La Prohibición del Discurso de Odio en el Estado Democrático Constitucional". Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2021.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Discursos de odio

No hay una definición consensuada de "discursos de odio". El Consejo de Europa[14] define estos discursos como aquellas maneras de expresarse que evidencian promoción, justificación o incitación del odio por cualquier motivo basado en la intolerancia. Según el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, son manifestaciones que fomentan la violencia, la intimidación, la hostilidad o la discriminación contra una persona o grupo en particular, lo que viola las libertades reconocidas o los derechos protegidos[15].

En términos generales, implican un menosprecio y ataque contra personas o colectivos vulnerables, en base a ciertas características como la orientación sexual, las creencias religiosas, la nacionalidad o la etnicidad. Propagan estereotipos negativos y estimulan actitudes discriminatorias que pueden derivar en violencia[16]. Sus modalidades incluyen desde expresiones que incitan directamente a la violencia, hasta afrentas humillantes, discursos que niegan crímenes de odio y manifestaciones que crean un clima de intolerancia contra grupos históricamente marginados[17].

Representan una forma contemporánea de racismo y discriminación que, amparada en la libertad de expresión, atenta contra la dignidad, igualdad y no

---

[14] Consejo de Europa. "Recommendation No. R 97(20) of the Committee of Ministers to Member States on 'Hate Speech'". 1997. https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680505d5b.

[15] Comité de Derechos Humanos de la ONU. "Observación general No 34". 2011.

[16] Rafael Rosales. Liberalismo igualitario, discurso de odio y grupos discriminados: Una teoría contra el discurso de odio. Lima: Palestra Editores, 2021.

[17] CIDH. "Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América". 2015.

discriminación de personas y colectivos[18]. De allí la necesidad de establecer responsabilidades frente a esta forma de expresión intolerante.

El daño que generan los discursos de odio va más allá del impacto individual en las víctimas directas[19]. Tienen un efecto silenciador sobre grupos vulnerables, quienes muchas veces se autoexcluyen del debate público por temor a ser atacados. Socavan los valores de pluralismo y tolerancia que son esenciales para la democracia. Asimismo, normalizan prejuicios y estereotipos negativos, lo cual puede conducir a patrones sistémicos de discriminación y exclusión social[20].

En casos extremos, los discursos de odio pueden incluso catalizar actos de violencia y atrocidades masivas[21]. La historia ofrece trágicos ejemplos, como el rol de la propaganda antisemita en el Holocausto o de la retórica de odio en el genocidio de Ruanda. Esto demuestra el enorme poder que pueden tener las palabras cuando explotan miedos, resentimientos y fanatismos.

Por ello, la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de establecer ciertos límites a estas expresiones, sin que ello implique restringir indebidamente la libertad de expresión. El desafío es lograr un balance adecuado que proteja a grupos vulnerables de la hostilidad y violencia, al tiempo que se preserva un debate público robusto y plural.

2.2.2. Libertad de expresión

---

[18] Andrea Ordoñez Maldonado, Fernanda Espinoza y Carlos Vizuete, "Libertad de Expresión, Discurso de Odio y Violencia Política de Género en Procesos Electorales". Revista Enfoques de la Comunicación, no. 10 (2023): 249-96.

[19] Alfonso Galán Muñoz, "El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?" Estudios penales y criminológicos 38 (2018).

[20] Jorge Correcher Mira, "Discurso del odio y minorías: Redefiniendo la libertad de expresión". Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico, no. 28 (2020): 166-91.

[21] Gustavo Moura de Oliveira y Marília Veríssimo Veronese. "Brasil y el 'fenómeno Bolsonaro': un análisis preliminar". Revista mexicana de ciencias políticas y sociales 64, no. 237 (2019): 245-67.

Numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen la libertad de expresión como un derecho fundamental. Según la Corte IDH, existe una conexión directa entre la democracia y la libertad de expresión, ya que esta última permite la creación de opiniones públicas sobre temas políticos y el intercambio de ideas fundamentales para el sistema democrático[22].

Sin embargo, la libertad de expresión puede estar sujeta a restricciones con el fin de proteger los derechos o la reputación de los demás. Toda restricción debe ser legal, tener un propósito legítimo y cumplir con los criterios de necesidad y proporcionalidad[23]. Los discursos de odio plantean un conflicto entre este derecho a la libertad de expresión y principios como la dignidad humana, igualdad y no discriminación. La prohibición de estas expresiones intolerantes se justifica para proteger esos bienes constitucionales fundamentales[24].

El reto es encontrar un equilibrio razonable y proporcionado entre ambos derechos, que no lesione indebidamente ninguno de ellos ni los vacíe de contenido (Maldonado et al., 2023). Se trata de una colisión que debe resolverse mediante una ponderación objetiva según las circunstancias del caso concreto.

Este balance no siempre es fácil de alcanzar. Por un lado, una protección demasiado débil de la libertad de expresión puede conducir a un ambiente de censura y autocensura que inhibe el intercambio de ideas y el escrutinio al poder. Por otro, una tolerancia excesiva a discursos hostiles contra minorías vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación, creando un clima intimidatorio que las excluye[25].

---

[22] Corte IDH. "La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)". Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985.
[23] CIDH. "Observación general No 34".
[24] CIDH. "Violencia contra…".
[25] Betzabé Marciani Burgos, "El lenguaje del odio y los límites a la libertad de expresión en el Estado Constitucional de Derecho". En Repensar los Derechos Humanos, 221-60. Lima: Palestra Editores, 2018.

Para evaluar si un discurso de odio debe ser objeto de restricciones, se deben considerar múltiples factores, como el contenido y forma de la expresión, el contexto en que se emite, la intención del emisor, la probabilidad de generar daños, entre otros. Solo aquellos discursos que cruzan el umbral hacia la incitación a la discriminación o violencia pueden ser legítimamente limitados, siempre que se cumplan los requisitos de legalidad, fin legítimo, necesidad y proporcionalidad[26].

En última instancia, lidiar con los discursos de odio requiere un abordaje integral que combine regulaciones cuidadosamente diseñadas con políticas públicas de educación y promoción de una cultura de respeto a la diversidad. Esto permitirá combatir la intolerancia sin sacrificar las libertades democráticas fundamentales.

2.2.3. Regulación en el derecho peruano

La Constitución Política del Perú establece en su artículo 2.2 el derecho de toda persona a la igualdad y prohibición de discriminación, mientras que el artículo 2.4 consagra el derecho a la libertad de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento. Si bien no existe una regulación específica sobre discursos de odio, algunas normas del ordenamiento jurídico abordan tácitamente conductas vinculadas:

El artículo 323 del Código Penal reprime los actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia contra cualquier persona o grupo, que anulen o menoscaben sus derechos reconocidos en la legislación peruana o tratados de derechos humanos. Los motivos discriminatorios pueden ser la raza, religión, nacionalidad, sexo, orientación sexual, identidad de género, condición económica, discapacidad u otros semejantes. Se aplica pena privativa de libertad de 2 a 3 años o prestación de servicios

[26] Ana Valero Heredia, "Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial". Revista Española de Derecho Constitucional, no. 110 (2017): 305-34.

comunitarios. Hay agravantes si lo realiza un servidor civil o mediante violencia física/mental o internet, con penas de 2 a 4 años más inhabilitación.

La Ley contra actos de discriminación (Ley 27270) prohíbe conductas de distinción, exclusión o restricción basadas en motivos raciales, sexuales u otros que tengan por finalidad o efecto anular o menoscabar el reconocimiento de derechos. El Decreto Legislativo N° 1323 que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género, sanciona la incitación, promoción o justificación de estas modalidades de violencia.

Como se aprecia, si bien existen ciertas regulaciones que podrían vincularse indirectamente a reprimir los discursos de odio, no se contempla este tipo de expresiones intolerantes como una categoría autónoma sujeta a responsabilidades específicas.

2.3. Marco conceptual

a. **Discursos de odio:** Manifestaciones que propagan, incitan, promueven o justifican el odio, la intolerancia y la violencia contra grupos o personas, en base a su raza, sexo, religión u otras características[27].

b. **Libertad de expresión:** Derecho que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas sin limitación de fronteras y por cualquier medio[28].

c. **Delito:** Conducta típica, antijurídica y culpable a la que la ley penal asocia una pena. Debe estar descrita de manera expresa, clara e inequívoca[29].

d. **Tipicidad:** Correspondencia entre una conducta cometida y la descripción que de la misma hace el tipo penal, que permite subsumir el hecho en la norma[30].

---

[27] Consejo de Europa. "Recommendation No. R 97…".
[28] CIDH. "Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión". 2009.
[29] Luigi Ferrajoli, Garantismo penal. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
[30] Luigi Ferrajoli, Garantismo penal.

e. **Ponderación:** Técnica de resolución de conflictos entre principios constitucionales, mediante un juicio de proporcionalidad según peso y circunstancias del caso[31].

[31] Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1993.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1. Hipótesis de trabajo

La tipificación de los discursos de odio en la legislación penal peruana es constitucionalmente viable porque la restricción a la libertad de expresión se justifica para proteger la igualdad y no discriminación, superando la ponderación al constituir una protección efectiva de grupos históricamente marginados frente a expresiones intolerantes que los vulneran.

3.2. Metodología de la investigación:

3.2.1. Tipo de investigación

La investigación es de tipo básica, puesto que permite incrementar el conocimiento disponible (Carrasco Díaz, 2019), por lo que se aplicó el enfoque cualitativo y el nivel descriptivo, con diseño no experimental. Como señala Hernández-Sampieri (2014), el nivel descriptivo caracteriza el fenómeno jurídico especificando sus propiedades relevantes. Además, se examinarán los principios, normas e instrumentos nacionales e internacionales significativas, como los límites de la libertad de expresión y el derecho a la no discriminación. El objetivo es proveer una comprensión integrada de la problemática, considerando aspectos jurídicos, políticos y sociales. La investigación no manipulará variables, sino que usará información documental.

3.3. Fuentes de información:

Se analizarán los siguientes documentos:

A. Legislación nacional:

- Constitución Política del Perú de 1993
- Código Penal (artículo 323 sobre discriminación)
- Ley N° 27270 contra actos de discriminación
- Decreto Legislativo N° 1323
- Ley N° 28237 - Código Procesal Constitucional

B. Jurisprudencia relevante:

- STC Exp. N° 00012-2018-PI/TC sobre libertad de expresión
- STC Exp. N° 00033-2007-PI/TC sobre grupos vulnerables
- STC Exp. N° 00010-2002-AI/TC sobre restricciones a derechos fundamentales
- Sentencia "La Paisana Jacinta" (Expediente 00798-2014-0-1001-JM-CI-01)

C. Tratados internacionales:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
- Plan de Acción de Rabat

D. Informes y observaciones internacionales:

- Observación General N° 34 del Comité de Derechos Humanos
- Informes de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH
- Recomendación N° R 97(20) del Consejo de Europa
- Informes del CERD sobre Perú

E. Reportes de la Defensoría del Pueblo:

- Informe de Adjuntía N° 007-2018-DP/ADHPD
- Informe N° 48 sobre libertad de expresión

- Reportes sobre discriminación y discursos de odio (2019-2023).

El análisis de estas fuentes fortalecerá la argumentación sobre la necesidad y viabilidad de tipificar los discursos de odio en la legislación nacional.

3.4. Categorías

Dado el carácter cualitativo de nuestra investigación se realizará un proceso de categorización de la siguiente manera:

Matriz de categorización

Problema general	**Problemas específicos**	**Objetivos específicos**	**Categorías**	**Subcategorías**
¿Cuáles son las implicancias constitucionales de una posible incorporación de los discursos de odio como un tipo penal específico en la legislación peruana?	¿Cuál es el marco jurídico internacional sobre la regulación de los discursos de odio y su compatibilidad con la libertad de expresión?	Examinar el marco jurídico internacional sobre la regulación de los discursos de odio y su compatibilidad con la libertad de expresión	Constitucionalidad de regular los discursos de odio	- Instrumentos internacionales - Jurisprudencia internacional - Estándares internacionales
	¿Qué establece la legislación constitucional y penal vigente en el Perú sobre la prohibición de la discriminación y las posibilidades de penalización de los discursos de odio?	Evaluar la legislación constitucional y penal vigente en el Perú referida a la prohibición de la discriminación y posibilidades de penalización		- Disposiciones constitucionales - Legislación penal - Jurisprudencia nacional

		de los discursos de odio		
	¿La incorporación del tipo penal de discursos de odio en la legislación peruana resultaría compatible con la Constitución y los estándares de derechos humanos?	Determinar si la incorporación del tipo penal de discursos de odio en la legislación peruana resultaría compatible con la Constitución y los estándares de derechos humanos	Implicancias de la tipificación en la legislación peruana	- Test de proporcionalidad - Ponderación de derechos - Estándares de DDHH.
	¿Cuál sería el posible alcance y limitaciones de un tipo penal sobre discursos de odio aplicable en el Perú?	Proponer el posible alcance y limitaciones de un tipo penal sobre discursos de odio aplicable en el Perú | Alcances y limitaciones del tipo penal		- Elementos del tipo penal - Bien jurídico protegido - Sanciones y agravantes - Desafíos de aplicación

3.5. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos

La técnica de análisis documental se sustenta en lo planteado por López Noguero (2002), quien la define como una forma de investigación técnica que busca

describir y representar los documentos de forma unificada y sistemática. Se empleará una ficha de análisis documental validada por expertos que considerará:

A. Datos de identificación del documento:

- Tipo de documento.
- Referencia bibliográfica.
- Año y procedencia.

B. Categorías de análisis:

- Argumentos principales.
- Criterios jurídicos establecidos.
- Relación con los objetivos de investigación.
- Citas textuales relevantes.

C. Aspectos metodológicos específicos:

- Criterios de selección documental.
- Proceso de análisis y síntesis.
- Triangulación de fuente.

3.6. Método de análisis

Se aplicarán principalmente tres métodos jurídicos de análisis:

A. Método sistemático:

Implica abordar la problemática como un sistema, tomando en consideración todas las normas relacionadas, como las de libertad de expresión, no discriminación, tipos penales antidiscriminatorios, entre otras. Permite una visión integral de las interconexiones en el ordenamiento jurídico. Como señala Ramos Núñez (2018), este método permite entender las normas jurídicas como parte de un todo coherente y ordenado. Esta investigación se aplicará para:

- Analizar la relación entre las normas constitucionales sobre libertad de expresión y no discriminación

- Examinar la coherencia entre la legislación nacional y los tratados internacionales
- Estudiar la interrelación entre el derecho penal y constitucional en materia de discursos de odio

B. Método dogmático:

Involucra el estudio sistemático de conceptos e instituciones vinculadas como discursos de odio, límites constitucionales, ponderación de derechos, estándares internacionales. Se identificarán vacíos e inconsistencias en el sistema jurídico. Según Sarlo (2015), este método permite analizar el derecho a partir de las elaboraciones de los juristas y la doctrina especializada. Se empleará para:

- Examinar las teorías sobre la naturaleza jurídica de los discursos de odio.
- Analizar los fundamentos doctrinarios del test de proporcionalidad.
- Estudiar los criterios dogmáticos sobre tipificación penal.

C. Método hermenéutico:

Servirá para interpretar las normas nacionales e internacionales aplicables, mediante diversos procedimientos, a fin de determinar los fundamentos que viabilizarían o no la tipificación de los discursos de odio en la legislación peruana. Como sostiene Anchondo Paredes (2012), este método busca descubrir el sentido y alcance de las normas jurídicas. Se aplicará específicamente para:

- Interpretar los alcances del artículo 2° incisos 2 y 4 de la Constitución
- Analizar la jurisprudencia constitucional sobre libertad de expresión
- Determinar los estándares interpretativos de la Corte IDH y el TEDH sobre discursos de odio.

La aplicación complementaria de estos métodos de investigación jurídica enriquecerá el análisis y permitirá arribar a conclusiones y recomendaciones sólidas y coherentes con el ordenamiento jurídico, mediante la triangulación de datos que se realizará entre los resultados obtenidos (como resultado del análisis documental de la

normativa y la jurisprudencia), los antecedentes de investigación y las teorías que fundamentan el fenómeno de estudio. Dicha triangulación se realizará de manera narrativa en el apartado de discusión correspondiente. Esta triangulación metodológica, como señala Aguilar y Barroso (2015), permitirá aumentar la validez y fiabilidad de los resultados al contrastar la información desde diferentes perspectivas metodológicas.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Marco jurídico internacional sobre la regulación de los discursos de odio y su compatibilidad con la libertad de expresión

4.1.1. Instrumentos internacionales relevantes

El marco jurídico internacional sobre la regulación de los discursos de odio y su compatibilidad con la libertad de expresión se ha desarrollado principalmente a través de tres sistemas interconectados: el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, el Sistema Europeo de Derechos Humanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Estos sistemas han evolucionado de manera paralela pero interrelacionada, influyéndose mutuamente y estableciendo estándares que, si bien comparten principios fundamentales, presentan matices importantes en su aplicación e interpretación.

En el Sistema Universal, tres instrumentos destacan por su relevancia en la materia:

Tabla 1
Instrumentos internacionales relevantes.

Instrumento	Descripción
La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (CPPCG), que entró en vigor en 1951.	Esta convención prohíbe la incitación directa y pública a cometer genocidio.
La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD), vigente desde 1969.	El artículo 4 de esta convención obliga a los Estados parte a prohibir la difusión de ideas basadas en la superioridad racial y la incitación a la discriminación racial.
El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR), que entró en vigor en 1976.	La divulgación de propaganda que fomente conflictos bélicos o la exaltación del odio hacia grupos nacionales, raciales o religiosos que genere incitación a la discriminación, la animosidad o la violencia.

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (CPPCG) adoptada en 1948 y en vigor desde 1951, la CPPCG representa la primera respuesta internacional concreta a los horrores del Holocausto y otros genocidios ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial. Su artículo III, inciso (c), establece como acto punible "la incitación directa y pública a cometer genocidio". Esta disposición es crucial porque reconoce el poder del discurso para catalizar actos de violencia extrema contra grupos específicos.

La inclusión de la incitación al genocidio como un delito en sí mismo, independiente de la comisión efectiva del acto, refleja la comprensión de que ciertas

formas de expresión pueden ser tan peligrosas que justifican una restricción preventiva. Sin embargo, es importante notar que la Convención limita esta prohibición a la incitación "directa y pública", estableciendo un umbral relativamente alto para la restricción de la libertad de expresión.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD) entrando en vigor en 1969, la ICERD amplía significativamente el alcance de las restricciones al discurso discriminatorio. Su artículo 4 es particularmente relevante, ya que obliga a los Estados parte a rechazar cualquier tipo de propaganda y todas aquellas organizaciones que se basen en conceptos o teorías que defiendan la superioridad de una raza o de un colectivo de un color específico o procedencia étnica, así como cualquier intento de justificar o promover el odio y la discriminación racial, sin importar la manera en que se manifiesten.

Este artículo va más allá de la mera incitación a la violencia. Además, exige que los Estados declaren como "acto punible conforme a la ley" la difusión de tales ideas y la participación en organizaciones que las promuevan.

