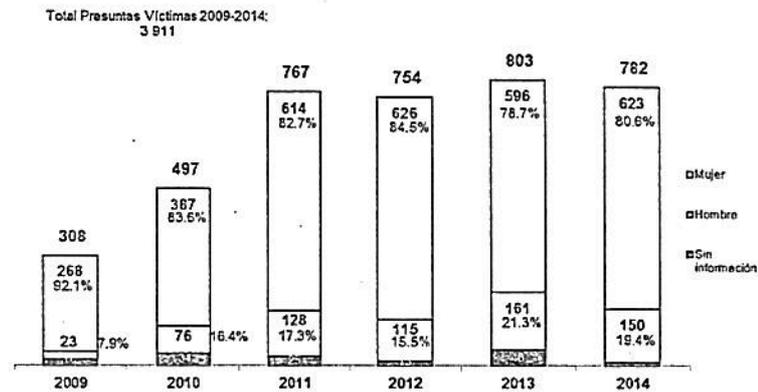


Gráfico N° 2

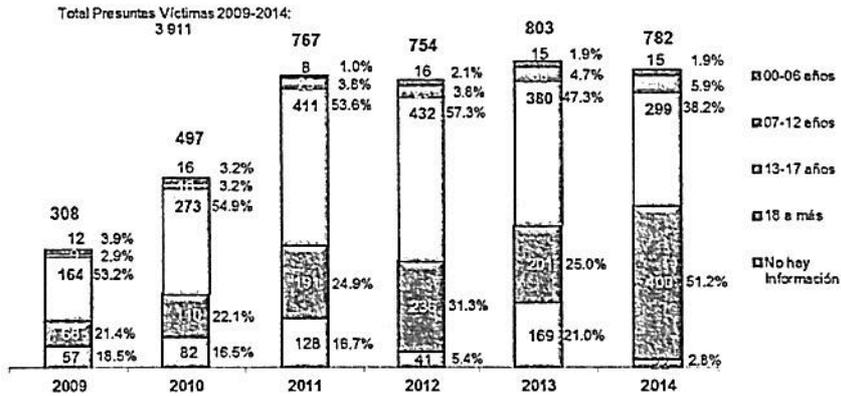
Presuntas Víctimas de Trata de Personas, según sexo, 2009 - 2014



Nota: Para el caso del % de acuerdo al sexo, no se considera a los que estaban en información. Fecha de corte de la información al 30 de Enero del 2015.
Fuente: Sistema de Apoyo al Trabajo Fiscal (SIATF), Sistema de Gestión Fiscal (SGF) y Sistema Estratégico sobre Trata de Personas (SISTRAN) - Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público.
Elaboración: Dirección General de Política Criminal y Penitenciaria (DGPCP) - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Gráfico N° 3

Presuntas Víctimas de Trata de Personas, según grupo de edad, 2009 - 2014



Nota: Fecha de corte de la información al 30 de Enero del 2015.
Fuente: Sistema de Apoyo al Trabajo Fiscal (SIATF), Sistema de Gestión Fiscal (SGF) y Sistema Estratégico sobre Trata de Personas (SISTRAN) - Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público.
Elaboración: Dirección General de Política Criminal y Penitenciaria (DGPCP) - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos



En el mismo sentido diferencial, la conducta se hace más reprochable cuando existe un vínculo particular entre el agresor y la víctima; cuando la ejecución o las circunstancias de explotación poseen características que la fortalecen, y cuando el nivel de perjuicio a la integridad personal es evidentemente considerable (lesiones graves o muerte).

Tipificación autónoma de la explotación sexual

La regulación de la explotación sexual requiere una redacción en sentido amplio que no se restrinja arbitrariamente a supuestos tradicionales, esto a la exigencia a la realización o ejercicio de la actividad sexual como parte del dominio u opresión que el agente tiene sobre la víctima para obtener un provecho económico o de cualquier otra índole.