La amplitud de esta disposición ha generado controversia y ha llevado a varios países, incluidos Estados Unidos, Francia e Italia, a establecer reservas para proteger la libertad de expresión. Esto ilustra la tensión inherente entre la protección contra la discriminación y la salvaguarda de la libertad de expresión, un tema recurrente en la regulación de los discursos de odio.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) adoptado en 1966 y en vigor desde 1976, el ICCPR intenta proteger la libertad de expresión equilibrándola con prohibición de ciertos tipos de discurso. Su artículo 19 garantiza el derecho a la libertad de expresión, incluyendo la capacidad de difundir las ideas por cualquier medio. Sin embargo, también reconoce que este derecho entraña "deberes y responsabilidades especiales" y puede estar sujeto a ciertas restricciones necesarias

para "asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás" o para proteger la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas[32].

El artículo 20 del ICCPR va más allá, prohibiendo cualquier difusión o promoción de la guerra y el odio por motivos como nacionalidad, religión o raza que conduzcan a violencia o discriminación. Esta disposición ha sido interpretada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU como compatible con el artículo 19, estableciendo que las restricciones del artículo 20 deben cumplir también con los requisitos del artículo 19(3).

La interpretación y aplicación de estos artículos ha sido objeto de considerable debate. El Plan de Acción de Rabat, adoptado en 2012, intenta proporcionar orientación sobre cómo aplicar el artículo 20 del ICCPR, estableciendo un umbral de seis partes para evaluar si una expresión constituye incitación prohibida. Este plan enfatiza la importancia del contexto, la intención del orador, el contenido del mensaje, su alcance y la probabilidad de daño, entre otros factores[33].

En el Sistema Europeo, el instrumento principal es la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Su artículo 10 protege la libertad de expresión, pero también permite restricciones "previstas por la ley" y "necesarias en una sociedad democrática" para diversos fines, incluyendo la protección de la reputación o los derechos de otros. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una doctrina elaborada sobre la aplicación de este artículo, incluyendo el concepto de "margen de apreciación" que permite cierta flexibilidad a los Estados en la implementación de estas restricciones.

El Sistema Interamericano, por su parte, se basa principalmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Su artículo 13, proporciona una protección robusta de la libertad de expresión, prohibiendo

---

[32] ONU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.
[33] ACNUDH, Plan de Acción de Rabat (A/HRC/22/17/Add.4).

específicamente la censura previa. Sin embargo, también establece que la promoción de hostilidad basada en nacionalidad, etnia o creencias que fomente agresiones u otros actos ilegales contra individuos o colectivos debe estar prohibida por ley.

Es importante notar que, a diferencia del Sistema Europeo, el Sistema Interamericano no ha desarrollado una jurisprudencia tan extensa sobre discursos de odio. La Corte IDH ha tendido a favorecer una interpretación más amplia de la libertad de expresión, aunque reconoce la necesidad de equilibrarla con otros derechos.

La comparación de estos sistemas revela diferencias significativas en el enfoque de la regulación de los discursos de odio. Mientras que el Sistema Universal y el europeo tienden a permitir restricciones más amplias, el Sistema Interamericano y, notablemente, el sistema legal de Estados Unidos, adoptan una postura más protectora de la libertad de expresión.

Estas diferencias reflejan no solo distintas tradiciones legales, sino también diferentes experiencias históricas y contextos sociales. Por ejemplo, la experiencia del fascismo y el Holocausto en Europa ha llevado a una mayor disposición a restringir ciertos tipos de discurso, mientras que la tradición de la Primera Enmienda en Estados Unidos ha fomentado una interpretación más amplia de la libertad de expresión.

Así, podemos señalar que el marco jurídico internacional sobre la regulación de los discursos de odio refleja un intento continuo de equilibrar la protección de la libertad de expresión con la prevención de daños a individuos y grupos vulnerables. Los instrumentos internacionales proporcionan un marco general, pero la interpretación y aplicación específicas varían significativamente entre sistemas y países. Esta variación subraya la complejidad del tema y la necesidad de considerar cuidadosamente los contextos locales al implementar regulaciones sobre discursos de odio.

4.1.2. Jurisprudencia de tribunales internacionales

La jurisprudencia de los tribunales internacionales ha desempeñado un papel crucial en la interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales relacionados con los discursos de odio y la libertad de expresión. Esta jurisprudencia no solo ha dado vida a las disposiciones de los tratados, sino que también ha ayudado a definir los límites y el alcance de estos derechos en contextos específicos. En este apartado, analizaremos la jurisprudencia más relevante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte IDH (Corte IDH), dos de los tribunales internacionales más influyentes en esta materia.

A. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH):

El TEDH ha desarrollado una jurisprudencia extensa y matizada sobre los discursos de odio y la libertad de expresión. Uno de los casos más significativos es Handyside v . Reino Unido[34], donde el Tribunal estableció que la libertad de expresión protege no solo las ideas aceptadas con agrado o estimadas neutras y sin consecuencias, además de aquellas que perturban, alteran o causan malestar al gobierno o a cualquier sector poblacional. Esta sentencia sentó las bases para una interpretación amplia de la libertad de expresión, pero también reconoció que este derecho puede estar sujeto a restricciones necesarias en una sociedad democrática.

En el caso Jersild v. Dinamarca[35], el TEDH abordó directamente la cuestión de los discursos de odio en el contexto del periodismo. El Tribunal dictaminó que la

---

[34] TEDH. Handyside v. Reino Unido, 1976. https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-165143&filename=CASE%20OF%20HANDYSIDE%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20-%20[Spanish%20Translation]%20summary%20by%20the%20Spanish%20Cortes%20Generales.pdf&logEvent=False

[35] TEDH. Jersild v. Dinamarca, 1994. https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-164409&filename=CASE%20OF%20JERSILD%20v.%20DENMARK%20-

condena de un periodista por difundir declaraciones racistas hechas por terceros durante una entrevista violaba el artículo 10 de la CEDH. Esta decisión subrayó la importancia de considerar el contexto y el propósito de la expresión, distinguiendo entre la difusión de ideas racistas y el reportaje sobre un tema de interés público.

El caso Garaudy v. Francia[36] marcó un hito importante en la jurisprudencia del TEDH sobre el negacionismo del Holocausto. El Tribunal declaró inadmisible la demanda de Garaudy, afirmando que la negación de "hechos históricos claramente establecidos" no está protegida por el artículo 10 de la CEDH. Esta decisión reflejó la postura del Tribunal de que ciertos tipos de discurso, particularmente aquellos que niegan o trivializan crímenes contra la humanidad, pueden ser legítimamente restringidos.

En E.S. v. Austria[37], el TEDH abordó la cuestión de los discursos ofensivos contra creencias religiosas. El Tribunal confirmó la condena de una mujer por "denigración de doctrinas religiosas" después de que hiciera comentarios que equiparaban a Mahoma con un pedófilo. Esta decisión subraya la disposición del Tribunal a permitir restricciones a la libertad de expresión cuando se trata de proteger los sentimientos religiosos, siempre que estas restricciones sean proporcionadas y necesarias en una sociedad democrática.

Es importante notar que el TEDH ha desarrollado la doctrina del "margen de apreciación", que otorga a los Estados cierta discreción en la implementación de restricciones a la libertad de expresión, reconociendo las diferencias culturales y legales entre los países miembros del Consejo de Europa. Esta doctrina se ha aplicado

---

%20%5BSpanish%20Translation%5D%20summary%20by%20the%20Spanish%20Cortes%20Generales.pdf&logEvent=False

[36] TEDH. Garaudy v. Francia, 2003. http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-788339-805233

[37] TEDH. E.S. v. Austria. 2018. Citado por: Quintero, R. M. "La interacción entre la libertad de expresión y la libertad religiosa en el TEDH. La posible modificación del artículo 525 del Código penal español". *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)* 44, n° 2: (2022).

en varios casos relacionados con discursos de odio, permitiendo variaciones en las políticas nacionales siempre que se respeten los principios fundamentales de la CEDH.

B. Corte IDH (Corte IDH)

La jurisprudencia de la Corte IDH sobre discursos de odio es menos extensa que la del TEDH, reflejando en parte las diferentes experiencias históricas y prioridades en materia de derechos humanos en las Américas. Sin embargo, la Corte ha emitido decisiones importantes que han ayudado a definir el alcance de la libertad de expresión en la región.

Un caso fundamental es Olmedo Bustos y otros v. Chile[38], también conocido como "La Última Tentación de Cristo". Aunque no trata directamente sobre discursos de odio, esta decisión estableció principios importantes sobre la libertad de expresión. La Corte IDH sostuvo que la prohibición de la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo" por parte de Chile violaba el artículo 13 de la CADH. La Corte enfatizó que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una social, y que las restricciones a este derecho deben ser excepcionales y no pueden equivaler a censura previa.

En el caso Ivcher Bronstein v. Perú[39] la Corte IDH abordó la cuestión de la libertad de expresión en el contexto de los medios de comunicación. Aunque nuevamente no se trataba específicamente de discursos de odio, la Corte estableció principios importantes sobre la protección de la libertad de expresión frente a la interferencia estatal indirecta, como la revocación de la ciudadanía del propietario de un medio de comunicación crítico con el gobierno.

---

[38] Corte IDH. Olmedo Bustos y otros v. Chile, 2001. https://www.corteidh.or.cr/tablas/reparando-derechos/Caso-Olmedo-Bustos.html
[39] Corte IDH. Ivcher Bronstein v. Perú, 2001. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_84_esp.pdf

Es destacable que la Corte IDH no ha tenido la ocasión de abordar de manera directa casos de discursos de odio al igual que lo ha hecho el TEDH. No obstante, en su Opinión Consultiva OC-5/85 relativa a la colegiación obligatoria de periodistas, el tribunal sostuvo que las limitaciones a la libertad de expresión deben ser "necesarias para garantizar" determinados objetivos legítimos, como el respeto a los derechos o la reputación de terceros, así como la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública.

La CIDH, en su Informe Anual de 2015[40], abordó la cuestión de los discursos de odio contra personas LGBTI, recomendando que se establezcan medidas alternativas a las sanciones penales para combatir estos discursos. Esta recomendación refleja un enfoque más cauteloso hacia las restricciones de la libertad de expresión en comparación con el sistema europeo.

De esta forma se puede apreciar que, mientras que el TEDH ha desarrollado una jurisprudencia detallada sobre los discursos de odio, permitiendo restricciones en ciertas circunstancias, la Corte IDH ha tendido a favorecer una interpretación más amplia de la libertad de expresión. Estas diferencias reflejan no solo distintas tradiciones legales, sino también diferentes contextos históricos y sociales. El sistema europeo, influenciado por la experiencia del fascismo y el Holocausto, ha sido más propenso a permitir restricciones a ciertos tipos de discurso. En contraste, el sistema interamericano, surgido en un contexto de luchas contra regímenes autoritarios, ha puesto un mayor énfasis en proteger la libertad de expresión frente a la interferencia estatal.

Consideramos que estas diferencias en la jurisprudencia internacional subrayan la complejidad de equilibrar la libertad de expresión con la protección contra los

[40] CIDH. Informe Anual, 2015.

discursos de odio, y demuestran cómo los contextos regionales y las experiencias históricas pueden influir en la interpretación y aplicación de los derechos humanos.

4.1.3. Estándares internacionales sobre la libertad de expresión y sus límites

Los estándares internacionales sobre la libertad de expresión y sus límites se han desarrollado a través de una compleja interacción entre tratados internacionales, jurisprudencia de tribunales internacionales y regionales, y la labor interpretativa de organismos especializados. Estos estándares buscan establecer un equilibrio entre la protección de la libertad de expresión como derecho fundamental y la necesidad de prevenir daños derivados de ciertos tipos de discurso, particularmente los discursos de odio.

Uno de los principios fundamentales es que la libertad de expresión no es un derecho absoluto. Como señala el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR), este derecho "entraña deberes y responsabilidades especiales" y puede estar sujeto a ciertas restricciones[41]. Sin embargo, estas restricciones deben cumplir con criterios estrictos para ser consideradas legítimas.

El test tripartito de legalidad, legitimidad y necesidad se ha convertido en un estándar internacional para evaluar la legitimidad de las restricciones a la libertad de expresión. Este test, desarrollado inicialmente en el contexto europeo y luego adoptado en el sistema universal y el interamericano, establece que cualquier restricción debe:

i. Estar prevista por ley (principio de legalidad).
ii. Perseguir un fin legítimo (principio de legitimidad).
iii. Ser necesaria y proporcional en una sociedad democrática (principio de necesidad).

[41] Naciones Unidas. Pacto Internacional.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Observación General No. 34, ha proporcionado una interpretación autorizada de estos criterios. Según el Comité, la "ley" debe ser formulada con precisión suficiente para que un individuo pueda regular su conducta en consecuencia. Los fines legítimos están restringidos a aquellos especificados en el artículo 19(3) del ICCPR, que abarcan el respeto por los derechos o la reputación de otras personas, así como la salvaguarda de la seguridad nacional, el orden público, y la salud o la moralidad públicas. En cuanto a la necesidad de las restricciones, el Comité ha subrayado que estas deben ser el medio menos invasivo que permita alcanzar el objetivo buscado[42].

En el contexto específico de los discursos de odio, el artículo 20 del ICCPR establece un estándar más estricto, requiriendo que los Estados prohíban por ley cualquier defensa del odio de tipo nacional, racial o religioso que incite a la discriminación, la enemistad o la violencia. El Plan de Acción de Rabat, adoptado en 2012[43], proporciona orientación adicional sobre cómo interpretar y aplicar esta disposición. El Plan establece un umbral de seis partes para evaluar si una expresión constituye incitación prohibida, considerando:

iv. El contexto
v. El orador
vi. La intención
vii. El contenido y la forma
viii. El alcance del discurso
ix. La probabilidad, incluyendo la inminencia

Este umbral refleja un intento de proporcionar criterios más específicos para identificar los discursos de odio que justifican restricciones legales, reconociendo al mismo tiempo la importancia de proteger la libertad de expresión[44].

---

[42] Comité de Derechos Humanos. Observación general Nº 34.
[43]ACNUDH. Plan de Acción de Rabat.
[44] ACNUDH. Plan de Acción de Rabat.

Este umbral refleja un intento de proporcionar criterios más específicos para identificar los discursos de odio que justifican restricciones legales, reconociendo al mismo tiempo la importancia de proteger la libertad de expresión[45].

En el sistema europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una jurisprudencia detallada sobre los límites de la libertad de expresión. El Tribunal ha establecido que ciertas formas de expresión, como la negación del Holocausto, pueden ser legítimamente restringidas bajo el artículo 17 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que prohíbe el abuso de derechos. Sin embargo, el Tribunal también ha enfatizado que las restricciones deben ser proporcionadas y necesarias en una sociedad democrática.

La doctrina del "margen de apreciación", desarrollada por el TEDH, reconoce que los Estados pueden tener cierta discreción en la implementación de restricciones, teniendo en cuenta las diferencias culturales y legales. Sin embargo, este margen está sujeto a la supervisión europea y debe ser aplicado de manera consistente con los principios fundamentales de la Convención[46].

En el sistema interamericano, la Corte IDH ha tendido a favorecer una interpretación más amplia de la libertad de expresión. La Corte ha enfatizado la importancia de este derecho para la democracia y ha sido particularmente crítica con la censura previa. En su Opinión Consultiva OC-5/85, la Corte estableció que la libertad de expresión requiere que "nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento"[47].

La CIDH, en su informe sobre "Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América", ha recomendado que los Estados adopten

---

[45] ACNUDH. Plan de Acción de Rabat.
[46] P. Blas ¿QUÉ APRENDIMOS DE LA “SAGA FONTEVECCHIA”?. En Letra V, n° 9: (2018), pp. 54-108.
[47] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85.

medidas para prevenir y combatir la intolerancia y la discriminación, pero ha enfatizado que estas medidas deben respetar el derecho a la libertad de expresión[48].

Un aspecto importante de los estándares internacionales es el énfasis creciente en medidas no punitivas para abordar los discursos de odio. Tanto el Plan de Acción de Rabat como las recomendaciones de la Comisión Interamericana subrayan la importancia de la educación, el diálogo intercultural y las campañas de sensibilización como herramientas para combatir la intolerancia y promover el respeto mutuo.

Es por ello que, podemos señalar que los estándares internacionales sobre la libertad de expresión y sus límites reflejan un delicado equilibrio entre la protección de este derecho fundamental y la necesidad de prevenir daños derivados de ciertos tipos de discurso. Estos estándares establecen criterios estrictos para la restricción de la libertad de expresión, reconociendo su importancia para la democracia y el desarrollo individual y social. Al mismo tiempo, proporcionan un marco para abordar los discursos de odio y otras formas de expresión que pueden causar daño significativo. La interpretación y aplicación de estos estándares sigue siendo un área de debate y desarrollo continuo, reflejando los desafíos constantes de equilibrar derechos y responsabilidades en sociedades diversas y cambiantes.

4.1.4. Análisis de la compatibilidad entre la regulación de discursos de odio y la libertad de expresión

La compatibilidad entre la regulación de los discursos de odio y la protección de la libertad de expresión es un tema de considerable debate en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Este análisis requiere equilibrar dos imperativos fundamentales: por un lado, la necesidad de proteger la libertad de expresión como pilar de una sociedad democrática y, por otro, la obligación de prevenir

[48] CIDH. Violencia contra Personas.

y sancionar expresiones que puedan causar daño significativo a individuos o grupos vulnerables.

El punto de partida para este análisis es reconocer que, si bien la libertad de expresión es un derecho fundamental, no es absoluto. Como se establece en el artículo 19(3) del PIDCP, este derecho puede estar sujeto a ciertas restricciones necesarias para proteger los derechos de otros o de ciertos intereses públicos. La cuestión clave es determinar cuándo y cómo estas restricciones pueden aplicarse de manera compatible con los principios de los derechos humanos.

Un enfoque para abordar esta cuestión es el "test tripartito" desarrollado por el Comité de Derechos Humanos de la ONU y adoptado por varios tribunales internacionales. Según este test, cualquier restricción a la libertad de expresión debe:

a. Estar prevista por ley

b. Perseguir un fin legítimo

c. Ser necesaria y proporcional en una sociedad democrática

Este marco proporciona una base para evaluar la legitimidad de las regulaciones sobre discursos de odio. Sin embargo, su aplicación en casos concretos puede ser compleja y controvertida.

El requisito de legalidad busca garantizar que las restricciones sean claras y previsibles, evitando la arbitrariedad en su aplicación. No obstante, definir con precisión constituye un "discurso de odio", puede ser un desafío significativo. Como señala Rosales[49], existe el riesgo de que definiciones amplias o vagas puedan tener un efecto inhibidor sobre la expresión legítima.

---

[49] A. Rosales. Liberalismo igualitario, discurso de odio y grupos discriminados: una teoría contra el discurso de odio para la región (Doctoral dissertation, Universidad de Buenos Aires), 2018.

El criterio de legitimidad generalmente se cumple en el caso de las regulaciones sobre discursos de odio, ya que estas suelen buscar proteger los derechos de otros o preservar el orden público. Sin embargo, el verdadero desafío surge al evaluar la necesidad y proporcionalidad de estas medidas.

El principio de necesidad exige que las restricciones sean el medio menos intrusivo para lograr el objetivo legítimo. Esto plantea la cuestión de si existen alternativas menos restrictivas a la regulación legal de los discursos de odio, como la educación o las campañas de sensibilización. Algunos académicos, como Rollnet citado por Risso[50], argumentan que, en ciertos contextos, la regulación legal de los discursos de odio no es necesaria y puede ser contraproducente.

La proporcionalidad requiere un equilibrio entre el grado de restricción de la libertad de expresión y el daño que se busca prevenir. Esto implica considerar factores como la severidad del discurso, su potencial para causar daño real, y el contexto en el que se produce. El Plan de Acción de Rabat proporciona orientación útil en este sentido, estableciendo un umbral de seis partes para evaluar cuándo un discurso alcanza el nivel de "incitación" que justifica la restricción legal[51].

Un aspecto crucial de este análisis es la distinción entre expresiones que ofenden, chocan o perturban, y aquellas que realmente incitan a la discriminación, la hostilidad o la violencia. Como ha señalado repetidamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, La libertad de expresión ampara no solo las ideas que son "bien recibidas o consideradas inofensivas o neutrales, sino también aquellas que generan choque, inquietud o molestia[52]. Esta distinción es fundamental para preservar un debate público robusto.

---

[50] M. Risso Ferrand, "La libertad de expresión y el combate al discurso del odio". Estudios constitucionales 18, n° 1: (2020), pp. 51-89.
[51] ACNUDH. Plan de Acción de Rabat.
[52] M. Presno Linera, "La libertad de expresión según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos". Revista de la Facultad de Derecho de México 70, n° 276: (2020), p. 464

Sin embargo, esta distinción no siempre es clara en la práctica. Los discursos de odio pueden tomar formas sutiles o codificadas, y su impacto puede ser acumulativo más que inmediato. Además, el daño causado por los discursos de odio no se limita necesariamente a la incitación directa a la violencia, sino que puede incluir efectos psicológicos y sociales más amplios, como la marginalización y la erosión de la dignidad de grupos minoritarios[53].

Otro factor a considerar es el efecto potencialmente inhibidor de las regulaciones sobre discursos de odio. Incluso cuando estas regulaciones están bien intencionadas, pueden tener el efecto no deseado de desalentar la expresión legítima sobre temas controvertidos. Este "efecto paralizante" es una preocupación particular en el contexto del debate político y la crítica al gobierno, áreas donde la libertad de expresión merece la máxima protección[54].

La jurisprudencia internacional refleja estos desafíos y tensiones. Mientras que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tendido que permitir un margen más amplio para la regulación de los discursos de odio, especialmente en casos relacionados con el negacionismo del Holocausto o la incitación al odio racial, la Corte IDH ha adoptado generalmente un enfoque más restrictivo hacia las limitaciones de la libertad de expresión.

En última instancia, la compatibilidad entre la regulación de los discursos de odio y la libertad de expresión depende en gran medida de cómo se diseñen e implementen estas regulaciones. Las mejores prácticas sugieren que estas regulaciones deben:

a. Definir claramente qué constituye un discurso de odio prohibido.

---

[53] F. Jaimes, “Discurso influenciado: aprendizaje automático y discurso de odio”. Daimon Revista Internacional de Filosofía 90: (2023), pp. 45-61.
[54] M. Alcántara del Nido. Aproximación conceptual y jurisprudencial a los delitos de odio y mención especial del conflicto con el derecho a la libertad de expresión (Universidad Loyola: Master's thesis), 2023.

b. Establecer un alto umbral para la intervención legal, limitándola a los casos más graves.

c. Proporcionar salvaguardias procesales robustas.

d. Ser complementadas por medidas no legales, como la educación y el diálogo intercultural.

Además, es crucial que la aplicación de estas regulaciones sea sensible al contexto y considere factores como la intención del hablante, el contenido y la forma del discurso, su alcance y potencial impacto.

En conclusión, mientras que existe una base en el derecho internacional para la regulación de ciertos tipos de discursos de odio, esta regulación debe ser cuidadosamente diseñada y aplicada para ser compatible con la protección de la libertad de expresión. El desafío continuo es encontrar un equilibrio que proteja a los grupos vulnerables del daño causado por los discursos de odio, sin sacrificar indebidamente la libertad de expresión que es vital para una sociedad democrática y pluralista.

4.2. Legislación constitucional y penal vigente en el Perú sobre la prohibición de la discriminación y posibilidades de penalización de los discursos de odio

4.2.1. Disposiciones constitucionales relevantes

La Constitución Política del Perú de 1993 establece el marco fundamental para la protección de los derechos humanos en el país, incluyendo disposiciones relevantes para la prohibición de la discriminación y la regulación de la libertad de expresión. Estas disposiciones constitucionales son cruciales para entender el contexto legal en el que se enmarca cualquier posible penalización de los discursos de odio.

El artículo 2, inciso 2 establece el derecho a la igualdad ante la ley y prohíbe la discriminación, por el cual ninguna persona debe ser discriminada por su origen, raza, género, idioma, religión, opiniones, situación económica o cualquier otra característica.

Esta disposición proporciona una base constitucional amplia para combatir la discriminación, incluyendo aquella que podría manifestarse a través de discursos de odio. Es importante hacer notar que la lista de motivos de discriminación que están prohibidos no es exhaustiva, como lo indica la frase "o de cualquiera otra índole", permitiendo una interpretación flexible que puede adaptarse a nuevas formas de discriminación que puedan surgir.

El artículo 2, inciso 4 garantiza las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra hablada o escrita, o mediante imágenes, por cualquier medio de comunicación social, sin necesidad de autorización previa, censura o restricciones, y sujetas únicamente a las responsabilidades establecidas por la ley.

Esta disposición es fundamental para entender el alcance de la libertad de expresión en el Perú. Notablemente, prohíbe la censura previa, lo que está en línea con los estándares internacionales, particularmente con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, también establece que el ejercicio de estas libertades está sujeto a "las responsabilidades de ley", lo que abre la puerta a posibles regulaciones, incluidas las que podrían aplicarse a los discursos de odio.

Además de estos artículos específicos, es crucial considerar el artículo 3 de la Constitución, conocido como la cláusula de derechos implícitos:

> La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Esta cláusula es importante porque permite una interpretación expansiva de los derechos constitucionales, incluyendo aquellos que podrían ser relevantes para la protección contra los discursos de odio, como el derecho a la dignidad.

Otro artículo relevante es el 55, que establece que "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional." Esto es complementado por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que indica: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú."

Estas disposiciones son cruciales porque incorporan al ordenamiento jurídico peruano los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú, incluyendo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que contienen disposiciones específicas sobre la prohibición de la incitación al odio.

En la Sentencia 00012-2018-PI/TC, el Tribunal profundizó en la interpretación del derecho a la libertad de expresión, distinguiendo entre la libertad de expresión propiamente dicha (que protege la difusión de opiniones) y la libertad de información (que se refiere a la difusión de hechos noticiosos). El Tribunal enfatizó que mientras las opiniones no están sujetas a un test de veracidad, la información sí lo está[55].

Por ende, el marco constitucional peruano proporciona una base sólida tanto para la protección de la libertad de expresión como para la prohibición de la discriminación. Sin embargo, la Constitución también deja espacio para que el legislador establezca límites a la libertad de expresión, siempre que estos sean necesarios y proporcionales. Este marco constitucional, junto con la incorporación de

[55] Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 00012-2018-PI/TC, 2018.

los tratados internacionales de derechos humanos, proporciona el contexto en el que se debe considerar cualquier legislación específica sobre discursos de odio.

4.2.2. Análisis del artículo 323 del Código Penal y otras normas relacionadas

El artículo 323 del Código Penal peruano, tipifica el delito de discriminación e incitación a la discriminación, como disposición legal más directamente relacionada con la regulación de los discursos de odio en el Perú. Este artículo, modificado por última vez en 2017, merece un análisis detallado para comprender su alcance y limitaciones en el contexto de la penalización de los discursos de odio.

La norma actual del artículo 323 determina que quien ejecute personalmente o a través de otros, conductas discriminatorias que limiten, impidan o den trato diferenciado, afectando así los derechos fundamentales garantizados por la legislación nacional, carta magna o convenios internacionales suscritos por el Perú, será sancionado. Esta disposición es aplicada cuando dichas acciones se basen en criterios de raza, credo, país de origen, grupo etario, género, preferencias sexuales, autoidentificación de género, habla, pertenencia cultural, pensamiento, posición económica, situación migratoria, limitaciones físicas/mentales, estado médico, herencia genética, parentesco o cualquier otra característica distintiva. La sanción consistirá en prisión entre 2 y 3 años, o trabajo comunitario de 60 a 120 jornadas. La pena aumentará de 2 a 4 años cuando el responsable sea funcionario público y se emplee violencia física o psicológica, o se utilicen medios digitales o similares. En estos casos también corresponderá inhabilitación según lo indicado en el artículo 36, numerales 1 y 2.

Como podemos advertir, el artículo no se limita a la discriminación directa, sino que también incluye actos de "distinción, exclusión, restricción o preferencia" que tengan el efecto de anular o menoscabar el ejercicio de derechos. Esta formulación amplia podría potencialmente abarcar ciertas formas de discurso de odio, aunque no

inciten directamente a la violencia y tengan el efecto de menoscabar los derechos de grupos protegidos.

Además, el artículo enumera una amplia gama de motivos de discriminación prohibidos, incluyendo categorías como la orientación sexual y la identidad de género, que no siempre están explícitamente protegidas en legislaciones similares. Además, la inclusión de "cualquier otro motivo" al final de la lista permite una interpretación flexible que podría adaptarse a nuevas formas de discriminación.

Por otro lado, se considera que el segundo párrafo del artículo establece una pena agravada cuando el acto se realiza "a través de internet u otro medio análogo". Esta disposición es particularmente relevante en el contexto actual, donde los discursos de odio a menudo se propagan a través de plataformas en línea.

Asimismo, el artículo establece penas de prisión y servicios comunitarios, con penas agravadas para servidores públicos o cuando se hagan uso de ciertos medios. Esto plantea la cuestión de si la penalización es la respuesta más adecuada a todas las formas de discriminación y discursos de odio, especialmente considerando las recomendaciones internacionales de utilizar el derecho penal solo como último recurso.

A pesar de su amplitud, el artículo 323 presenta algunas limitaciones en cuanto a su capacidad, para abordar todos los aspectos de los discursos de odio. Por ejemplo, aunque el artículo podría interpretarse para incluir ciertas formas de discurso de odio, su enfoque principal es la discriminación. No aborda explícitamente la incitación al odio o a la violencia que no resulte directamente en discriminación.

También debemos considerar que, el artículo no proporciona una definición clara de lo que constituye "incitación" a la discriminación, lo que podría llevar a una aplicación inconsistente o demasiado amplia de la ley. La amplitud del artículo podría potencialmente entrar en conflicto con la protección constitucional de la libertad de expresión, especialmente en casos donde la línea entre la opinión legítima y el discurso discriminatorio no es clara.

De esta manera, aunque el artículo 323 del Código Penal proporciona una base legal para abordar ciertas formas de discursos de odio en el Perú, su enfoque principal en la discriminación y la falta de definiciones claras sobre la incitación al odio dejan algunas lagunas en la regulación de los discursos de odio. Además, la penalización como principal respuesta plantea cuestiones sobre la proporcionalidad y la eficacia de este enfoque. Cualquier propuesta para fortalecer la legislación sobre discursos de odio en el Perú deberá abordar estos desafíos, equilibrando cuidadosamente la necesidad de proteger a los grupos vulnerables con la importancia de salvaguardar la libertad de expresión.

4.2.3. Jurisprudencia nacional sobre discriminación y libertad de expresión

La jurisprudencia nacional peruana sobre discriminación y libertad de expresión, particularmente en relación con los discursos de odio, ha evolucionado significativamente en las últimas décadas. El Tribunal Constitucional (TC) y el Poder Judicial han emitido varias sentencias clave que han ayudado a definir los límites entre estos derechos fundamentales. A continuación, se analizan algunas de las decisiones más relevantes:

La jurisprudencia nacional sobre discriminación y libertad de expresión ha evolucionado de manera significativa. Uno de los casos más relevantes en materia de discriminación es el de "La Paisana Jacinta" (Expediente 00798-2014-0-1001-JM-CI-01)[56], llevado ante la Corte Superior de Justicia de Cusco.

Se presentó un recurso constitucional contra el medio televisivo "Frecuencia Latina" buscando cesar la transmisión del programa mencionado y su versión circense, exigiendo una retractación pública hacia las mujeres rurales peruanas, además de

[56] Corte Superior de Justicia de Cusco. Sentencia del Expediente N° 00798-2014-JM-CI-01, 2018.

sugerir a las autoridades competentes implementar iniciativas educativas contra prejuicios raciales.

Los accionantes sostuvieron que dicho contenido audiovisual atentaba contra valores fundamentales: dignidad, equidad, prestigio personal, características culturales propias de las campesinas nacionales, junto con principios constitucionales de convivencia plural y Estado social. Señalaron que la caracterización mostraba una imagen denigrante de la mujer andina, retratándola como ordinaria e ignorante, perpetuando así prejuicios étnicos negativos.

La resolución superior ratificó mayoritariamente lo resuelto en primera instancia, mediante pronunciamientos individuales convergentes en ciertos aspectos. Los magistrados concordaron en instar a diversas entidades gubernamentales (Transportes, Cultura, Mujer y Justicia) a establecer protocolos contra la discriminación. El fundamento principal se apoyó en las conclusiones del CERD sobre los reportes periódicos 18° al 21° del Perú, expresando inquietud por las conductas discriminatorias enraizadas socialmente.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha desarrollado importantes criterios sobre la libertad de expresión en la Sentencia 00012-2018-PI/TC[57]. En los fundamentos 49 a 56 de dicha sentencia, el TC establece importantes distinciones conceptuales. Señala que, si bien la libertad de información nació de la libertad de expresión y es difícil diferenciarlas, ambas se configuran como derechos independientes con objetos de protección distintos.

El TC señala en el fundamento 50, el derecho a expresarse y que protege la comunicación de ideas, valoraciones y posturas personales; mientras que el derecho informativo salvaguarda la obtención, investigación y divulgación de acontecimientos noticiosos veraces.

[57] TC, Sentencia recaída en el Expediente 0013-2018-PI/TC, fj. 50

También en el fundamento 51, determina que las valoraciones, criterios y reflexiones individuales son inherentemente personales y no admiten verificación objetiva. Esto difiere de los sucesos noticiosos que, al constituir datos concretos y comprobables, permiten un análisis de autenticidad.

En los fundamentos 54 a 56, el TC desarrolla la dimensión individual y colectiva de estos derechos, señalando que no solo son derechos subjetivos, sino que tienen un impacto en el resto de la sociedad al enriquecer el debate en la opinión pública. Por ello, una restricción a estas libertades tiene también un impacto en el funcionamiento del sistema democrático, siendo consideradas garantías institucionales del mismo.

Esta jurisprudencia demuestra los esfuerzos de las cortes peruanas por equilibrar la protección de la libertad de expresión con otros derechos fundamentales como la igualdad y no discriminación, especialmente cuando se trata de grupos históricamente vulnerables[58].

En conjunto, ambas decisiones judiciales revelan varias tendencias en la jurisprudencia peruana sobre discriminación y libertad de expresión:

a. Reconocimiento de que la libertad de expresión no es absoluta y puede estar sujeta a limitaciones proporcionales y necesarias.

b. Una interpretación amplia del derecho a la no discriminación que podría extenderse a la protección contra los discursos de odio.

c. Disposición a priorizar la protección contra la discriminación sobre una interpretación absolutista de la libertad de expresión en ciertos contextos, especialmente en los medios de comunicación.

[58] CSJC. Sentencia del Expediente N° 00798-2014-JM-CI-01, 2018.

d. Aceptación de la penalización de ciertas formas de discriminación como una medida legítima para hacer cumplir la prohibición constitucional.

e. Una distinción importante entre la libertad de expresión (opiniones) y la libertad de información (hechos), que podría tener implicaciones para la regulación de los discursos de odio.

Sin embargo, es importante notar que la jurisprudencia peruana aún no ha abordado directamente la cuestión de los discursos de odio en toda su complejidad. Los tribunales peruanos aún tienen que desarrollar un marco coherente y detallado para evaluar cuándo un discurso cruza la línea de la expresión protegida a la incitación ilegal al odio o la discriminación.

4.2.4. Vacíos legales y desafíos en la normativa actual

A pesar de los avances en la legislación y jurisprudencia peruanas sobre discriminación y libertad de expresión, existen varios vacíos legales y desafíos significativos en la normativa actual, particularmente en lo que respecta a la regulación de los discursos de odio. Estos vacíos y desafíos merecen un análisis detallado para comprender las limitaciones del marco legal existente y las posibles áreas de mejora.

A. Falta de definición clara de discurso de odio

Uno de los principales vacíos en la legislación peruana es la ausencia de una definición legal clara y específica de lo que constituye un "discurso de odio". Si bien el artículo 323 del Código Penal aborda la discriminación e incitación a la discriminación, no proporciona una definición precisa de los discursos de odio ni establece criterios claros para distinguirlos de las expresiones protegidas por la libertad de expresión.

Esta falta de claridad puede llevar a una aplicación inconsistente de la ley y potencialmente a una sobre o sub-regulación de ciertas formas de expresión. Como

señala Marciani, la indeterminación del concepto de discurso del odio puede generar un efecto inhibidor que afecte el ejercicio legítimo de la libertad de expresión[59].

B. Enfoque limitado en la discriminación

La legislación actual, particularmente el artículo 323 del Código Penal, se centra principalmente en la discriminación y la incitación a la discriminación. Sin embargo, los discursos de odio pueden tomar formas que no necesariamente se ajustan a esta definición estrecha[60]. Por ejemplo, expresiones que promueven la hostilidad o el desprecio hacia ciertos grupos, sin llegar necesariamente a la discriminación directa, podrían quedar fuera del alcance de la ley actual.

C. Ausencia de criterios claros para evaluar la "incitación"

Aunque el artículo 323 menciona la "incitación a la discriminación", no proporciona criterios claros para evaluar cuándo una expresión cruza la línea de la incitación punible. Esto contrasta con estándares internacionales como el Plan de Acción de Rabat, que establece un umbral de seis partes para evaluar la incitación al odio[61].

D. Tensión con la protección constitucional de la libertad de expresión

La amplitud del artículo 323 del Código Penal podría entrar en conflicto con la robusta protección constitucional de la libertad de expresión. Como señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 00010-2002-AI/TC, las restricciones a la libertad de expresión deben ser proporcionales y necesarias en una sociedad democrática[62]. Sin embargo, la ley actual no proporciona orientación clara sobre cómo equilibrar estos intereses en competencia.

---

[59] B. Marciani, "El lenguaje del odio…".
[60] J. Mira, J. C. "La banalización del discurso del odio: Una expansión de los colectivos¿ vulnerables?". InDret 2: (2021), pp. 86-149.
[61] ACNUDH. Plan de Acción de Rabat.
[62] TC. Sentencia del Expediente N° 00010-2002-AI/TC, 2003.

E. Limitaciones en la regulación de discursos de odio en línea

Aunque el artículo 323 menciona específicamente los actos realizados "a través de internet u otro medio análogo", la legislación actual no aborda adecuadamente los desafíos únicos que presentan los discursos de odio en línea, como la viralidad, el anonimato y las dificultades jurisdiccionales. Como señala Calderón[63] la regulación de los discursos de odio en internet presenta desafíos particulares que la legislación peruana aún no ha abordado de manera comprehensiva.