En tal sentido, todo acto de connotación sexual debe estar incluido para evitar vacíos normativos que dejen impunes situaciones que se producen en la realidad, o que su soslayo no se condiga con este fenómeno criminal. Por tanto, se debe considerar que actualmente existen contextos en los que se obliga, constriñe, manipula o engaña a sectores significativos de mujeres (mayores y menores de edad) para utilizarlas como objetos sexuales que atraigan clientes y en general, para disponer del cuerpo femenino —y de cualquier víctima— como medio para obtener un provecho ilícito, asumiendo el autor una absoluta disposición de la persona explotada, sin límite alguno, afectando no solo su libertad sino por sobre todo su dignidad como ser humano.

Con esta propuesta se busca regular la prohibición de obligar a otra persona a tener relaciones sexuales con terceros con fines económicos o de otra índole que le favorezca, pero además castigar otro tipo de situaciones, como la obligación a servir de compañía sexual, la de constreñir la voluntad de la persona para que realice bailes eróticos o ejerciendo chantajes o manipulaciones para que exhiba su cuerpo, procurándose un beneficio a costa de la subordinación de la voluntad y dignidad de la víctima.

En este supuesto, la acción determinante es la anulación de la voluntad de la víctima, mediante supuestos de coacción (al obligarla) o realizando actos que dirigen en un sentido no genuino la voluntad de la persona (con engaños, manipulación u otro condicionamiento ilícito), que de otro modo no hubiese admitido realizar alguna conducta de connotación sexual, beneficiándose con tales situaciones el agente del delito.

Por ello, es necesario entender la estrategia de dominación a la que acude o mantiene el agresor en una eventual retención. No solo la obligación entendida como coacción psicológica o raptó hostil debe restringir la dimensión subjetiva del injusto penal, ya que existen supuestos en los que la víctima puede ser subordinada por su situación de vulnerabilidad, generando un vínculo de dependencia aún más complejo por su invisibilidad. Tales circunstancias pueden alcanzar, incluso, atisbos de consentimiento por convicción por parte de la víctima. Ante ello, el tipo penal debe ser lo suficientemente amplio y técnico, y no solo para evitar vacíos regulativos, sino también para constituir un instrumento legal con alcance práctico.



M. Larrea S.

Cabe mencionar que se ha previsto una serie de agravantes entre las que destacan las personas que tienen discapacidad, las menores de catorce años de edad, las personas adultas mayores, quienes pertenecen a un pueblo indígena de acuerdo a la definición establecida en el artículo 7 de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas originarios,

reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y en general cuando se presente cualquier situación de vulnerabilidad.

Tipificación autónoma de la esclavitud y otras formas de explotación

La cosificación de los seres humanos constituye uno de las más execrables prácticas pues atacan la dignidad de toda persona y se orientan al desconocimiento absoluto de la persona como tal, desprovista de derechos y libertades fundamentales.

En ese sentido, conviene recordar que la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Gulnara Shahinian, señaló en relación a esta problemática que la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzoso no se abordaban adecuadamente en el artículo 168 del Código Penal, que se refiere únicamente de manera general a la coacción laboral.

En este sentido, el tipo penal que sanciona la esclavitud y otras formas de explotación se orienta a superar este vacío normativo circunscrito a aquellas situaciones donde la disposición de la persona, como un objeto pasible de sometimiento absoluto a la voluntad de otro, sea reprimida por su evidente gravedad.

Al respecto, se ha considerado tomar la definición que la Convención de Naciones Unidas sobre la Esclavitud señala, al referirse a ésta como “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad, o alguno de ellos” (artículo 1 numeral 1). Al respecto, se ha considerado tomar la definición que la Convención de Naciones Unidas sobre la Esclavitud señala, al referirse a ésta como “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad, o alguno de ellos”.

En esa línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁹ (Corte IDH) en el “Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil” consideró dos elementos esenciales para definir una situación como esclavitud, siendo estas: “i) el estado o condición de un individuo y ii) el ejercicio de alguno de los atributos del derecho de propiedad, es decir, que el esclavizador ejerza poder o control sobre la persona esclavizada al punto de anular la personalidad de la víctima.”

Con relación al primer elemento, se refiere “tanto a la situación de jure como de facto, es decir que no es esencial la existencia de un documento formal o una forma legal para la caracterización de ese fenómeno, como en el caso de la esclavitud chattel o tradicional”.²⁰

Mientras que el segundo elemento sobre “ejercer alguno de los atributos del derecho de propiedad” señaló que este debe ser comprendido “como el control



M. Larrea S.

¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Párr. 269. Consulta: 03.01.2017. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf>

²⁰ Ídem, párr. 270.

ejercido sobre una persona que le restrinja o prive significativamente de su libertad individual, con intención de explotación mediante el uso, la gestión, el beneficio, la transferencia o el despojarse de una persona. Por lo general, este ejercicio se apoyará y se obtendrá a través de medios tales como la violencia, el engaño y/o la coacción.”²¹

Al respecto, con relación a la esclavitud, en los elementos de los crímenes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se citan como ejemplos de ejercer los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas los actos de “comprarlas, venderlas, prestarlas, o darlas al trueque, o todos ellos”.²²

Por otro lado, con relación a servidumbre, cuya prohibición absoluta ha sido establecida en diversos tratados internacionales²³, la Corte IDH señaló coincidiendo con la definición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se entiende por esta como “la obligación de realizar trabajo para otros, impuesto por medio de coerción, y la obligación de vivir en la propiedad de otra persona, sin la posibilidad de cambiar esa condición”.²⁴

Si bien entre ambas categorías se presenta una aparente similitud —de hecho ambos conceptos se vinculan—, la esclavitud se diferencia en que su acción se desarrolla a partir del ejercicio del derecho de propiedad de una persona, cosificándola, en tanto que en la servidumbre la sujeción no se da precisamente a partir del uso de tales atributos de propiedad.

Se debe indicar que el Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas de la Oficina de las Naciones Unidas sobre Drogas y Crimen propuso definiciones y conceptos en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, complementando la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. A partir de dichos instrumentos, y en concordancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dicho Grupo de Trabajo estableció que el término servidumbre engloba “las condiciones de trabajo o la obligación de trabajar o prestar servicios de que la persona en cuestión no puede escapar y que no puede modificar”.

Cabe mencionar que tanto la esclavitud y la servidumbre entrañan muchas veces la violación de otros derechos humanos fundamentales, como el derecho de toda persona a la libertad, a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes, a la libertad de circulación, al acceso a la justicia, libertad de expresión, de asociación, de identidad, entre otros.



M. Larrea S.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la esclavitud se caracteriza por el ejercicio de la propiedad sobre un individuo, configurándose tres dimensiones particulares: el control por otra persona, la apropiación de la fuerza de trabajo y la utilización o la amenaza de utilización de la violencia. Tales presupuestos, para la CIDH, devienen de la Convención

²¹ Ídem, párr. 271.

²² CORTE PENAL INTERNACIONAL. Elementos de los Crímenes. Art. 7° (1) (c).

²³ Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (1956), Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Párr. 280.

sobre la Esclavitud de 1926, la Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956, y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Para la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, la identificación de comportamientos que están dentro de las conductas prohibidas señaladas no deben perder de vista que puede presentarse una similitud entre servidumbre y esclavitud dado que la víctima está explotada económicamente, depende totalmente de otros y no puede terminar la relación por voluntad propia.

Asimismo, la Relatora Especial identificó algunas modalidades análogas de servicio o trabajo que pueden constituir formas de servidumbre o esclavitud doméstica, como el servicio doméstico en condiciones infrahumanas de trabajo, la servidumbre doméstica como pago de deudas, la explotación de niños en el trabajo doméstico, la servidumbre doméstica de migrantes, o la servidumbre resultante de la explotación económica de fuerte dependencia.