F. Falta de medidas preventivas y educativas

La legislación actual se centra principalmente en la penalización, con poco énfasis en medidas preventivas o educativas para combatir los discursos de odio. Esto contrasta con las recomendaciones internacionales, como las de la CIDH, que enfatizan la importancia de las medidas no punitivas para abordar este problema[64].

G. Ausencia de protección específica para ciertos grupos

Aunque el artículo 323 menciona una amplia gama de motivos de discriminación, no proporciona protección específica para ciertos grupos que pueden ser particularmente vulnerables a los discursos de odio, como las personas LGBTI+ o los pueblos indígenas[65].

H. Falta de jurisprudencia específica sobre discursos de odio

Como se mencionó en la sección anterior, los tribunales peruanos aún no han desarrollado una jurisprudencia robusta y específica sobre discursos de odio. Esto deja un vacío interpretativo que puede llevar a una aplicación inconsistente de la ley.

---

[63] A. Calderón, Observatorio Legislativo sobre Libertad de Expresión en el Perú. Tendencias en libertad de expresión en Perú. Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, Palermo: Universidad de Palermo, 2018.
[64] CIDH, Violencia contra Personas.
[65] D. Fuentes Cuenda, "Tutela antidiscriminatoria en el sistema penitenciario peruano". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales: (2020), pp. 861-919.

I. Desafíos en la implementación y aplicación:

Incluso cuando existen leyes, su implementación y aplicación efectiva pueden ser un desafío. Factores como la falta de capacitación de los operadores de justicia en temas de discursos de odio, la escasez de recursos para investigar y procesar estos casos, y la falta de conciencia pública sobre estos temas pueden obstaculizar la efectividad de la legislación existente.

J. Tensión entre la regulación estatal y la autorregulación:

Existe un debate continuo sobre el papel apropiado del Estado en la regulación de los discursos de odio, especialmente en plataformas en línea. La legislación actual no proporciona un marco claro para equilibrar la regulación estatal con la autorregulación de las plataformas de redes sociales y otros intermediarios en línea.

Estos vacíos y desafíos subrayan la necesidad de una revisión y posible reforma de la normativa actual sobre discursos de odio en el Perú. Cualquier reforma debe buscar un equilibrio cuidadoso entre la protección contra los discursos de odio y la salvaguarda de la libertad de expresión, teniendo en cuenta los estándares internacionales y las mejores prácticas en esta área.

4.3. Compatibilidad de la incorporación del tipo penal de discursos de odio en la legislación peruana con la Constitución y los estándares de derechos humanos

4.3.1. Análisis de constitucionalidad

La incorporación de un tipo penal específico para los discursos de odio en la legislación peruana plantea importantes cuestiones de constitucionalidad, principalmente en relación con el derecho a la libertad de expresión garantizado por el artículo 2, inciso 4 de la Constitución Política del Perú. Este análisis debe considerar no solo el texto constitucional, sino también la interpretación que el Tribunal

Constitucional ha hecho de este derecho, así como las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos.

El artículo 2, inciso 4 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho: "A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización, ni censura, ni impedimentos algunos, bajo las responsabilidades de ley."

Esta disposición proporciona una robusta protección a la libertad de expresión, prohibiendo explícitamente la censura previa. Sin embargo, también reconoce que este derecho está sujeto a "las responsabilidades de ley", lo que sugiere que ciertas restricciones pueden ser constitucionalmente permisibles.

El Tribunal Constitucional ha interpretado este derecho en varias sentencias clave. En la Sentencia 00010-2002-AI/TC, el Tribunal estableció que, si bien la Constitución señala que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión e información, sin previa autorización, censura ni impedimento alguno, ello no significa que estos derechos se puedan ejercer de manera absoluta[66].

Esta interpretación sugiere que, desde una perspectiva constitucional, ciertas restricciones a la libertad de expresión podrían ser admisibles, siempre que cumplan con criterios estrictos de necesidad y proporcionalidad.

Además, es importante considerar el artículo 2, inciso 2 de la Constitución, que prohíbe la discriminación "por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". La penalización de los discursos de odio podría interpretarse como una medida para hacer efectiva esta prohibición constitucional de la discriminación.

---

[66] TC, STC. N° 00010-2002-AI/TC.

Sin embargo, la constitucionalidad de un tipo penal de discursos de odio dependería en gran medida de cómo se defina y se delimite. Una definición demasiado amplia o vaga podría entrar en conflicto con el principio de legalidad penal, también protegido constitucionalmente. Como señala Támara, el principio de legalidad penal exige que la ley penal sea previa, escrita, estricta y cierta[67].

Otro aspecto constitucional a considerar es el principio de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional ha establecido en su jurisprudencia que cualquier restricción a un derecho fundamental debe ser proporcional al fin legítimo que se persigue. En el caso de los discursos de odio, sería necesario demostrar que la penalización es una medida proporcional para proteger a los grupos vulnerables de la discriminación y la violencia.

También resulta fundamental atender la Cuarta Disposición Final y Transitoria constitucional, que señala que la interpretación de garantías y prerrogativas reconocidas en la carta magna debe realizarse según los principios de la Declaración Universal y demás convenios internacionales validados por el Estado peruano en estas materias. Esto implica que cualquier análisis de constitucionalidad debe tener en cuenta también los estándares internacionales de derechos humanos.

En este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por el Perú, establece en su artículo 20 que "Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley." Esta disposición podría interpretarse como un mandato para penalizar ciertas formas de discurso de odio.

---

[67] T. Támara, “El principio de legalidad como exigencia mínima de legitimación del poder penal del Estado". Revista Oficial del Poder Judicial 12, n° 14: (2020), pp. 249-266.

Sin embargo, como señala Duchi[68] la interpretación y aplicación de estas normas internacionales debe hacerse de manera cuidadosa, teniendo en cuenta el contexto local y los principios constitucionales de cada país.

De esta forma, podemos considera que, aunque la Constitución peruana no prohíbe explícitamente la penalización de los discursos de odio, cualquier legislación en este sentido tendría que superar un alto estándar de escrutinio constitucional. Tendría que demostrar que es una medida necesaria y proporcional para proteger otros derechos constitucionales, como la igualdad y la no discriminación, sin imponer una restricción excesiva a la libertad de expresión. Además, tendría que definir claramente qué constituye un discurso de odio punible, para cumplir con el principio de legalidad penal.

La constitucionalidad de tal medida dependería en gran medida de cómo se formule y se justifique, probablemente sería objeto de intenso debate y escrutinio judicial. El desafío radica en encontrar un equilibrio que proteja a los grupos vulnerables sin socavar indebidamente la libertad de expresión que es fundamental para una sociedad democrática.

4.3.2. Test de proporcionalidad

El test de proporcionalidad es una herramienta fundamental utilizada por el Tribunal Constitucional peruano para evaluar la constitucionalidad de las medidas que limitan derechos fundamentales, como sería el caso de una potencial tipificación penal de los discursos de odio. Este test, desarrollado a partir de la jurisprudencia constitucional comparada, particularmente la alemana, consta de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

---

[68] V. Duchi, "El rol de la interculturalidad y el pluralismo jurídico en la interpretación constitucional de la ley penal". Revista Andina de investigaciones en Ciencias Jurídicas 1, n° 1: (2024), pp. 191-229.

A. Subprincipio de idoneidad

Este subprincipio examina si la medida propuesta (en este caso, la tipificación penal de los discursos de odio) es adecuada para alcanzar el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue.

En el caso de los discursos de odio, el objetivo sería proteger a los grupos vulnerables de la discriminación y la violencia, así como preservar la dignidad humana y la igualdad, todos ellos valores constitucionalmente protegidos. Según estableció el TC en su fallo 00048-2004-PI/TC:

> Cualquier limitación a garantías básicas debe resultar adecuada para promover un fin acorde a la carta magna. Este criterio implica evaluar tanto la validez constitucional del propósito como la aptitud del mecanismo empleado[69].

Se podría argumentar que la penalización de los discursos de odio es idónea para alcanzar estos objetivos, ya que envía un mensaje claro sobre la inaceptabilidad de tales expresiones y proporciona un mecanismo para sancionar a quienes las profieren. Sin embargo, esta idoneidad no es automática y debería ser respaldada por evidencia empírica sobre la efectividad de tales medidas en la reducción de la discriminación y la violencia.

B. Subprincipio de necesidad

Este criterio analiza la existencia de otras vías menos lesivas a los derechos básicos que pudieran lograr la misma finalidad. Como indica el TC, la intervención en garantías fundamentales se justifica únicamente ante la ausencia de opciones distintas que muestren igual eficacia para conseguir el objetivo buscado y resulten menos perjudiciales para el derecho involucrado. En materia de manifestaciones hostiles,

---

[69] TC, STC. Exp. N° 00048-2004-PI/TC, f. 65.

corresponde evaluar si hay mecanismos alternativos que, restringiendo menos la expresión pública, consigan idénticos resultados[70].

En el caso de los discursos de odio, se debería considerar si existen alternativas menos restrictivas de la libertad de expresión que puedan alcanzar los mismos objetivos. Estas alternativas podrían incluir:

- Campañas educativas y de sensibilización
- Medidas de autorregulación en los medios de comunicación
- Sanciones civiles o administrativas en lugar de penales
- Políticas de promoción de la diversidad y la inclusión

La necesidad de la penalización dependería de demostrar que estas alternativas son insuficientes para abordar el problema de los discursos de odio de manera efectiva.

C. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

Este subprincipio implica un balance entre la intensidad de la intervención en el derecho fundamental (en este caso, la libertad de expresión) y el grado de realización del fin constitucional que se persigue (la protección contra la discriminación y la violencia).

Como ha señalado el Tribunal Constitucional: " Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental."[71].

En el caso de los discursos de odio, se debería evaluar si los beneficios de la penalización en términos de protección de grupos vulnerables superan los costos en términos de restricción de la libertad de expresión. Este balance es particularmente

[70] TC, STC. Exp. N° 00048-2004-PI/TC, f. 65.
[71] TC, STC. Exp. N° 00048-2004-PI/TC, f. 65.

delicado, dado el papel fundamental que juega la libertad de expresión en una sociedad democrática.

Factores a considerar en este balance incluirían:

- La gravedad y frecuencia de los discursos de odio en la sociedad peruana
- El impacto demostrable de estos discursos en los grupos afectados
- El efecto disuasorio que la penalización podría tener sobre el discurso público legítimo
- La capacidad del sistema de justicia para aplicar la ley de manera justa y consistente

Es importante notar que el Tribunal Constitucional ha enfatizado que este test debe aplicarse de manera rigurosa y caso por caso. De esta forma, la aplicación del test de proporcionalidad a la potencial penalización de los discursos de odio en el Perú revelaría los desafíos significativos que tal medida enfrentaría para ser considerada constitucional. Aunque podría argumentarse que la medida es idónea para alcanzar ciertos objetivos constitucionales, demostrar su necesidad y proporcionalidad en sentido estricto sería más problemático, dado el alto valor que la Constitución peruana otorga a la libertad de expresión.

Cualquier propuesta de penalización de los discursos de odio tendría que ser cuidadosamente formulada y justificada para superar este escrutinio constitucional. Además, dada la naturaleza cambiante de los discursos de odio y su impacto social, sería necesario un monitoreo y evaluación continuos de la efectividad y proporcionalidad de tales medidas a lo largo del tiempo.

4.3.3. Ponderación entre libertad de expresión y no discriminación

La ponderación entre la libertad de expresión y el derecho a la no discriminación es un ejercicio crucial al considerar la incorporación de un tipo penal de discursos de odio en la legislación peruana. Este proceso implica sopesar dos derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, buscando un equilibrio que respete ambos sin socavar injustificadamente ninguno de ellos.

La libertad de expresión está consagrada en el artículo 2, inciso 4 de la Constitución Política del Perú; mientras que el derecho a la no discriminación se encuentra en el artículo 2, inciso 2. Ambos son considerados pilares fundamentales de una sociedad democrática y pluralista.

En este balance evaluativo resulta valioso aplicar el sistema que plantea Robert Alexy, denominado "ley de ponderación". Su postulado indica que la relevancia de satisfacer un principio debe incrementarse proporcionalmente al nivel de menoscabo causado al principio opuesto[72].

Aplicando este método al caso de los discursos de odio, podemos considerar los siguientes factores:

> La penalización de los discursos de odio representaría una restricción significativa a la libertad de expresión. Como señala Fiss, que cualquier limitación a la libertad de expresión debe ser vista con cautela, dado su papel fundamental en una sociedad democrática[73]. La afectación sería particularmente grave si la definición de discurso de odio es amplia o ambigua, lo que podría llevar a un "efecto inhibidor"[74] sobre el discurso público.

---

[72] R. Alexy, Teoría de los derechos fundamentales.
[73] O. Fiss, "El efecto silenciador de la libertad de expresión". Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho 4: (1996), pp. 17-27.
[74] E. Manotoa, M. Caiced, & C. Viteri, "La honra versus la libertad de expresión en redes sociales: mecanismo de determinación de daño moral ante la colisión de derechos humanos". USFQ Law Review 7, n° 1: (2020), pp. 183-201.

Por otro lado, los discursos de odio pueden tener un impacto severo en los grupos vulnerables, afectando no solo su derecho a la no discriminación, sino también su dignidad y, en casos extremos, su seguridad física. Como argumenta Rosales, los discursos de odio pueden contribuir a crear un clima de hostilidad y violencia contra ciertos grupos, lo que justifica una intervención estatal[75].

El contexto peruano es relevante para esta ponderación. El país tiene una historia de discriminación racial y étnica, así como problemas persistentes de discriminación por motivos de género, orientación sexual y otros factores. Esto podría aumentar el peso del argumento a favor de medidas más estrictas contra los discursos de odio. Según indica la Defensoría del Pueblo[76], los miembros de la comunidad LGBTI enfrentan maltrato y exclusión debido a conceptos erróneos y actitudes negativas sobre sus preferencias afectivas e identidad personal. Esta problemática se intensifica por un marco social que únicamente legitima la dualidad tradicional masculino-femenino, junto con imposiciones culturales que marginan toda expresión de género divergente del patrón establecido al nacimiento. La gravedad se refleja en cifras: según el primer sondeo virtual a esta población, apenas 4,4 % de individuos entre 18-29 años reportó su último incidente discriminatorio. Este silencio generalizado genera desconocimiento e impide sanciones efectivas. La situación empeora por múltiples factores: carencia de registros estatales, ausencia de estrategias gubernamentales integrales, falta de programas específicos y escasa resolución de los casos denunciados.

La ponderación también debe considerar la eficacia probable de la penalización para combatir la discriminación. Si bien la sanción penal puede tener un efecto disuasorio, también puede tener consecuencias no deseadas, como la martirización de quienes profieren discursos de odio o la radicalización de ciertas posiciones.

---

[75] R. Rosales, Liberalismo igualitario.
[76] Defensoría del Pueblo. Informe de Adjuntía N° 007-2018-DP/ADHPD: A dos años del informe defensorial N° 175. Estado actual de los derechos de las personas LGBTI, 2019.

Como parte de la ponderación, es crucial considerar si existen medidas menos restrictivas de la libertad de expresión que puedan abordar eficazmente el problema de los discursos de odio. Estas podrían incluir campañas educativas, políticas de inclusión, o sanciones civiles en lugar de penales.

La ponderación también debe tener en cuenta la jurisprudencia internacional. Por ejemplo, la Corte IDH ha adoptado generalmente una postura muy protectora de la libertad de expresión. En el caso "La Última Tentación de Cristo"[77], la Corte, siguiendo a la Corte Europea de Derechos Humanos, enfatizó que la libertad de expresión no se limita a información o ideas favorables, sino que también protege aquellas que "chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población"[78].

Finalmente, la ponderación debe considerar si la penalización de los discursos de odio es una medida proporcional. Esto implica evaluar si los beneficios en términos de protección contra la discriminación superan los costos en términos de restricción de la libertad de expresión.

Tras considerar estos factores, una posible conclusión podría ser que cierta regulación de los discursos de odio más extremos podría justificarse constitucionalmente, siempre que esté cuidadosamente definida y limitada en casos de incitación directa a la violencia o discriminación. Sin embargo, una prohibición amplia de los discursos ofensivos o controversiales probablemente no superaría el test de ponderación, dado el alto valor que se otorga a la libertad de expresión en una sociedad democrática.

Es importante señalar que esta ponderación no es un ejercicio puramente teórico, sino que tiene implicaciones prácticas significativas. Como advierte Valero, la

---

[77] Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, 2001.
[78] Corte IDH. Caso "La Última Tentación…", f. 69.

forma en que se resuelva este conflicto tendrá un impacto directo en la calidad del debate público y en la protección de los grupos vulnerables en la sociedad[79].

De esta forma podemos decir que, la ponderación entre la libertad de expresión y la no discriminación en el contexto de los discursos de odio es un ejercicio complejo que requiere un análisis cuidadoso de múltiples factores. Cualquier propuesta de penalización de los discursos de odio en el Perú deberá demostrar que representa un equilibrio justo y proporcional entre estos derechos fundamentales.

4.3.4. Conformidad con estándares internacionales de derechos humanos

La evaluación de la conformidad de una posible tipificación penal de los discursos de odio en el Perú con los estándares internacionales de derechos humanos es un aspecto crucial de este análisis. El Perú, como Estado parte de diversos tratados internacionales de derechos humanos, está obligado a cumplir con estos estándares en su legislación y prácticas internas.

Los principales instrumentos internacionales relevantes para esta evaluación son:

a. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

b. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

c. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEDR).

El PIDCP, en su artículo 19, garantiza la libertad de expresión, pero también reconoce que este derecho puede estar sujeto a ciertas restricciones necesarias para "asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás" o para proteger la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral pública. Además, el artículo

[79] A. Valero, "Los discursos del odio…".

20 del PIDCP establece que: "Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley."

Esta disposición podría interpretarse como un mandato para que los Estados penalicen ciertas formas de discurso de odio. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha enfatizado que cualquier restricción a la libertad de expresión debe cumplir con criterios estrictos de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

En su Observación General No. 34, el Comité señaló que, al invocar motivos para limitar manifestaciones públicas, las autoridades deben evidenciar específicamente el carácter del riesgo y justificar tanto la pertinencia como el equilibrio de las acciones implementadas, estableciendo un vínculo claro y directo entre lo expresado y el peligro advertid[80].

La CADH, en su artículo 13, proporciona una protección robusta a la libertad de expresión, prohibiendo específicamente la censura previa. Sin embargo, también establece que la promoción de hostilidad basada en nacionalidad, etnia o creencias que fomente agresiones u otros actos ilícitos contra individuos o colectivos debe estar prohibida por ley.

La Corte IDH ha interpretado este artículo de manera restrictiva, favoreciendo generalmente una interpretación amplia de la libertad de expresión. En el caso Kimel vs. Argentina (2008), la Corte estableció que, en discusiones sobre asuntos públicos relevantes, la protección abarca tanto las manifestaciones aceptadas socialmente como aquellas que perturban, molestan o generan malestar entre autoridades o grupos poblacionales[81].