Cabe mencionar que se ha previsto una serie de agravantes entre las que destacan las personas que tienen discapacidad, las menores de catorce años de edad, las personas adultas mayores, quienes pertenecen a un pueblo indígena de acuerdo a la definición establecida en el artículo 7 de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y en general cuando se presente cualquier situación de vulnerabilidad, las cuales han sido incorporadas en los artículos 153-B y 153-C.

Tipificación autónoma del trabajo forzoso

El desvalor de la acción en el trabajo forzoso se construye a partir de la coacción y el sometimiento para ejercer labores en contra de la voluntad de la víctima. No es necesaria la exposición a condiciones específicas de trabajo.

Esta conducta puede poseer una base que puede resultar lícita (vínculo laboral), además de comprender una actividad sin connotación perturbadora o culturalmente vejatoria como la sexual. Esta característica exige mayor cuidado en cuanto al derrotero de punibilidad que debe asignarse a tales conductas, ya que podrían criminalizarse fenómenos que, si bien colindarían con ciertos sesgos autoritarios, se realizan en circunstancias socialmente aceptadas (disciplina familiar, trabajo extra en oficinas, etc.)

Al respecto, el tipo penal debe considerar elementos que delimiten adecuadamente la modalidad de trabajo obligatorio pasible de ser estigmatizado de modo colectivo. Tal es el caso del trabajo forzoso en condiciones extremas capaces de atentar contra la dignidad o la integridad de la personas. La precariedad en sí misma supone un escenario denigrante para víctima, lo cual sumado a un ejercicio de dominación implícita o explícita, se convierte en violencia contra la relación humana.



M. Larrea S.

Al respecto, el artículo 2 del Convenio N° 29 de la Organización Internacional para el Trabajo (OIT), establece que se considera como tal todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.

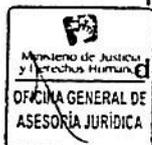
Por ende, se presentan dos elementos concretos: la exigencia bajo amenaza, y que se lleve a cabo de forma involuntaria.

El mismo Convenio establece que no todo trabajo obligatorio constituye un ilícito, en la medida que hay situaciones que se justifican por las particulares circunstancias del contexto en que se producen, como el trabajo o servicio que se exige en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio, el que forma parte de las obligaciones cívicas normales, el que se exige a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial y el que se exija en casos de fuerza mayor en las circunstancias que pongan en peligro o amenacen la vida o las condiciones normales de la población. En suma, solo es posible si el trabajo que se obliga no afecta la dignidad ni la capacidad física e intelectual de las personas.

De otro lado, al igual que en la explotación sexual y la esclavitud, el tipo penal de trabajo forzoso debe atender a las diferencias de gravedad que generan las circunstancias de la comisión del hecho. Así, si el daño ocasionado se eleva debido a la cualidad del autor, la cualidad de la víctima, la circunstancia o ejecución de la explotación o la consecuencia de la misma, el supuesto debe ser regulado como agravante del tipo base.

Cabe mencionar que se ha previsto una serie de agravantes entre las que destacan las personas que tienen discapacidad, las menores de catorce años de edad, las personas adultas mayores, quienes pertenecen a un pueblo indígena de acuerdo a la definición establecida en el artículo 7 de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y en general cuando se presente cualquier situación de vulnerabilidad.

Se debe precisar que la configuración del tipo penal de trabajo forzoso conlleva la modificación del artículo 168 del Código Penal (atentado contra la libertad de trabajo y asociación), específicamente en su numeral 2, que estaba referido a la imposición de una sanción privativa de libertad cuando se recurra a la violencia o amenaza para prestar trabajo personal sin la correspondiente retribución. Atendiendo a que tal situación ha pasado a configurar un elemento del tipo penal de trabajo forzoso (artículo 168-B), se requiere precisar, a su vez, la nueva redacción del tipo penal del artículo 168.



M. Larrea S.

Precisiones para mejorar la protección del derecho a la igualdad y no discriminación debido al incremento del contexto de la violencia de género

«Todos los seres humanos naces libres e iguales en dignidad y en derechos». Así inicia la Declaración Universal de los Derechos Humanos que al ser aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10

de diciembre de 1948, marcó un hito histórico en el afán de generar consensos respecto al valor supremo de la persona humana, así como para hacer explícita las obligaciones de los Estados de garantizar el ejercicio de sus libertades y derechos.

Desde entonces una serie de retos han surgido en la comunidad internacional en pos de incrementar los niveles de protección de los derechos de distintos grupos de personas, especialmente aquellos que requieren una especial protección, como ocurre con las mujeres, niños, niñas y adolescentes, y las distintas características que se presentan en su interrelación y desarrollo integral. En efecto, dicho colectivo presenta en la actualidad serias dificultades para vivir en condiciones genuinas de igualdad en dignidad y en derechos, dado el contexto de violencia, exclusión social, discriminación y prejuicio que los rodea.

Uno de esos aspectos está referido a la orientación sexual e identidad de género. Al respecto, a pesar de que no existe una sistematización constante sobre la violencia que afecta los derechos de las personas LGBTI, en cambio se dispone de distintas fuentes que evidencian esta grave situación. Así, en el año 2013, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos desarrolló la «Encuesta para medir la opinión de la población peruana en relación con los Derechos Humanos», la que arrojó que un 93% de encuestados refirió que las personas con distinta orientación sexual e identidad de género se encuentran más expuestas a situaciones de discriminación, así como a situaciones de maltrato físico (88%), maltrato verbal (92%), amenazas (84%) y al chantaje (78%).

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a propósito de un monitoreo regional sobre la situación de violencia contra personas LGBTI ha referido que entre enero de 2013 y marzo de 2014, 594 personas de este colectivo, o percibidas como tales, fueron asesinadas y 176 fueron víctimas de graves ataques contra su integridad física presuntamente por orientación sexual o identidad o expresión de género, precisándose que dicha cifra no refleja la magnitud de casos ocurridos ya sea porque no son denunciados por la desconfianza existente en los sistemas de justicia, o por el temor existente a revelar la identidad sexual de las víctimas. En lo que respecta al Perú, la CIDH registró 24 atentados contra la vida y la integridad entre enero de 2013 y marzo de 2014 (17 asesinatos y 7 agresiones), en tanto que el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público y el Consejo Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos documentaron 38 muertes de personas LGBTI entre los años 2012 y 2014.



M. Larrea S.

Desde el lado de la sociedad civil, el «Informe Anual sobre derechos humanos de personas trans, lesbianas, gays y bisexuales en el Perú 2014-2015», elaborado por el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX) y la Red Peruana TLGB señala que entre abril de 2014 y marzo de 2015 ocurrieron 4 suicidios, 13 asesinatos y 13 casos de agresión física en diversas regiones del país, mientras que en su último informe advirtió que entre marzo 2015 y abril 2016 se cometieron

43 afectaciones a la seguridad personal, 8 asesinatos y 8 casos de violencia familiar. Según PROMSEX desde el 2008 se produjeron 99 *crímenes de odio*.

Por ello diversos órganos de las Naciones Unidas han recomendado a los Estados prevenir, sancionar e investigar todo acto que agrave la vida, integridad personal, acceso a la salud y a la educación, entre otros, así como a promulgar leyes contra la violencia basada en la orientación sexual e identidad de género de las personas. A su vez, la Defensoría del Pueblo en su Informe Defensorial N° 175 «Derechos Humanos de las personas LGBTI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú», ha recomendado al Estado la necesidad de incorporar las categorías de orientación sexual e identidad de género en los artículos 46 inciso 2 literal d, y 323 del Código Penal, con la finalidad de superar los problemas de interpretación de los operadores jurídicos y brindar una mejor protección de los bienes jurídicos y derechos fundamentales de las personas LGBTI, que son afectados por conductas de violencia y discriminación.