---

[80] Comité de Derechos Humanos de la ONU. Observación General No. 34, 2011, párr. 35.
[81] Corte IDH, Caso Kimel vs. Argentina, 2008, párr. 88

La CIEDR[82], por su parte, exige en su artículo 4 que los Estados miembros tipifiquen como delito la promoción de ideologías basadas en supremacía étnica o animadversión, así como el fomento de conductas discriminatorias. Sin embargo, la implementación de esta disposición ha sido controvertida, y varios Estados, incluidos algunos con fuertes tradiciones de protección de la libertad de expresión, han hecho reservas a este artículo.

El Plan de Acción de Rabat[83], adoptado por la ONU en 2012, proporciona orientación adicional sobre cómo los Estados pueden cumplir con sus obligaciones internacionales en relación con la prohibición de la incitación al odio. El Plan establece un umbral de seis partes para evaluar cuándo una expresión constituye incitación prohibida:

a. Contexto
b. Orador
c. Intención
d. Contenido y forma
e. Extensión del discurso
f. Probabilidad, incluyendo inminencia

Este umbral sugiere que no toda expresión ofensiva o controvertida debe ser penalizada, sino solo aquellas que cumplan con criterios estrictos de gravedad e intención.

En el contexto regional, la CIDH ha enfatizado la importancia de adoptar un enfoque equilibrado. En su informe sobre "Discurso de odio y la incitación a la

[82] ONU. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1965.
[83] ONU. Plan de Acción de Rabat.

violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América", la Comisión recomendó que los Estados:

> Adopten legislación para prohibir toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia" pero también que "aseguren que estas restricciones no sean utilizadas para silenciar a las minorías o suprimir la crítica contra la discriminación histórica[84].

En conclusión, los estándares internacionales de derechos humanos permiten, e incluso en algunos casos exigen, la prohibición de ciertas formas extremas de discurso de odio. Sin embargo, también enfatizan que tales prohibiciones deben ser cuidadosamente limitadas y no deben usarse para restringir indebidamente la libertad de expresión.

Para que una tipificación penal de los discursos de odio en el Perú sea conforme con estos estándares, debería:

a. Definir claramente qué constituye un discurso de odio punible, evitando definiciones vagas o excesivamente amplias.

b. Limitarse a las formas más graves de incitación al odio, particularmente aquellas que constituyen una incitación directa a la violencia o discriminación.

c. Incluir salvaguardas para proteger el debate público sobre temas de interés general, incluso cuando este debate pueda ser ofensivo o controvertido.

d. Ser complementada por medidas no penales para combatir la discriminación y promover la tolerancia.

---

[84] CIDH, Violencia contra Personas…, p. 302.

e. Ser aplicada de manera consistente con los principios de necesidad y proporcionalidad.

Cumplir con estos estándares representaría un desafío significativo y requeriría un cuidadoso equilibrio entre la protección contra el daño causado por los discursos de odio y la preservación de un espacio robusto para la libertad de expresión.

4.4. Alcance y limitaciones de un posible tipo penal sobre discursos de odio aplicable en el Perú

4.4.1. Propuesta de elementos del tipo penal

La formulación de un posible tipo penal sobre discursos de odio en el Perú debe equilibrar cuidadosamente la necesidad de proteger a los grupos vulnerables con la importancia de preservar la libertad de expresión. Basándonos en los estándares internacionales y las mejores prácticas comparadas, se podría proponer los siguientes elementos para un tipo penal de discursos de odio:

A. Conducta típica: "Incitar públicamente a la discriminación, hostilidad o violencia"

Esta formulación se alinea con el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y enfatiza que no se penaliza la mera expresión de ideas ofensivas, sino la incitación activa a acciones perjudiciales.

- Sujeto activo: Cualquier persona
- Sujeto pasivo: "Contra una persona o grupo de personas por motivos de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, nacionalidad, género, orientación sexual, identidad de género, religión, creencias, opinión política, edad, discapacidad o cualquier otra condición social"

Esta lista amplia de características protegidas se basa en la legislación internacional de derechos humanos y en la propia Constitución peruana.

B. Elemento subjetivo: "De manera intencional y con el propósito de promover"

Este elemento subjetivo busca asegurar que solo se penalicen los actos deliberados de incitación, no las expresiones accidentales o negligentes.

C. Elemento de contexto: "En circunstancias en las que dicha incitación sea probable que produzca un daño inminente"

Este elemento se basa en el "test de peligro claro y presente" desarrollado por la jurisprudencia estadounidense y busca limitar la aplicación del tipo penal a situaciones donde existe un riesgo real e inmediato.

Exclusiones explícitas: "No constituirán delito las expresiones que, aunque puedan ser consideradas ofensivas o perturbadoras, se realicen en el contexto de un debate público sobre temas de interés general, o que constituyan una crítica legítima a políticas públicas o a funcionarios en el ejercicio de sus funciones"

Esta cláusula busca proteger el debate público robusto y la crítica al gobierno, que son esenciales en una sociedad democrática.

Así, una posible redacción del tipo penal podría ser: “El que, de manera intencional y con el propósito de promover la discriminación, hostilidad o violencia, incite públicamente a tales actos contra una persona o grupo de personas por motivos de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, nacionalidad, género, orientación sexual, identidad de género, religión, creencias, opinión política, edad, discapacidad o cualquier otra condición social, en circunstancias en las que dicha incitación sea probable que produzca un daño inminente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de X ni mayor de Y años. No constituirán delito las expresiones que, aunque puedan ser consideradas ofensivas o perturbadoras, se realicen en el contexto de un debate público sobre temas de interés general, o que constituyan una crítica legítima a políticas públicas o a funcionarios en el ejercicio de sus funciones”.

Esta propuesta busca incorporar los estándares internacionales y las mejores prácticas comparadas, pero su aplicabilidad en el contexto peruano requeriría un análisis más profundo y un debate público amplio. Además, la determinación de las penas específicas (representadas por X e Y en el texto propuesto) requeriría un estudio cuidadoso de la política criminal peruana y de la proporcionalidad de las sanciones en relación con otros delitos.

Es importante notar que esta propuesta es solo un punto de partida para el debate y la discusión. Su implementación efectiva requeriría no solo la promulgación de la ley, sino también la capacitación de los operadores de justicia, la sensibilización de la sociedad y el desarrollo de una jurisprudencia que interprete y aplique la ley de manera consistente con los principios constitucionales y los estándares internacionales de derechos humanos.

4.4.2. Consideraciones sobre el bien jurídico protegido

Al analizar un posible tipo penal sobre discursos de odio en el Perú, es fundamental identificar y delimitar claramente el bien jurídico que se pretende proteger. Esta determinación no solo es crucial para justificar la intervención del derecho penal, sino que también sirve como guía para la interpretación y aplicación de la norma.

En el caso de los discursos de odio, el bien jurídico protegido es complejo y multifacético, abarcando varios aspectos:

La dignidad humana es un concepto central en el derecho constitucional peruano y en el derecho internacional de los derechos humanos. Como señala Alarcón, la dignidad humana es el fundamento de todos los derechos fundamentales y el fin

supremo de la sociedad y del Estado[85]. Los discursos de odio, al negar la igual dignidad de ciertos grupos o individuos, atentan directamente contra este principio fundamental.

El artículo 2, inciso 2 de la Constitución Política del Perú consagra el derecho a la igualdad y prohíbe la discriminación. Los discursos de odio, al promover la discriminación o la hostilidad contra ciertos grupos, socavan este derecho fundamental. Como argumenta Rosales los discursos de odio no solo expresan, sino que también refuerzan y perpetúan las desigualdades estructurales en la sociedad[86].

En sus formas más extremas, los discursos de odio pueden incitar a la violencia contra grupos vulnerables, amenazando su integridad física y psicológica. El Tribunal Constitucional peruano ha reconocido en diversas sentencias la obligación del Estado de proteger a los grupos en situación de vulnerabilidad[87].

Los discursos de odio pueden contribuir a crear un clima de hostilidad y tensión social que amenaza el orden público y la convivencia pacífica. Como señala Marciani los discursos de odio pueden erosionar las bases mismas de una sociedad democrática y pluralista[88].

El pluralismo y la tolerancia son valores fundamentales en una sociedad democrática. Los discursos de odio, al promover la intolerancia y la exclusión, atentan contra estos valores esenciales para la convivencia democrática. Los discursos de odio pueden tener un efecto silenciador sobre ciertos grupos, limitando su participación en el debate público y en los procesos democráticos. Es, por ello que se dice que el discurso de odio puede tener el efecto de silenciar a aquellos contra quienes se dirige, excluyéndolos efectivamente del mercado de las ideas[89].

Es importante notar que estos bienes jurídicos están interrelacionados y se refuerzan mutuamente. Por ejemplo, la protección de la dignidad humana está

---

[85] R. Alarcón, Derechos fundamentales y proceso justo. Ediciones Olejnik, 2023.
[86] R. Rosales, Liberalismo igualitario.
[87] TC, STC Exp. N° 00033-2007-PI/TC, f. 185.
[88] B. Marciani, El lenguaje del odio.
[89] E. Manotoa, M. Caicedo & C. Viteri, “La honra versus”.

estrechamente vinculada con la garantía de la igualdad y la no discriminación. Sin embargo, la identificación de estos bienes jurídicos también plantea desafíos:

La protección de estos bienes jurídicos a través de la penalización de los discursos de odio inevitablemente entra en tensión con la libertad de expresión, que es en sí misma un bien jurídico fundamental en una sociedad democrática. Como bien señaló la Defensoría del Pueblo, la libertad de expresión no solo constituye una concreción del principio de dignidad del hombre y un derecho fundamental, sino que también es una garantía institucional del sistema democrático constitucional[90].

Definir con precisión el ámbito de protección de estos bienes jurídicos en el contexto de los discursos de odio puede ser complejo. Por ejemplo, ¿cuándo una expresión ofensiva cruza la línea para convertirse en una amenaza a la dignidad humana o a la igualdad? En muchos casos, será necesario ponderar entre diferentes bienes jurídicos. Por ejemplo, entre la protección de la igualdad y la no discriminación, por un lado, y la libertad de expresión, por otro.

Es necesario considerar si la protección penal es el medio más eficaz para salvaguardar estos bienes jurídicos en el contexto de los discursos de odio, o si existen alternativas menos restrictivas que podrían ser igualmente o más efectivas.

En este sentido, consideramos que, la identificación clara del bien jurídico protegido es esencial para justificar y delimitar un posible tipo penal sobre discursos de odio en el Perú. Sin embargo, esta identificación debe ir acompañada de una cuidadosa consideración de cómo equilibrar la protección de estos bienes jurídicos con otros derechos fundamentales, particularmente la libertad de expresión. Además, cualquier intervención penal en este ámbito debe ser complementada con medidas educativas, sociales y culturales que aborden las causas subyacentes de la intolerancia y la discriminación.

---

[90] Defensoría del Pueblo. Situación de la libertad de expresión en el Perú. Informe n° 48. 2000.

4.4.3. Posibles sanciones y agravantes

Al considerar la implementación de un tipo penal sobre discursos de odio en el Perú, es crucial determinar un régimen de sanciones que sea proporcional a la gravedad del delito y que cumpla con los fines preventivos y retributivos del derecho penal. Asimismo, es importante establecer agravantes que permitan una respuesta penal más severa en casos de mayor gravedad o impacto social.

A. Sanciones principales

Se pueden proponer algunas de las sanciones principales siguientes:

Tabla 2

Posibles sanciones principales del delito de discursos de odio

Sanción	Descripción
Pena privativa de libertad	Considerando la gravedad del delito y su impacto social, se podría proponer una pena privativa de libertad. Sin embargo, es importante que esta pena sea proporcional y no excesivamente severa, para evitar un efecto inhibidor sobre la libertad de expresión. Se podría considerar un rango de 1 a 3 años de prisión para los casos básicos.
Multa	Como alternativa o complemento a la pena privativa de libertad, se podría imponer una multa. Esta sanción podría ser particularmente apropiada para casos menos graves o para personas jurídicas. La multa podría calcularse en función de la capacidad económica del infractor y la gravedad del delito.
Prestación de servicios a la comunidad	Esta sanción podría ser especialmente adecuada para casos menos graves y tendría un valor educativo y resocializador. Por ejemplo, se podría requerir que el infractor realice trabajo comunitario en organizaciones que trabajan con los grupos afectados por su discurso de odio.

B. Sanciones accesorias

Se pueden proponer algunas de las sanciones accesorias siguientes:

Tabla 3

Posibles sanciones accesorias del delito de discursos de odio

Sanción	Descripción
Inhabilitación:	En casos donde el discurso de odio se haya realizado en el ejercicio de una función pública o profesional, se podría imponer una inhabilitación temporal para ejercer cargos públicos o la profesión en cuestión.
Publicación de la sentencia:	Como medida de reparación simbólica, se podría ordenar la publicación de la sentencia condenatoria en medios de comunicación.
Programas de reeducación:	Se podría requerir que el infractor participe en programas de educación sobre derechos humanos, diversidad y no discriminación

C. Agravantes

Se pueden considerar establecer las siguientes agravantes:

Tabla 4

Posibles agravantes del delito de discursos de odio

Agravante	Descripción
Uso de medios de comunicación masiva o redes sociales	Cuando el discurso de odio se difunda a través de medios que permitan un alcance amplio, aumentando significativamente su impacto potencial.

Posición de autoridad o influencia del infractor	Cuando el autor del discurso de odio sea una figura pública, un funcionario estatal o alguien con una posición de influencia en la sociedad.
Vulnerabilidad especial de la víctima o grupo afectado	Cuando el discurso de odio se dirija contra grupos históricamente marginados o en situación de especial vulnerabilidad.
Contexto de tensión social o política	Cuando el discurso de odio se realice en un contexto de conflicto social o político, aumentando el riesgo de violencia.
Incitación directa a la violencia	Cuando el discurso de odio incluya una incitación explícita y directa a actos de violencia contra el grupo afectado.

Es importante señalar que la implementación de estas sanciones y agravantes debe ser cuidadosamente considerada en el contexto del sistema penal peruano y los principios constitucionales. Como advierte Cupe[91] la determinación de la pena debe respetar los principios de proporcionalidad, culpabilidad y resocialización.

Además, siguiendo las recomendaciones de organismos internacionales como la CIDH[92], es crucial que la aplicación de sanciones penales se reserve para los casos más graves de incitación al odio, mientras que para casos menos severos se podrían considerar sanciones administrativas o civiles.

[91] E. Calcina, "Presupuestos de aplicación del principio de humanidad en la determinación judicial de la pena". Ius vocatio 4, n° 4: (2021), pp. 15-37.
[92] CIDH. Violencia contra Personas.

Por último, es fundamental que cualquier régimen de sanciones vaya acompañado de medidas preventivas y educativas. Como señala Rosales[93] la respuesta penal debe ser el último recurso, privilegiando medidas que fomenten la tolerancia y el respeto a la diversidad.

De este modo, consideramos que el diseño de un régimen de sanciones y agravantes para un posible tipo penal sobre discursos de odio en el Perú debe buscar un equilibrio entre la necesidad de disuadir y castigar estas conductas, y la importancia de no restringir indebidamente la libertad de expresión. Asimismo, debe complementarse con medidas no penales que aborden las causas subyacentes de la intolerancia y la discriminación en la sociedad

4.4.4. Desafíos en la aplicación y limitaciones a considerar

La implementación de un tipo penal sobre discursos de odio en el Perú, si bien podría ser una herramienta para combatir la discriminación y proteger a grupos vulnerables, presenta una serie de desafíos y limitaciones que deben ser cuidadosamente considerados. Estos retos abarcan aspectos legales, prácticos y sociales que podrían afectar la eficacia y legitimidad de tal medida.

Uno de los principales desafíos sería la interpretación y aplicación coherente y uniforme de la ley por parte de los jueces. Como señala Villalonga[94], la interpretación de normas que limitan derechos fundamentales requiere un alto grado de sofisticación jurídica. Los jueces tendrían que equilibrar constantemente la protección contra los discursos de odio con la salvaguarda de la libertad de expresión, lo que podría llevar a decisiones inconsistentes o controvertidas.

---

[93] R. Rosales, Liberalismo igualitario.
[94] C. Villalonga Torrijo, C. Analizando el modelo de juez racional. Reflexiones sobre la teoría de la jurisdicción en el neoconstitucionalismo. Revista chilena de derecho 46, n° 3: (2019), pp. 765-789.

Existe el riesgo de que la ley se aplique de manera selectiva, ya sea por presiones políticas o por sesgos institucionales. Esto podría llevar a que se persiga desproporcionadamente a ciertos grupos mientras se ignoran las expresiones de odio de otros. Como advierten Loretti y Lozano[95] las leyes que restringen la libertad de expresión a menudo terminan siendo utilizadas contra los grupos que pretendían proteger.

La existencia de sanciones penales por discursos de odio podría tener un efecto inhibidor sobre el debate público, llevando a la autocensura en temas controvertidos pero importantes. Este riesgo es particularmente alto en temas sensibles como la política, la religión o las cuestiones sociales.

Probar la intención discriminatoria o el potencial de causar daño real puede ser extremadamente difícil en muchos casos. Como señala Marciani[96], la determinación de la intencionalidad en los casos de discurso de odio presenta desafíos probatorios significativos.

La implementación efectiva de una ley contra los discursos de odio requeriría recursos significativos para la investigación y el procesamiento de estos casos, así como para la capacitación de jueces, fiscales y policías. En un contexto de recursos limitados, esto podría desviar la atención de otros delitos considerados más graves.

La efectividad de una ley contra los discursos de odio depende en gran medida del contexto cultural y social. En una sociedad donde ciertas formas de discriminación están normalizadas, la aplicación de la ley podría enfrentar resistencia social o ser percibida como ilegítima por sectores de la población.

---

[95] D. Loretti & L. Lozano, El derecho a comunicar: Los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas. Siglo XXI Editores, 2019.
[96] B. Marciani, El lenguaje del odio.

La penalización de ciertos discursos podría llevar a la "martirización" de los infractores, especialmente si son figuras públicas, potencialmente aumentando su visibilidad y la difusión de sus ideas en lugar de combatirlas.

El rápido cambio en las formas de comunicación, especialmente en el entorno digital, presenta desafíos para la aplicación de la ley. Las expresiones de odio pueden adoptar formas sutiles o codificadas que son difíciles de capturar en una definición legal estática.

La implementación de una ley contra los discursos de odio debe equilibrarse cuidadosamente con las obligaciones internacionales del Perú en materia de libertad de expresión. Como señala la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH[97], las restricciones a la libertad de expresión deben ser excepcionales y estar sujetas a un escrutinio estricto.

Si bien la penalización puede tener un efecto disuasorio, puede ser limitada en su capacidad para cambiar actitudes y prejuicios subyacentes. Como argumenta Rosales[98] la lucha contra la discriminación requiere un enfoque holístico que vaya más allá de la mera sanción penal.

Considerando estas limitaciones y desafíos, es crucial que cualquier propuesta de tipificación penal de los discursos de odio en el Perú se acompañe de:

a) Una definición clara y precisa del delito para minimizar la ambigüedad y el riesgo de aplicación arbitraria.

b) Directrices detalladas para jueces y fiscales sobre la interpretación y aplicación de la ley.

---

[97] CIDH. Violencia contra Personas.
[98] R. Rosales, Liberalismo igualitario.

c) Programas de capacitación extensivos para todos los actores del sistema de justicia.

d) Mecanismos de monitoreo y evaluación para detectar y corregir cualquier aplicación problemática de la ley.

e) Medidas complementarias no penales, como programas educativos y campañas de sensibilización, para abordar las causas subyacentes de la intolerancia y la discriminación.