La orientación sexual y la identidad de género como categorías sospechosas de discriminación

En el sistema universal de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas se reconoce que las personas con una orientación sexual o identidad de género diferente al modelo de sexualidad social o moralmente aceptado han sido históricamente perseguidas y discriminadas, siendo común el uso de estereotipos en el trato hacia dicha comunidad.²⁵

Coincidentemente, el Preámbulo de los Principios de Yogyakarta²⁶ señala que «históricamente las personas han sufrido violaciones de sus derechos humanos porque son lesbianas, homosexuales o bisexuales o se les percibe como tales, debido a su conducta sexual de mutuo acuerdo con personas de su mismo sexo o porque son transexuales, transgénero o intersex o se les percibe como tales».

²⁵ NACIONES UNIDAS. Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004, párr. 33 ("la discriminación y la estigmatización siguen representando una grave amenaza contra la salud sexual y reproductiva de muchos grupos, como [...] las minorías sexuales"); Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, E/CN.4/2004/56, 23 de diciembre de 2003, párr. 64 ("Las actitudes y creencias derivadas de mitos y miedos relacionados con el VIH/SIDA y la sexualidad contribuyen a la estigmatización y la discriminación contra las minorías sexuales. Además, la percepción de que los miembros de estas minorías no respetan las barreras sexuales o cuestionan los conceptos predominantes del papel atribuido a cada sexo parece contribuir a su vulnerabilidad a la tortura como manera de "castigar" su comportamiento no aceptado"); Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad, Misión en Brasil, E/CN.4/2005/60/Add.3, 22 de febrero de 2005, párr. 28 ("Travestis, transexuales y homosexuales son también con frecuencia víctimas de episodios de violencia y discriminación. Cuando recurren al sistema judicial, se encuentran, a menudo, con los mismos prejuicios y estereotipos de la sociedad reproducidos allí"). Ver, también: NACIONES UNIDAS. Informe Nacidos libres e iguales: Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos. HR/PUB/12/06. Nueva York - Ginebra, 2012.

²⁶ Los Principios de Yogyakarta o "Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género" fueron adoptados en Yogyakarta, Indonesia, en noviembre de 2006. Los órganos de protección de los derechos humanos de la Organización de los Estados Americanos y la Organización de las Naciones Unidas han hecho uso de estos Principios en reiteradas oportunidades. Ver: Naciones Unidas. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, A/HRC/19/41, 17 de noviembre de 2011.

En ese sentido, existen elementos que permiten establecer que la orientación sexual, así como la identidad de género de las personas constituyen categorías sospechosas de discriminación. Se entiende por categorías sospechosas «aquellos criterios de clasificación que aluden a determinados grupos sociales que han sido históricamente discriminados y que, por ende, merecen recibir una tutela especial o diferenciada de parte del ordenamiento jurídico».²⁷

En el ámbito interno, nuestro ordenamiento jurídico reconoce implícitamente la orientación sexual y la identidad de género como motivos prohibidos de discriminación. En efecto, el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política reconoce el principio-derecho a la igualdad, precisando que «[n]adie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole». Al respecto el Tribunal Constitucional ha destacado que «la igualdad, en tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad. Por su parte, la igualdad, en tanto derecho, implica una exigencia individualizable que cada persona puede oponer frente al Estado para que éste lo respete, proteja o tutele».²⁸

Los motivos prohibidos en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución constituyen entonces lo que se denominan *categorías sospechosas de discriminación*. En ese sentido, en virtud de la naturaleza progresiva de los derechos humanos, dicha lista de motivos no puede considerarse cerrada sino que puede incluir otras categorías sospechosas de discriminación teniendo en cuenta el contexto social y los cambios de paradigmas propios de la historia.

Al respecto, es posible advertir que el legislador consideró que el supuesto de *cualquier otra índole* establecido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución proscribía la discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género de una persona, en concordancia con el fin supremo del Estado de defensa de la persona y el respeto de su dignidad. En el mismo sentido, el Código Procesal Constitucional en su artículo 37 desarrolla legislativamente los derechos fundamentales susceptibles de protección a través del proceso constitucional de amparo, reconociendo el «derecho de igualdad y de no ser discriminado por razón de [...] orientación sexual [...]». En esa línea, el Tribunal Constitucional ha establecido en reiterada jurisprudencia que la discriminación por razón de orientación sexual es incompatible con el principio-derecho a la igualdad reconocido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución.

Por otra parte, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos aborda el derecho a la igualdad y no discriminación con razón de la orientación sexual y la identidad de género de las personas. En el marco de diversos tratados internacionales de los que el Perú es Estado Parte así como de la jurisprudencia internacional emitida por la Corte Interamericana de Derechos



²⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del 03 de septiembre de 2010, recaída en el Expediente N° 2317-2010-AA/TC, F.J 32.

²⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del 28 de junio de 2004, recaída en el Expediente N° 0606-2004- PA, F.J. 9.

Humanos, ha quedado establecido que la orientación sexual y la identidad de género son categorías prohibidas de discriminación.

Cabe señalar que el Tribunal Constitucional ha declarado que los tratados internacionales sobre derechos humanos de los cuales el Perú es parte no solo conforman nuestro ordenamiento jurídico sino que, además, detentan rango constitucional²⁹.

En consecuencia, para el ordenamiento jurídico peruano, la orientación sexual y la identidad de género constituyen razones jurídicamente relevantes en mérito a las cuales las personas no deben ser discriminadas. Por tanto, corresponde al Estado peruano abstenerse de realizar acciones dirigidas a crear situaciones de discriminación de jure o de facto, así como adoptar las medidas necesarias para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes³⁰.

Fundamento político-criminal del cambio normativo

Una de las premisas fundamentales de orden social, político y jurídico consiste en reconocer la igualdad de todos los seres humanos sin distinción alguna. En el caso peruano, la premisa se oficializa en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución Política, donde se establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley; que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Claramente, se asume socialmente cuestionable todo acto de descalificación o desvaloración hostil basado en características socio-individuales de alguna persona o grupo de personas. Este acto denigrante supone respaldar una ideología que desconoce parcial o totalmente al ser humano en su condición de tal, trastornando parámetros básicos de convivencia. Por ello, además de reconocer constitucionalmente el derecho a la igualdad, son necesarias exhortaciones normativas que contribuyan en la consolidación de una conciencia social igualitaria.

Bajo este lineamiento cobran sentido mecanismos o procedimientos sancionatorios (extra-jurídicos, administrativos, penales, etc.) en casos de conductas o actitudes discriminatorias en desmedro de alguna persona o grupo de personas. Este conjunto normativo requiere ser optimizado estratégicamente en su marco regulativo, su aplicabilidad, su orientación política, entre otros aspectos, con la finalidad de aportar al objetivo social de igualdad.



M. Larrea S.

En cuanto al control penal, el mismo apunta precisamente a censurar severamente aquellas conductas cuyo despliegue representa o produce violencia o perjuicio social. De acuerdo a sus parámetros se institucionaliza un cuestionamiento público que fortalece la prohibición y el rechazo

²⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del 24 de abril de 2006, recaída en el Expediente N° 047-2004-AI/TC, F.J. 61 y Sentencia del 25 de abril de 2006, recaída en el Expediente N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, F.J. 26.

³⁰ DEFENSORÍA DEL PUEBLO: "La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes". Documento de Trabajo N° 2. Lima: 2007, p. 51 y ss.

colectivo. Con ello, el Estado puede ejercer estricta tutela regulativa la cual, simbólicamente, se identifica como protección penal.