En conclusión, mientras que la tipificación penal de los discursos de odio podría ser una herramienta para combatir la discriminación, su implementación enfrenta desafíos significativos que deben ser cuidadosamente considerados y abordados. Cualquier propuesta en este sentido debe buscar un equilibrio delicado entre la protección de grupos vulnerables y la preservación de un espacio robusto para el debate público y la libertad de expresión.

4.5. Discusión

La tensión entre la libertad de expresión y la necesidad de proteger a grupos vulnerables frente a manifestaciones que incitan al odio representa uno de los desafíos más complejos del constitucionalismo contemporáneo. Esta investigación ha abordado las implicancias constitucionales de incorporar un tipo penal específico sobre discursos de odio en la legislación peruana, reconociendo las particularidades de nuestro contexto jurídico, social e histórico. A continuación, se presenta una discusión crítica de los hallazgos, triangulando los resultados con la literatura existente y el marco normativo aplicable.

4.5.1. El marco jurídico internacional: estándares aplicables al Perú frente a la problemática del discurso de odio

Los resultados del análisis del marco jurídico internacional revelan una evolución significativa en la comprensión y regulación de los discursos de odio, con importantes matices entre los diferentes sistemas de protección de derechos humanos que tienen incidencia en el ordenamiento jurídico peruano.

Nuestro análisis evidencia que el Perú, como Estado parte de diversos tratados internacionales de derechos humanos, está sujeto a obligaciones específicas en esta materia. Particularmente relevantes son el artículo 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que establece explícitamente que "toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley", y el artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEDR), que exige a los Estados declarar "como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial".

Estas obligaciones no son meras recomendaciones, sino compromisos vinculantes para el Perú que, conforme al artículo 55 de la Constitución Política, forman parte del derecho nacional. Además, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, las normas relativas a derechos y libertades deben interpretarse de conformidad con estos tratados. Este marco normativo internacional constituye, por tanto, un parámetro ineludible para evaluar cualquier propuesta de tipificación de los discursos de odio.

Sin embargo, la interpretación y aplicación de estas normas internacionales dista de ser uniforme. Como señala Risso Ferrand (2020), los tribunales internacionales han desarrollado enfoques distintos, reflejando diferentes tradiciones jurídicas y contextos históricos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, ha sido más proclive a permitir restricciones a ciertas formas de discurso de odio, particularmente en casos como Garaudy v. Francia (2003), donde estableció que la

negación del Holocausto no está protegida por el derecho a la libertad de expresión por constituir "una de las formas más graves de difamación racial y de incitación al odio".

Por su parte, la jurisprudencia del Sistema Interamericano, más relevante para el Perú por estar bajo su jurisdicción, ha enfatizado consistentemente la importancia de la libertad de expresión como "piedra angular de una sociedad democrática". En casos emblemáticos como "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) v. Chile (2001), la Corte IDH estableció que la libertad de expresión protege no solo las ideas favorablemente recibidas, sino también aquellas que "ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población". Asimismo, en Kimel v. Argentina (2008), reafirmó que "en la arena del debate sobre temas de alto interés público, no solo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población" (párrafo 88).

Estos enfoques divergentes reflejan lo que Cajigal (2018) identificó como un persistente conflicto entre la lucha contra la discriminación y la protección de la libertad de expresión. La tensión no es fácil de resolver, y como señala Infante (2018), el debate sigue abierto incluso entre sistemas jurídicos con fuerte tradición democrática.

Un aporte fundamental para esta discusión es el Plan de Acción de Rabat (2012), que establece un umbral de seis criterios para identificar discursos de odio que justifican restricciones legales: (1) contexto, (2) orador/emisor, (3) intención, (4) contenido y forma, (5) alcance, y (6) probabilidad de daño inminente. Este enfoque matizado reconoce que no toda expresión ofensiva debe ser penalizada, estableciendo un estándar exigente para justificar restricciones penales.

Estos hallazgos contrastan con la posición de Portugal (2021), quien, en su investigación sobre la prohibición del discurso de odio en el Estado democrático constitucional, advierte sobre los riesgos de una penalización amplia para la

legitimidad democrática. Su planteamiento, consistente con el enfoque del Sistema Interamericano, aboga por estándares estrictos para la configuración de este tipo penal, limitándolo a supuestos específicos y graves.

A diferencia de Portugal, Vásquez (2021) propone una postura más próxima al enfoque europeo, abogando por estandarizar el concepto de discurso de odio y fortalecer su regulación, especialmente cuando afecta a grupos históricamente vulnerables como la comunidad LGBTI. Su estudio sobre los discursos de odio emitidos por funcionarios públicos subraya el doble impacto lesivo de estas expresiones cuando provienen de representantes estatales.

La evidencia internacional sugiere que el debate sobre la regulación de los discursos de odio no se reduce a una simple dicotomía entre libertad de expresión y no discriminación, sino que implica una ponderación compleja influenciada por factores contextuales, históricos y culturales específicos de cada sociedad. Para el Perú, esto significa que cualquier propuesta debe considerar tanto sus obligaciones internacionales como su particular contexto sociocultural, marcado por una historia de discriminación estructural hacia poblaciones indígenas, afroperuanas y otros grupos minoritarios.

4.5.2. La insuficiencia del marco normativo peruano frente a los discursos de odio: análisis crítico

La evaluación del ordenamiento jurídico peruano revela importantes limitaciones para abordar eficazmente el fenómeno de los discursos de odio, a pesar de contar con disposiciones que prohíben la discriminación tanto a nivel constitucional como penal.

La Constitución Política de 1993 establece en su artículo 2, inciso 2, el derecho a la igualdad y prohíbe la discriminación "por motivo de origen, raza, sexo, idioma,

religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". Paralelamente, el artículo 2, inciso 4, garantiza las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, estableciendo que no puede haber "previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley". Esta última frase resulta clave, pues reconoce implícitamente que la libertad de expresión no es absoluta y puede estar sujeta a responsabilidades legales posteriores.

En el ámbito penal, el artículo 323 del Código Penal tipifica el delito de discriminación, incluyendo a quien "fomenta o impulsa públicamente conductas discriminatorias con la finalidad de impedir, reducir o perjudicar el reconocimiento, disfrute o ejercicio de los derechos de una persona". Sin embargo, este tipo penal presenta significativas limitaciones para abordar la complejidad de los discursos de odio contemporáneos.

Primero, se centra exclusivamente en la discriminación directa y la incitación a actos discriminatorios, sin contemplar otras manifestaciones de odio que, sin constituir discriminación inmediata, generan un clima de hostilidad hacia grupos vulnerables. Como señala Mira (2021), este enfoque limitado deja fuera formas más sutiles, pero igualmente dañinas de propagación del odio.

Segundo, el tipo penal carece de criterios objetivos para determinar cuándo una expresión cruza la línea entre la crítica legítima y la incitación punible. Esta ambigüedad contrasta con el umbral de seis partes del Plan de Acción de Rabat, que ofrece parámetros más precisos para esta evaluación.

Tercero, la formulación actual no aborda adecuadamente los desafíos específicos que presentan las plataformas digitales. Como destaca Calderón (2018), las características propias de internet y las redes sociales —como la viralidad, el anonimato y las dificultades jurisdiccionales— plantean problemas particulares que la legislación peruana no contempla suficientemente, a pesar de mencionar "internet u otro medio análogo" como agravante.

Estas limitaciones normativas se reflejan en casos concretos que han evidenciado la insuficiencia del marco legal actual. El caso de "La Paisana Jacinta", resuelto por la Corte Superior de Justicia de Cusco (Expediente 00798-2014-0-1001-JM-CI-01), ilustra cómo representaciones mediáticas pueden perpetuar estereotipos discriminatorios contra las mujeres andinas, sin que existieran mecanismos legales específicos para abordar esta forma de discurso estigmatizante. Significativamente, la resolución de este caso no se sustentó en disposiciones penales sino en un recurso constitucional.

En el ámbito político, el fenómeno del "terruqueo" —término que describe la práctica de estigmatizar opositores políticos vinculándolos con el terrorismo— ejemplifica cómo discursos que generan hostilidad pueden proliferar sin consecuencias legales efectivas. Como señala Palomino (2023), esta práctica no solo polariza el debate público, sino que expone a los aludidos a riesgos concretos, incluyendo amenazas y violencia física.

El estudio de Oré y Villanueva (2020) sobre colectivos políticos en redes sociales durante las elecciones presidenciales de 2016 documenta cómo estos espacios se convirtieron en plataformas para la difusión masiva de contenidos odiosos contra candidatos, sin que existieran consecuencias legales significativas. Este caso evidencia el vacío normativo para abordar discursos de odio en contextos electorales y digitales.

La insuficiencia del marco legal se agrava por la limitada jurisprudencia específica sobre discursos de odio en el Perú. A diferencia de otros países con tradiciones constitucionales similares, los tribunales peruanos no han desarrollado criterios jurisprudenciales detallados para distinguir entre expresiones protegidas y aquellas que constituyen incitación punible. Si bien el Tribunal Constitucional ha establecido en la sentencia 00012-2018-PI/TC que la libertad de expresión no es absoluta y que pueden existir restricciones legítimas, no ha elaborado parámetros específicos para evaluar los discursos de odio.

Este análisis coincide con lo planteado por Ramírez-Gastón (2023), quien identificó importantes limitaciones en la normativa peruana para abordar los discursos de odio. Su investigación sobre los alcances del derecho a la libertad de expresión concluye que la legislación actual solo contempla parcialmente estas manifestaciones, centrándose en el insulto o ataque directo, pero dejando fuera otras formas de expresión intolerante.

La Defensoría del Pueblo (2019) ha advertido sobre esta problemática, destacando en su informe que la situación se agrava por la carencia de registros estatales, la ausencia de estrategias gubernamentales integrales y la escasa resolución de los casos denunciados. Particularmente preocupante es el dato de que apenas el 4, 4 % de individuos LGBTI entre 18-29 años reportó su último incidente discriminatorio, lo que evidencia un grave subregistro que dificulta dimensionar el problema y adoptar políticas efectivas.

En consecuencia, se evidencia un desfase entre las obligaciones internacionales del Perú en materia de protección contra discursos de odio y su implementación efectiva en el ordenamiento jurídico interno. Como señala Vásquez (2021), esta situación es particularmente grave cuando afecta a grupos históricamente marginados, como la comunidad LGBTI, las poblaciones indígenas o las personas afrodescendientes.

La brecha identificada justifica considerar una reforma legislativa que aborde de manera más específica y efectiva los discursos de odio en el Perú, superando las limitaciones del artículo 323 del Código Penal. Esta reforma debería considerar tanto los estándares internacionales como la jurisprudencia comparada, adaptándolos al contexto específico peruano.

4.5.3. La constitucionalidad de penalizar los discursos de odio: un equilibrio posible pero desafiante

La tensión entre la libertad de expresión y la prohibición de la discriminación representa uno de los desafíos centrales al evaluar la constitucionalidad de penalizar los discursos de odio en el Perú. Esta sección discute las implicancias constitucionales de dicha tipificación, aplicando el test de proporcionalidad y analizando la ponderación entre los derechos fundamentales en juego.

El análisis constitucional parte de reconocer que, si bien la Constitución peruana garantiza robustamente la libertad de expresión en su artículo 2, inciso 4, también establece que este derecho está sujeto a "las responsabilidades de ley".

Esta formulación es consistente con la interpretación del Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente 00010-2002-AI/TC, que establece claramente que "si bien la Constitución señala que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión e información, sin previa autorización, censura ni impedimento alguno, ello no significa que estos derechos se puedan ejercer de manera absoluta". El Tribunal agrega que "los límites a los derechos pueden ser impuestos por la misma norma que reconoce un derecho, cuyo ejercicio no puede menoscabar los derechos de otros, los de la sociedad y los intereses del Estado".

Esta interpretación abre la puerta a restricciones legítimas a la libertad de expresión, siempre que sean proporcionales y necesarias para proteger otros derechos fundamentales. En este caso, el derecho a la igualdad y no discriminación, consagrado en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución, podría justificar ciertas limitaciones a expresiones que promuevan activamente el odio y la discriminación.

Al aplicar el test de proporcionalidad desarrollado por el Tribunal Constitucional, encontramos elementos que apoyan la constitucionalidad de una tipificación penal cuidadosamente delimitada:

- Subprincipio de idoneidad: La penalización de las formas más graves de discurso de odio resultaría idónea para proteger a grupos vulnerables. El Tribunal Constitucional ha establecido en la sentencia 00048-2004-PI/TC (fundamento 65) que "cualquier limitación a garantías básicas debe resultar adecuada para promover un fin acorde a la carta magna". La protección de la igualdad y dignidad de grupos históricamente discriminados constituye indudablemente un fin constitucionalmente legítimo. Sin embargo, como advierte Támara (2020), esta idoneidad requiere evidencia empírica sobre la efectividad de tales medidas, aspecto frecuentemente descuidado en debates legislativos.
- Subprincipio de necesidad: Aquí el análisis se torna más complejo. El Tribunal Constitucional ha señalado que la intervención en garantías fundamentales se justifica únicamente ante la ausencia de opciones distintas que muestren igual eficacia para conseguir el objetivo buscado y resulten menos perjudiciales para el derecho involucrado. Existen alternativas como campañas educativas, políticas de autorregulación de medios, sanciones civiles o administrativas que podrían, en muchos casos, resultar menos restrictivas y potencialmente efectivas. Sin embargo, para las manifestaciones más extremas que generan riesgos inminentes de violencia, la sanción penal podría ser la única respuesta suficientemente disuasoria, como argumenta Rosales (2021).
- Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto: Este criterio implica ponderar la intensidad de la restricción a la libertad de expresión frente al grado de protección que se obtendría para los grupos vulnerables. El Tribunal Constitucional ha enfatizado que "para que una intervención en derechos fundamentales sea válida, el beneficio que se busca alcanzar debe guardar una proporcionalidad razonable con el nivel de afectación que se produce sobre el derecho comprometido." (sentencia 00048-2004-PI/TC).

En este punto, el contexto peruano resulta particularmente relevante. La historia de discriminación estructural hacia poblaciones indígenas, afroperuanas, mujeres, personas LGBTI y otros grupos vulnerables incrementa el peso de los argumentos a favor de una protección más robusta. Como documenta la Defensoría del Pueblo (2019), estos grupos enfrentan formas persistentes de exclusión que se ven agravadas por discursos estigmatizantes. Sin embargo, el valor fundamental de la libertad de expresión en una democracia frágil como la peruana, con una historia reciente de autoritarismo, también debe ser considerado con especial atención.

La aplicación de la "ley de ponderación" de Robert Alexy (1993) ayuda a clarificar este análisis. Según este principio, "cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro". En el caso de los discursos de odio, esto implica que mientras más severa sea la restricción a la libertad de expresión, mayor debe ser la protección lograda para la igualdad y dignidad de los afectados.

Este balance se complica por lo que Fiss (1996) denomina el "efecto silenciador" de ciertos discursos. Paradójicamente, expresiones que denigran sistemáticamente a minorías pueden reducir su participación efectiva en el debate público, generando un efecto inhibidor sobre su propia libertad de expresión. El caso de la comunidad LGBTI en Perú es ilustrativo: según datos de la Defensoría del Pueblo (2019), la prevalencia de discursos hostiles genera autoexclusión de espacios públicos, limitando su ciudadanía plena.

La jurisprudencia internacional ofrece orientaciones valiosas para este balance. La Corte IDH, en el caso Kimel v. Argentina (2008), reconoció que la penalización de expresiones debe limitarse a casos excepcionales donde se demuestre una "necesidad imperiosa" para la restricción. Similarmente, el Tribunal Constitucional peruano, aunque no ha abordado directamente los discursos de odio, ha establecido en la sentencia 00012-2018-PI/TC (fundamentos 49-50) una distinción crucial entre libertad

de expresión (opiniones) y libertad de información (hechos verificables), que podría servir como base para un análisis más matizado de diferentes formas de expresión.

La conformidad con estándares internacionales de derechos humanos constituye otro parámetro esencial para evaluar la constitucionalidad de una tipificación penal de los discursos de odio. El Perú, como Estado parte del PIDCP y la CIEDR, tiene la obligación de prohibir "toda apología del odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia" (artículo 20.2 del PIDCP). Sin embargo, esta obligación debe implementarse respetando el principio de intervención mínima del derecho penal.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha recomendado que las restricciones penales se limiten a "las formas más severas de incitación al odio, entendidas como aquellas que constituyen incitación inminente a la violencia o a cualquier otra acción ilegal similar contra un grupo determinado" (2015). Este estándar, más exigente que el europeo, refleja el resguardo prioritario que el Sistema Interamericano brinda a la libertad de expresión.

Estas consideraciones sugieren que una tipificación penal de los discursos de odio en el Perú sería constitucionalmente viable, pero bajo condiciones estrictas: (1) definición precisa y restrictiva de la conducta punible, centrada en las formas más graves de incitación; (2) inclusión de salvaguardas explícitas para el debate público legítimo; (3) establecimiento de criterios objetivos basados en estándares internacionales como el test de seis partes del Plan de Acción de Rabat; y (4) proporcionalidad de las sanciones.

La posición de Portugal (2021), quien advierte sobre los riesgos de una prohibición amplia del discurso de odio para la legitimidad democrática, resulta particularmente pertinente. Su investigación concluye que solo ciertos supuestos específicos justifican la intervención penal, postura que concuerda con el principio de ultima ratio del derecho penal y con la jurisprudencia de la Corte IDH.

Por otra parte, Vásquez (2021) ofrece una perspectiva complementaria al enfatizar el impacto desproporcionado de los discursos de odio sobre grupos históricamente marginados como la comunidad LGBTI, especialmente cuando provienen de funcionarios públicos. Esta dimensión sugiere la posibilidad de considerar agravantes específicos cuando los emisores ocupan posiciones de autoridad o influencia.

En suma, la constitucionalidad de penalizar los discursos de odio en el Perú no puede resolverse de manera abstracta o dogmática, sino que requiere un análisis contextualizado que considere tanto la protección de grupos vulnerables como las garantías fundamentales de una sociedad democrática. El desafío está en encontrar un equilibrio que, como sugiere Cajigal (2018), armonice la libertad de expresión con la lucha contra la discriminación, sin sacrificar indebidamente ninguno de estos valores constitucionales.

4.5.4. La arquitectura de un tipo penal sobre discursos de odio para el Perú: propuesta crítica

El diseño de un tipo penal sobre discursos de odio para el ordenamiento jurídico peruano implica no solo consideraciones dogmáticas y técnico-jurídicas, sino también una comprensión profunda del contexto sociocultural del país y de las dinámicas comunicativas contemporáneas. Esta sección discute críticamente los elementos que debería incluir esta tipificación, sus limitaciones inherentes y los desafíos para su implementación efectiva.

La propuesta de elementos del tipo penal presentada en los resultados busca equilibrar la protección de grupos vulnerables con el respeto a la libertad de expresión. La conducta típica definida como "incitar públicamente a la discriminación, hostilidad o violencia" se alinea con la formulación del artículo 20.2 del PIDCP y el artículo 13.5 de la CADH, instrumentos vinculantes para el Perú. Esta formulación, más precisa que

la actual redacción del artículo 323 del Código Penal, permitiría abordar no solo la discriminación directa sino también la creación de un clima de hostilidad hacia grupos vulnerables.

Sin embargo, como advierte Marciani (2018), la tipificación debe evitar términos excesivamente amplios o subjetivos. Conceptos como "hostilidad" podrían interpretarse de manera expansiva, por lo que sería necesario establecer definiciones legales precisas o criterios jurisprudenciales para su aplicación. La experiencia comparada ofrece lecciones valiosas: la Ley contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación de Bolivia (Ley 045 de 2010) ha sido criticada por la amplitud de sus términos, mientras que la legislación canadiense, que exige prueba de intencionalidad específica y probabilidad de daño, ha mostrado mayor solidez frente a cuestionamientos constitucionales.

El elemento subjetivo propuesto ("de manera intencional y con el propósito de promover") busca limitar la aplicación del tipo penal a conductas dolosas específicas, excluyendo expresiones negligentes o sin intención discriminatoria. Este requisito se alinea con lo sugerido por Portugal (2021), quien aboga por estándares estrictos para la configuración del tipo penal. No obstante, como señala Marciani (2018), la prueba de la intencionalidad en casos de discurso de odio presenta desafíos probatorios significativos que podrían dificultar su aplicación práctica.

El elemento contextual ("en circunstancias en las que dicha incitación sea probable que produzca un daño inminente") incorpora consideraciones del test de "peligro claro y presente" desarrollado por la jurisprudencia estadounidense y retomado por la Corte IDH. Este umbral exigente busca asegurar que solo se penalicen expresiones con potencial real de causar daño, no meras opiniones ofensivas. Sin embargo, en la práctica, la determinación de la "probabilidad" e "inminencia" del daño implica un juicio prospectivo complejo que requeriría criterios objetivos para evitar aplicaciones arbitrarias.

Las exclusiones explícitas propuestas constituyen un elemento crucial para salvaguardar el debate público. La cláusula que excluye expresiones realizadas "en el marco de una discusión social abierta sobre temas de interés general, o que constituyan una crítica legítima a políticas públicas o a funcionarios" refleja la especial protección que el Sistema Interamericano otorga al discurso político. Como ha señalado la Corte IDH en el caso Kimel v. Argentina (2008), el umbral de protección debe ser especialmente alto cuando se trata de asuntos de interés público.

En cuanto al bien jurídico protegido, los resultados identifican correctamente su carácter multifacético, abarcando la dignidad humana, la igualdad y no discriminación, la integridad física y psicológica, el orden público y los valores democráticos de pluralismo y tolerancia. Esta conceptualización amplia coincide con lo planteado por Alarcón (2023), quien sitúa la dignidad humana como fundamento de todos los derechos fundamentales. Sin embargo, la multiplicidad de bienes jurídicos podría diluir el núcleo de la protección penal, por lo que sería recomendable una jerarquización que priorice la dignidad humana y la igualdad sustantiva.

Las sanciones propuestas buscan proporcionalidad y gradualidad según la gravedad de la conducta. La combinación de penas privativas de libertad, multas y prestación de servicios comunitarios ofrece flexibilidad para la individualización judicial. Particularmente innovadora es la propuesta de programas de reeducación como sanción accesoria, que aborda las causas subyacentes del prejuicio. No obstante, como advierte Cupe (2021), cualquier régimen sancionatorio debe respetar los principios de culpabilidad, proporcionalidad y resocialización, evitando respuestas meramente punitivas que podrían resultar contraproducentes.

Los agravantes propuestos reconocen circunstancias que aumentan el impacto o peligrosidad del discurso de odio: uso de medios masivos de comunicación, posición de autoridad del emisor, vulnerabilidad especial de la víctima, contexto de tensión social o incitación directa a la violencia. Estos criterios encuentran respaldo en la

jurisprudencia internacional, particularmente en la sentencia Féret v. Bélgica (2009) del TEDH, que consideró la condición de parlamentario del emisor como factor agravante por su mayor responsabilidad social.

Sin embargo, esta propuesta enfrenta desafíos significativos que no pueden soslayarse. Primero, la interpretación y aplicación judicial coherente requerirá capacitación especializada para jueces y fiscales. Como señala Villalonga (2019), la interpretación de normas que limitan derechos fundamentales exige un alto grado de sofisticación jurídica frecuentemente ausente en sistemas judiciales con recursos limitados.

Segundo, existe un riesgo real de aplicación selectiva o politizada, particularmente en contextos de polarización. Loretti y Lozano (2019) advierten que las normas que limitad el derecho a la libertad de expresión a menudo terminan siendo utilizadas contra los grupos que pretendían proteger, cuando son instrumentalizadas por actores poderosos. Este riesgo es especialmente relevante en el Perú, con su historia de institucionalidad frágil y politización de la justicia.

Tercero, el potencial efecto inhibidor sobre el debate público debe considerarse seriamente. La mera existencia de sanciones penales podría generar autocensura en temas controvertidos pero legítimos. Este "*chilling effect*", documentado por Manotoa et al. (2020) en su estudio sobre redes sociales, afectaría desproporcionadamente a voces menos poderosas que carecen de asesoría legal.

Cuarto, las dificultades probatorias serían considerables, particularmente respecto a la intencionalidad y el nexo causal entre expresión y daño potencial. Como señala Marciani (2018), la determinación de la intencionalidad discriminatoria presenta desafíos evidenciarios significativos que podrían obstaculizar la aplicación efectiva de la ley.

Quinto, la implementación efectiva requeriría recursos significativos para investigación, procesamiento y capacitación institucional. En un contexto de recursos

limitados como el peruano, esto implica difíciles decisiones sobre priorización frente a otros delitos considerados más graves.

Sexto, la efectividad de la medida dependería del contexto cultural y social más amplio. Rosales (2021) argumenta convincentemente que la sanción penal tiene limitaciones intrínsecas para cambiar actitudes y prejuicios arraigados, siendo necesario complementarla con estrategias educativas y culturales más amplias.

Estas limitaciones sugieren que, aunque constitucionalmente viable bajo ciertas condiciones, la tipificación penal de los discursos de odio debe verse como parte de una estrategia integral que incluya:

- Reformas educativas que promuevan el respeto a la diversidad desde edades tempranas.
- Políticas de autorregulación para medios de comunicación y plataformas digitales.
- Campañas de sensibilización pública sobre el impacto del discurso discriminatorio.
- Mecanismos de reparación civil y administrativa más accesibles para las víctimas.
- Fortalecimiento institucional para aplicar efectivamente la legislación existente.

Coincidimos con Portugal (2021) en que una tipificación penal restrictiva, limitada a las formas más graves de incitación al odio, representaría un equilibrio razonable entre la protección de grupos vulnerables y la preservación de un espacio robusto para el debate público. Sin embargo, discrepamos parcialmente de su posición sobre los riesgos para la legitimidad democrática. Como muestra el estudio de Ramón y Vílchez (2023) sobre discursos de odio en el ámbito educativo, la normalización de expresiones discriminatorias también erosiona valores democráticos básicos como la igualdad y el respeto mutuo, especialmente cuando afecta a niños y adolescentes en formación.

La experiencia comparada ofrece lecciones valiosas. La cláusula canadiense que exige "intención de promover el odio" y excluye expresamente discusiones de buena fe sobre temas de interés público ha mostrado resistencia a cuestionamientos constitucionales. Por otro lado, la ley francesa sobre negacionismo del Holocausto ha sido criticada por su efecto potencialmente restrictivo sobre la investigación histórica. Cualquier propuesta para el Perú debería incorporar las mejores prácticas identificadas, adaptándolas a su realidad específica.

En síntesis, un tipo penal sobre discursos de odio para el Perú resulta jurídicamente viable y potencialmente beneficioso para proteger a grupos vulnerables, siempre que se diseñe con precisión técnica, salvaguardas robustas para la libertad de expresión, y como parte de una estrategia más amplia que aborde las causas estructurales de la discriminación. El desafío reside no solo en su formulación dogmática, sino en su implementación práctica en un contexto de recursos limitados y tradiciones jurídicas diversas.

4.5.5. Integración final: hacia un abordaje constitucionalmente adecuado de los discursos de odio en el Perú

La triangulación de los resultados de esta investigación con los antecedentes y el marco teórico revela un panorama complejo, pero con caminos potenciales para abordar constitucionalmente los discursos de odio en el Perú. Esta sección final integra los hallazgos para ofrecer una visión prospectiva sobre esta problemática, considerando las particularidades del contexto nacional.

El análisis comparativo entre los estándares internacionales y la legislación peruana actual evidencia un desfase significativo. Mientras el Perú ha ratificado instrumentos como el PIDCP y la CIEDR que requieren la prohibición de la apología del odio, su implementación interna resulta insuficiente. El artículo 323 del Código Penal, aunque aborda la discriminación, no contempla adecuadamente la complejidad

de los discursos de odio contemporáneos, particularmente en entornos digitales. Esta brecha normativa se agrava por la limitada jurisprudencia específica y la ausencia de políticas públicas integrales.

Este diagnóstico coincide con lo identificado por Vásquez (2021), quien observó la necesidad de estandarizar el concepto de discurso de odio y fortalecer su regulación, particularmente cuando afecta a grupos como la comunidad LGBTI. Sin embargo, cualquier iniciativa en esta dirección debe considerar seriamente las advertencias de Portugal (2021) sobre los riesgos de una prohibición amplia para la legitimidad democrática.

La evidencia empírica disponible sugiere que los discursos de odio constituyen un problema real en el Perú. El estudio de Oré y Villanueva (2020) documentó el uso masivo de expresiones odiosas en redes sociales durante contextos electorales, mientras que Ramón y Vílchez (2023) evidenciaron sus efectos negativos en entornos educativos. La Defensoría del Pueblo (2019) ha reportado que apenas el 4,4 % de personas LGBTI entre 18-29 años denuncia incidentes discriminatorios, sugiriendo un grave subregistro que dificulta dimensionar el problema.

El fenómeno del "terruqueo", documentado por Palomino (2023), ilustra cómo ciertas formas de discurso estigmatizante han logrado normalizarse en el debate público peruano, generando riesgos para los aludidos y polarización social. Estos ejemplos concretos subrayan la realidad del problema más allá de consideraciones puramente teóricas.

La aplicación del test de proporcionalidad y el ejercicio de ponderación realizados sugieren que una tipificación penal cuidadosamente delimitada de los discursos de odio más graves podría superar el escrutinio constitucional. Sin embargo, esto requeriría equilibrar la protección de grupos vulnerables con salvaguardas robustas para la libertad de expresión, particularmente en asuntos de interés público.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 00010-2002-AI/TC, sostuvo que la libertad de expresión no tiene un carácter ilimitado y puede ser restringida de manera proporcional. Del mismo modo, en la sentencia 00033-2007-PI/TC señaló que el Estado tiene el deber de brindar protección a colectivos en situación de vulnerabilidad o marginación. Ambos criterios construyen un marco interpretativo que respalda medidas orientadas a resguardar a minorías históricamente afectadas, siempre que no se afecte el contenido esencial de la libertad de expresión.

La propuesta de elementos para un posible tipo penal desarrollada en esta investigación busca precisamente este equilibrio, incorporando salvaguardas específicas para el debate público legítimo y limitando la conducta punible a la incitación intencional y contextualmente peligrosa. Esta aproximación refleja los estándares del Plan de Acción de Rabat y las recomendaciones de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH.

Sin embargo, como se ha discutido, una respuesta exclusivamente penal resultaría insuficiente e incluso potencialmente contraproducente si no se acompaña de medidas complementarias. El efecto disuasorio del derecho penal tiene limitaciones inherentes para abordar las causas subyacentes de la discriminación, como señala Rosales (2021). Además, como advierten Loretti y Lozano (2019), existe el riesgo de que estas herramientas sean instrumentalizadas para silenciar voces disidentes.

Por tanto, proponemos un enfoque integral que contemple:

- Una tipificación penal restrictiva, limitada a las formas más graves de incitación al odio, con salvaguardas explícitas para el debate público, complementada con mecanismos civiles y administrativos para casos menos graves.
- Elaboración de criterios jurisprudenciales claros para interpretar y aplicar estas normas, considerando estándares internacionales como el test de seis partes del Plan de Acción de Rabat.

- Capacitación especializada para operadores de justicia y creación de unidades especializadas en fiscalías y policía para investigar estos casos.
- Programas educativos sobre respeto a la diversidad, campañas de sensibilización, y promoción de la autorregulación en medios de comunicación y plataformas digitales.
- Creación de sistemas de registro de incidentes y evaluación periódica de la efectividad de las medidas implementadas, con participación de la sociedad civil.

Este abordaje multidimensional reconocería tanto la gravedad del problema como la complejidad de su solución, evitando la tentación de respuestas simplistas que podrían generar consecuencias no deseadas.

La experiencia comparada ofrece tanto modelos a seguir como errores a evitar. La legislación canadiense, con su enfoque restrictivo y salvaguardas específicas, ha demostrado mayor resistencia a cuestionamientos constitucionales que aproximaciones más amplias como la francesa. La jurisprudencia del TEDH ofrece elaboraciones sofisticadas sobre el concepto de "discurso de odio", mientras que la Corte IDH proporciona estándares robustos para proteger el debate sobre asuntos de interés público.

Las particularidades del contexto peruano, con su diversidad cultural, desigualdades estructurales y fragilidad institucional, exigen adaptar estos referentes a la realidad nacional. La historia de discriminación hacia poblaciones indígenas, afroperuanas y otros grupos minoritarios aumenta la importancia de abordar efectivamente los discursos que perpetúan exclusiones. Simultáneamente, la tradición autoritaria reciente subraya la necesidad de salvaguardar espacios para la crítica y el disenso.

En última instancia, la discusión sobre los discursos de odio trasciende lo puramente jurídico para adentrarse en consideraciones éticas sobre el tipo de sociedad que aspiramos a construir. Como señala Fiss (1996), el debate no se reduce a una simple

dicotomía entre libertad e igualdad, sino que implica reflexionar sobre las condiciones que hacen posible una deliberación democrática genuinamente inclusiva.

La penalización de los discursos de odio, por tanto, debe verse no como un fin en sí mismo sino como una herramienta potencial dentro de un proyecto más amplio de construcción de una sociedad respetuosa de la dignidad de todos sus miembros. Su justificación última radica no solo en la protección de individuos específicos, sino en la preservación de las condiciones para una democracia plural y participativa donde todas las voces puedan ser escuchadas.

Esta visión coincide con lo planteado por Cajigal (2018), quien concluyó que es posible armonizar la libertad de expresión y la lucha contra la discriminación. La clave está en una regulación cuidadosamente delimitada que atienda a las particularidades del contexto nacional y que forme parte de una estrategia integral que aborde tanto las manifestaciones como las causas del problema.

El desafío para el Perú consiste, precisamente, en encontrar este equilibrio: proteger efectivamente a grupos vulnerables de expresiones que menoscaban su dignidad e igualdad, sin sacrificar el espacio para un debate público robusto y plural esencial para la democracia. La presente investigación ofrece elementos para avanzar en esta dirección, reconociendo tanto la complejidad del problema como la necesidad de respuestas matizadas y contextualizadas.

CAPÍTULO

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

PRIMERA

La incorporación de un tipo penal específico sobre discursos de odio en la legislación peruana presenta implicancias constitucionales significativas, principalmente en relación con el derecho a la libertad de expresión. Si bien podría ser una herramienta para combatir la discriminación y proteger a grupos vulnerables, su implementación requeriría un cuidadoso equilibrio para no restringir indebidamente la libertad de expresión. Cualquier propuesta en este sentido debería superar un estricto test de proporcionalidad y demostrar su compatibilidad con los principios constitucionales y los estándares internacionales de derechos humanos.

SEGUNDA

El marco jurídico internacional sobre la regulación de los discursos de odio, incluyendo tratados como el PIDCP y la CADH, así como la jurisprudencia de tribunales internacionales, revela una tendencia hacia la restricción de las formas más extremas de discurso de odio, especialmente aquellas que incitan directamente a la violencia o discriminación. Sin embargo, estos instrumentos también enfatizan la importancia de proteger la libertad de expresión, estableciendo criterios estrictos de legalidad, necesidad y proporcionalidad para cualquier restricción. La compatibilidad entre la

regulación de discursos de odio y la libertad de expresión depende en gran medida de cómo se diseñen e implementen estas regulaciones.

TERCERA

La legislación constitucional y penal vigente en el Perú ofrece cierta protección contra la discriminación, principalmente a través del artículo 2, inciso 2 de la Constitución y el artículo 323 del Código Penal. Sin embargo, estas disposiciones carecen de especificidad en relación con los discursos de odio y podrían ser insuficientes para abordar todas sus formas. Las posibilidades de penalización de los discursos de odio en el marco legal actual son limitadas, lo que podría justificar la consideración de una tipificación más específica, siempre que se respeten los principios constitucionales y los estándares internacionales.

CUARTA.

La incorporación del tipo penal de discursos de odio en la legislación peruana podría ser compatible con la Constitución y los estándares de derechos humanos, siempre que se cumplan ciertos requisitos. Estos incluyen una definición clara y precisa del delito, la demostración de su necesidad y proporcionalidad, y la inclusión de salvaguardas para proteger la libertad de expresión. La compatibilidad dependería en gran medida de cómo se formule el tipo penal y cómo se aplique en la práctica, requiriendo un cuidadoso equilibrio entre la protección de grupos vulnerables y la preservación de un debate público robusto.

QUINTA

Un posible tipo penal sobre discursos de odio en el Perú debería tener un alcance limitado a las formas más graves de incitación al odio, particularmente aquellas que constituyen una incitación directa a la violencia o discriminación. Sus elementos deberían incluir una conducta típica claramente definida, un elemento subjetivo de intencionalidad, y exclusiones explícitas para proteger el debate público legítimo. Las sanciones deberían ser proporcionales y podrían incluir alternativas a la privación de libertad. Las principales limitaciones a considerar incluyen los desafíos en la interpretación y aplicación judicial, el riesgo de efecto inhibidor sobre el discurso

público, y la necesidad de complementar la medida penal con estrategias educativas y sociales más amplias para combatir la discriminación.

5.2. Recomendaciones

PRIMERA

Al Congreso de la República, se recomienda que al momento de evaluar una posible tipificación de los discursos de odio como delito: Se establezca una definición clara y precisa que cumpla con el principio de legalidad penal, delimitando específicamente las conductas prohibidas. Se incluyan salvaguardas expresas para proteger el debate público y la crítica legítima. La tipificación se limite a las formas más graves de incitación al odio, específicamente aquellas que constituyan una incitación directa e inminente a la violencia o discriminación.

SEGUNDA

Al Poder Judicial, se recomienda: Desarrollar protocolos y directrices específicas para la interpretación y aplicación uniforme de casos relacionados con discursos de odio. Capacitar a los operadores de justicia sobre estándares internacionales en materia de libertad de expresión y discursos de odio. Establecer criterios jurisprudenciales claros para distinguir entre expresiones protegidas por la libertad de expresión y aquellas que constituyen discursos de odio punibles.

TERCERA

Al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se recomienda: Implementar programas de capacitación y sensibilización sobre discursos de odio dirigidos a operadores del sistema de justicia. Desarrollar medidas no penales para prevenir y combatir los discursos de odio, como programas educativos y campañas de sensibilización. Establecer mecanismos de monitoreo y evaluación para detectar y corregir cualquier aplicación problemática de la legislación sobre discursos de odio.

CUARTA

A la Defensoría del Pueblo, se recomienda: Fortalecer su rol de supervisión y seguimiento de casos de discursos de odio. Emitir informes y recomendaciones periódicas sobre la situación de los discursos de odio en el país. Mantener un registro actualizado de denuncias y casos relacionados con discursos de odio.

QUINTA

A las instituciones educativas y medios de comunicación, se recomienda: Implementar programas y campañas de educación y sensibilización sobre el respeto a la diversidad y la no discriminación. Promover el debate público respetuoso sobre temas controversiales. Desarrollar códigos de ética y autorregulación para el tratamiento de temas sensibles que podrían dar lugar a discursos de odio.

REFERENCIAS

Alarcón, R. (2023). *Derechos fundamentales y proceso justo*. Santiago: Ediciones Olejnik,

Alexy, Robert. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2012).*"Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, hostilidad o violencia."* A/HRC/22/17/Add.4. https://www.ohchr.org/en/documents/outcome-documents/rabat-plan-action

Blas, P. (2028). *"¿Qué aprendimos de la 'Saga Fontevecchia'?"* En Letra 5(9), pp.54-108. https://revistaenletra.wordpress.com/wp-content/uploads/2020/08/el-9-esteban.pdf

Cajigal, Juan Pablo. (2018). *"Los discursos de odio como límite a la libertad de expresión."* Tesis de grado, Universidad de Chile. https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/159498

Calderón, A. (2018). *"Observatorio Legislativo sobre Libertad de Expresión en el Perú: Tendencias en libertad de expresión en Perú."* Buenos Aires: Universidad de Palermo, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información. https://www.palermo.edu/cele/pdf/Libertad_de_expresion_en_Peru.pdf

Calcina, E. (2021). *"Presupuestos de aplicación del principio de humanidad en la determinación judicial de la pena."* Ius vocatio, 4(4), pp.15-37. https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/iusVocatio/article/download/541/729/

CIDH. (2009).*"Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión."* Washington DC: OEA. http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202009%201%20ESP.pdf

---. (2013).*"Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV (Libertad de expresión e internet)."* OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13. https://www.oas.org/es/cidh/expresion/informes/Inclusion_digital_esp.pdf

---. (2015).*"Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América."* Washington DC: OEA. http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf

Comité de Derechos Humanos. (2011)."Observación general No. 34, Artículo 19: Libertad de opinión y libertad de expresión." CCPR/C/GC/34. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29429.pdf

Consejo de Europa. "Recommendation No. R 97(20) of the Committee of Ministers to Member States on 'Hate Speech'." Estrasburgo: Consejo de Europa, 1997. https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/committee-of-ministers-adopted-texts/-/asset_publisher/aDXmrol0vvsU/content/recommendation-no-r-97-20-of-the-committee-of-ministers-to-member-states-on-hate-speech-#:~:text=R%20(97)%2020%20of%20the,hate%20speech%E2%80%9D%20%2D%20Freedom%20of%20Expression

Correcher Mira, Jorge. (2020*)."Discurso del odio y minorías: Redefiniendo la libertad de expresión."* Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico, 28, pp. 166-91.

Defensoría del Pueblo. (2019) *"Informe de Adjuntía N° 007-2018-DP/ADHPD: A dos años del informe defensorial N° 175. Estado actual de los derechos de las personas LGBTI."* Lima: Defensoría del Pueblo. https://www.defensoria.gob.pe/informes/informe-de-adjuntia-n-007-2018-dp-adhpd/

---. (2000).*"Situación de la libertad de expresión en el Perú."* Informe no. 48. Lima: Defensoría del Pueblo. https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_48.pdf

---. (2019).*"Urge sancionar los discursos de odio que promueven la discriminación y violencia contra personas LGTBI."* Lima: Defensoría del Pueblo. https://www.defensoria.gob.pe/urge-sancionar-los-discursos-de-odio-que-promueven-la-discriminacion-y-violencia-contra-personas-lgtbi/

Duchi, V. (2024)."El rol de la interculturalidad y el pluralismo jurídico en la interpretación constitucional de la ley penal." Revista Andina de investigaciones en Ciencias Jurídicas 1(1), pp.191-229.

https://revista.uasb.edu.bo/ciencias-juridicas/article/view/43

Ferrajoli, Luigi. (2006). Garantismo penal. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

Fiss, O. (1996)."El efecto silenciador de la libertad de expresión." Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho, 4, pp.17-27. https://www.cervantesvirtual.com/obra/el-efecto-silenciador-de-la-libertad-de-expresin-0/

Fuentes Cuenda, D. (2020). "Tutela antidiscriminatoria en el sistema penitenciario peruano." Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, pp.861-919. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7655342

Galán Muñoz, Alfonso. (2018). *"El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?"* Estudios penales y criminológicos, 38, pp.245-288. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6703041

Infante, Irene. (2018)."El discurso del odio como límite de la libertad de expresión." Tesis de grado, Universidad de Valladolid. https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/31431/TFG-D_0684.pdf?sequence=1

Jaimes, F. (2023). "Discurso influenciado: aprendizaje automático y discurso de odio." Daimon Revista Internacional de Filosofía, 90, pp.45-61. https://revistas.um.es/daimon/article/view/562091

Loretti, D., y L. Lozano. (2019). *El derecho a comunicar: Los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/13374

Manotoa, E., M. Caicedo, y C. Viteri. (2020*)."La honra versus la libertad de expresión en redes sociales: mecanismo de determinación de daño moral ante la colisión de derechos humanos."* USFQ Law Review, 7(1), pp.183-201. https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview/article/view/1680/2034

Marciani Burgos, Betzabé. (2018). *"El lenguaje del odio y los límites a la libertad de expresión en el Estado Constitucional de Derecho."* En Repensar los Derechos Humanos, pp.221-60. Lima: Palestra Editores. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6836147

Mira, J.C. (2021).*"La banalización del discurso del odio: Una expansión de los colectivos ¿vulnerables?*" InDret, 2, pp.86-149.

https://indret.com/la-banalizacion-del-discurso-del-odio-una-expansion-de-los-colectivos-vulnerables/

Moura de Oliveira, Gustavo, y Marília Veríssimo Veronese. (2019). "Brasil y el 'fenómeno Bolsonaro': un análisis preliminar." Revista mexicana de ciencias políticas y sociales, 64(237), pp. 24-67. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0185-19182019000300245&script=sci_abstract

Ordoñez Maldonado, Andrea, Fernanda Espinoza, y Carlos Vizuete. (2023). "Libertad de Expresión, Discurso de Odio y Violencia Política de Género en Procesos Electorales." Revista Enfoques de la Comunicación, 10, 49-96. https://revista.consejodecomunicacion.gob.ec/index.php/rec/article/view/133

Oré, Melany, y Rubí Villanueva. (2023). *"Discurso del odio y su implicancia en la política peruana. Casos colectivos 'No A Keiko' y 'Keiko No Va'."* Trabajo de grado, Universidad Tecnológica del Perú. https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/UTPD_163f883a0177c5da81a12a4a7a0ed6da/Details

Palomino, Adriana. *"Terruqueo: Odio disfrazado de libertad."* Diálogos Humanos, 2 de junio de 2023. https://dialogoshumanos.pe/2023/06/02/terruqueo-odio-disfrazado-de-libertad/

Portugal, Luis. (2023). *"La Prohibición del Discurso de Odio en el Estado Democrático Constitucional."* Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú. https://repositorio.pucp.edu.pe/items/d41f0dbf-e981-44e3-b080-c5a42480f17d

Presno Linera, M. *"La libertad de expresión según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos."* Revista de la Facultad de Derecho de México, 70 (276), pp.461-488. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7460400

Ramírez-Gastón, José. (2023). *"El contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión y los discursos de odio."* Tesis de magíster, Universidad de San Martín de Porres. https://repositorio.usmp.edu.pe/handle/20.500.12727/12467?show=full

Ramón, Julia Ángela, y Jesús Vílchez. (2023). *"Discurso de odio en educación secundaria: efectos intelectuales y emocionales."* VISUAL REVIEW. International Visual Culture Review, 14(1), pp.1-12. https://www.researchgate.net/publication/367982500_Discurso_de_odio_en_educacion_secundaria_efectos_intelectuales_y_emocionales

Risso Ferrand, M. (2020). *"La libertad de expresión y el combate al discurso del odio*." Estudios constitucionales, 18 (1), pp.51-89. https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002020000100051&script=sci_abstract

Rosales, Rafael. (2020). *Liberalismo igualitario, discurso de odio y grupos discriminados: Una teoría contra el discurso de odio.* Lima: Palestra Editores.

Támara, T. (s.f.). "*El principio de legalidad como exigencia mínima de legitimación del poder penal del Estado*." Revista Oficial del Poder Judicial, 12(14), pp. 249-266.

https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/267

Valero Heredia, Ana. (2017). *"Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial."* Revista Española de Derecho Constitucional, 110, pp.305-34. https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/59599

Vásquez, Nicole. (2021). *"El discurso de odio hacia el colectivo LGTBI en el derecho internacional de los derechos humanos y su relación con el derecho interno peruano: funcionarios públicos como emisores de discursos de odio*." Tesis de segunda especialidad, Pontificia Universidad Católica del Perú. https://tesis.pucp.edu.pe/items/5700aa9e-8920-45ac-9663-4ddebd6cf752

Villalonga Torrijo, C. (2019). *Analizando el modelo de juez racional. Reflexiones sobre la teoría de la jurisdicción en el neoconstitucionalismo.* Revista Chilena de Derecho, 46(3), pp.765-789. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7258782.pdf

ANEXOS:

Matriz de consistencia:

Problema	Objetivos	Hipótesis	Metodología
Pregunta general: ¿Cuáles son las implicancias constitucionales de una posible incorporación de los discursos de odio como un tipo penal específico en la legislación peruana? Preguntas específicas: ¿Cuál es el marco jurídico internacional sobre la regulación de los discursos de odio y su compatibilidad con la libertad de expresión? ¿Qué establece la legislación constitucional y penal vigente en el Perú sobre la prohibición de la discriminación y las posibilidades de penalización de los discursos de odio? ¿La incorporación del tipo penal de discursos de odio en la legislación peruana resultaría compatible con la Constitución y los	Objetivo general: Analizar las implicancias constitucionales de una posible incorporación de los discursos de odio como un tipo penal específico en la legislación peruana. Objetivos específicos: • Examinar el marco jurídico internacional sobre la regulación de los discursos de odio y su compatibilidad con la libertad de expresión. • Evaluar la legislación constitucional y penal vigente en el Perú referida a la prohibición	La tipificación de los discursos de odio en la legislación penal peruana es constitucionalmente viable porque la restricción a la libertad de expresión se justifica para proteger la igualdad y no discriminación, superando la ponderación al constituir una protección efectiva de grupos históricamente marginados frente a expresiones intolerantes que los vulneran.	Tipo Básica Enfoque cualitativo Nivel Descriptivo No experimental

estándares de derechos humanos? ¿Cuál sería el posible alcance y limitaciones de un tipo penal sobre discursos de odio aplicable en el Perú?	de la discriminación y posibilidades de penalización de los discursos de odio. •Determinar si la incorporación del tipo penal de discursos de odio en la legislación peruana resultaría compatible con la Constitución y los estándares de derechos humanos. •Proponer el posible alcance y limitaciones de un tipo penal sobre discursos de odio aplicable en el Perú		

Propuesta de reforma legislativa:

PROYECTO DE LEY N° _____/2024-CR

LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 323-A AL CÓDIGO PENAL PARA TIPIFICAR EL DELITO DE DISCURSOS DE ODIO

Los Congresistas de la República que suscriben, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que les confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú y los artículos 22° inciso c), 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República, proponen el siguiente Proyecto de Ley:

FÓRMULA LEGAL

LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 323-A AL CÓDIGO PENAL PARA TIPIFICAR EL DELITO DE DISCURSOS DE ODIO

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente ley tiene por objeto incorporar el artículo 323-A al Código Penal, con la finalidad de tipificar el delito de discursos de odio y establecer sanciones penales para quienes inciten públicamente a la discriminación, hostilidad o violencia contra personas o grupos por motivos discriminatorios.

Artículo 2.- Incorporación del artículo 323-A al Código Penal

Incorpórase el artículo 323-A al Código Penal, en los siguientes términos:

"Artículo 323-A.- Discursos de odio

El que, de manera intencional y con el propósito de promover la discriminación, hostilidad o violencia, incite públicamente a tales actos contra una persona o grupo de personas por motivos de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, nacionalidad, género, orientación sexual, identidad de género, religión, creencias,

opinión política, edad, discapacidad o cualquier otra condición social, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

La pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2, 4 y 8 del artículo 36° del Código Penal, si el agente:

1. Actúa en su calidad de funcionario o servidor público
2. Utiliza medios de comunicación social, redes sociales, internet u otros medios de difusión masiva
3. Es líder o representante de una organización política, religiosa o social
4. Actúa como parte de una organización criminal
5. Realiza la conducta en el contexto de conflictos sociales o políticos
6. La conducta genera violencia efectiva contra el grupo afectado

No constituyen delito las expresiones que, aunque puedan ser consideradas ofensivas o perturbadoras:

1. Se realicen en el contexto de un debate público sobre temas de interés general
2. Constituyan una crítica legítima a políticas públicas o a funcionarios en el ejercicio de sus funciones
3. Formen parte de una obra artística, académica o científica
4. Se emitan en ejercicio legítimo de la libertad de expresión, información u opinión"

Artículo 3.- Medidas complementarias

El Poder Judicial y el Ministerio Público, en coordinación con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, implementarán programas de capacitación para jueces, fiscales y operadores de justicia sobre la aplicación de la presente ley.

Artículo 4.- Vigencia

La presente ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. Fundamentos

1.1 Sobre la necesidad de la tipificación

Los discursos de odio representan una forma contemporánea de discriminación que atenta contra la dignidad humana y los derechos fundamentales de grupos históricamente vulnerables. En el Perú, se ha observado un incremento de expresiones discriminatorias en diversos ámbitos, incluyendo medios de comunicación, redes sociales y espacios públicos.

La Defensoría del Pueblo ha alertado sobre la necesidad de prohibir este tipo de conductas que actualmente mantienen cierto grado de impunidad ante la insuficiencia de los mecanismos existentes contra la discriminación.

1.2 Marco constitucional y convencional

La Constitución Política del Perú establece en su artículo 2° inciso 2 el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación. Si bien también garantiza la libertad de expresión en su artículo 2° inciso 4, este derecho no es absoluto y puede ser limitado para proteger otros derechos fundamentales.

El Perú ha ratificado diversos tratados internacionales que obligan a combatir los discursos de odio, incluyendo:

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 20)
- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 4)
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 13.5)

1.3 Bien jurídico protegido

La tipificación propuesta busca proteger múltiples bienes jurídicos:

- La dignidad humana
- El derecho a la igualdad y no discriminación
- La integridad física y psicológica de grupos vulnerables
- La convivencia pacífica y el orden público
- El pluralismo y la tolerancia como valores democráticos

II. Análisis costo-beneficio

La implementación de la presente ley no generará gasto adicional al erario nacional, pues se ejecutará con cargo al presupuesto institucional de las entidades involucradas.

Los beneficios incluyen:

- Mayor protección a grupos vulnerables
- Prevención de actos de discriminación y violencia
- Fortalecimiento de la convivencia democrática
- Cumplimiento de obligaciones internacionales

III. Efectos de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional

La presente iniciativa incorpora el artículo 323-A al Código Penal, complementando la actual regulación sobre discriminación contenida en el artículo 323°. No modifica ni deroga ninguna norma vigente.

IV. Relación con el Acuerdo Nacional

La propuesta se enmarca en la Segunda Política de Estado del Acuerdo Nacional sobre Equidad y Justicia Social, específicamente en lo referido a la promoción de la igualdad de oportunidades sin discriminación.

Lima, fecha

Firmas de los congresistas

INSTRUMENTO:

FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL

1. DATOS GENERALES DEL DOCUMENTO

Tipo de documento: [ ] Normativo [ ] Jurisprudencial [ ] Doctrinario [ ] Informe

Título/Denominación: _____

Autor/Institución: _____

Año: _____ País/Jurisdicción: _____

Referencia: _____

2. CATEGORÍA DE ANÁLISIS

[ ] Constitucionalidad de regular los discursos de odio

[ ] Implicancias de la tipificación en la legislación peruana

3. SUBCATEGORÍA: _____

4. EXTRACTO RELEVANTE

Cita textual o resumen: _____

_____

_____

Página/Fundamento: _____

5. ANÁLISIS

Argumentos principales: _____

_____

Criterios/estándares establecidos: _____

_____

Relación con objetivos de investigación: _____

_____

6. OBSERVACIONES

_____

_____

Fecha de análisis: _____ Código de ficha: _____

FORMATO DE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

JUICIO DE EXPERTO

Investigación: "Análisis constitucional sobre la posibilidad de incorporar los discursos de odio como delito en el Perú"

Investigador: Angela Yazuri Diaz Pauro

Instrumento: Ficha de Análisis Documental

I. DATOS DEL EXPERTO:

Nombres y apellidos: Alfonso Renato Vargas Murillo

Grado académico: Maestro

Especialidad: Gobernanza Global y Derechos Humanos

RENACYT: P0119468

II. VALORACIÓN DEL INSTRUMENTO:

Evalúe cada aspecto con las siguientes valoraciones:

1 = No cumple 2 = Bajo nivel 3 = Moderado nivel 4 = Alto nivel

1. Claridad: 4

2. Objetividad: 4

3. Organización: 4

4. Suficiencia: 4

5. Pertinencia: 4

6. Coherencia con objetivos: 4

7. Consistencia metodológica: 4

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD:

[X] El instrumento puede ser aplicado sin modificaciones

[ ] El instrumento debe ser mejorado antes de ser aplicado

IV. OBSERVACIONES Y RECOMENDACIONES:

_____

_____

Lugar y fecha: Tacna, 04 de enero de 2025

Firma del experto

DNI: 71000418

FORMATO DE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

JUICIO DE EXPERTO

Investigación: "Análisis constitucional sobre la posibilidad de incorporar los discursos de odio como delito en el Perú"

Investigador: Angela Yazuri Diaz Pauro

Instrumento: Ficha de Análisis Documental

I. DATOS DEL EXPERTO:

Nombres y apellidos: Ilda Nadia Mónica de la Asunción Pari Bedoya

Grado académico: Maestro

Especialidad: Cuestiones Contemporáneas en Derechos Humanos

RENACYT: P0271784

II. VALORACIÓN DEL INSTRUMENTO:

Evalúe cada aspecto con las siguientes valoraciones:

1 = No cumple 2 = Bajo nivel 3 = Moderado nivel 4 = Alto nivel

1. Claridad: 4

2. Objetividad: 4

3. Organización: 4

4. Suficiencia: 4

5. Pertinencia: 4

6. Coherencia con objetivos: 4

7. Consistencia metodológica: 4

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD:

[X] El instrumento puede ser aplicado sin modificaciones

[ ] El instrumento debe ser mejorado antes de ser aplicado

IV. OBSERVACIONES Y RECOMENDACIONES:

_____

_____

Lugar y fecha: Tacna, 04 de enero de 2025

Firma del experto
DNI: 71852873