En todo caso, el control penal no puede prescindir de un diagnóstico empírico-social que delimite cualitativa y cuantitativamente el nivel y los espacios de intervención³¹. Así, para el abordaje penal de la discriminación, su realidad fenomenológica local va a determinar el modelo regulativo. La delimitación del bien jurídico, la redacción y la técnica legislativa, los elementos constitutivos del tipo penal, el tipo y proporcionalidad de las penas, la definición de atenuantes y agravantes, y demás variables penales, se configuran conforme al fenómeno real, a efectos de garantizar practicidad y tecnicidad en la administración jurídica de casos.

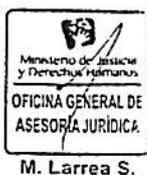
A decir de Díez Ripollés, la correcta configuración del bien jurídico y otros aspectos técnico-jurídicos, son susceptibles de ofrecer prestaciones importantes para ámbitos doctrinarios, sistemáticos, pragmáticos, entre otros³². Esta reflexión permite resaltar la regulación legal como el canal de resolución de conflictos que, correctamente delimitado, servirá como instrumento práctico.

En cuanto a la normativa nacional, el Código Penal regula un tipo penal autónomo de discriminación (artículo 323), además de incluir una agravante en caso de motivación discriminatoria en la comisión de algún delito (literal "d", inciso "2", artículo 46). La presencia de ambos dispositivos evidencia una valoración penal prioritaria para la problemática de la discriminación; sin embargo, resulta necesario evaluar la forma y el fondo de la regulación, a efectos de corroborar su correspondencia con la realidad del fenómeno.

Respecto al tipo penal, cabe precisar que, en el año 2000 (Ley N° 27270), cuando se le incluyó como figura autónoma en el código penal, su regulación abarcaba únicamente supuestos discriminatorios por motivos raciales, étnicos, religiosos y sexuales. Más tarde (2006), en un intento de sincerar la dimensión del fenómeno (Ley N° 28867), se modificó el artículo pertinente; esta vez para incluir motivaciones por factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, opinión política y condición económica.

Sin duda, la diversidad múltiple de nuestra realidad social revela desde siempre fricciones permanentes entre grupos diferenciados por sus condiciones y preferencias de vida, lo cual puede desencadenar en descalificaciones agresivas y hostiles capaces de reproducir subculturas y movimientos colectivos. En este sentido, la innovación normativa representó un acercamiento bastante responsable a las características de la discriminación en nuestro país, lo cual redundó en su utilidad como instrumento legal.

Al respecto, debe tomarse en cuenta que personajes de categorías tan diversas como el adolescente, la persona con discapacidad, el pobre, el



³¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2007). La política criminal en la encrucijada, Buenos Aires-Montevideo: B de F, p. 121 y S.

³² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2003). La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría. Madrid: Editorial Trotta, p. 140.

indígena, el homosexual, el no profesional, entre otros, suelen ser objetos de etiquetas sociales capaces de generalizar su exclusión. En este sentido, es necesario que cada grupo identificado como potencialmente discriminado, sea cubierto por la norma penal; de ser el caso, pudiendo aparecer expresamente en la fórmula legal para dilucidar cualquier duda sobre su consideración en la norma.

Un caso especial se encuentra representado por la comunidad LGTBI, cuyos miembros, al identificárseles como transgresores de roles de género tan absolutizados (masculino y femenino), están permanentemente expuestos a burlas, hostilidades, ataques y vejaciones de su imagen e integridad³³. Se trata de un grupo altamente resistido debido a la existencia de una cultura conservadora que aún es dominante en la sociedad peruana. Con estas coordenadas, resulta una exigencia su inclusión expresa e integral en el articulado; específicamente, las variables de identidad de género y orientación sexual.

No pueden negarse las dificultades eventuales que padece esta comunidad para expresar sus preferencias y desarrollar sus quehaceres habituales. La discriminación contra ella se advierte en lugares tan cotidianos como la escuela, el trabajo y diversos lugares públicos³⁴. Un grupo particularmente vulnerable lo conforman las personas travestis, transexuales y transgéneros dedicadas al comercio sexual, pues se encuentran sobreexpuestas al prejuicio social. Ellas suelen experimentar todo tipo de violencia y aversión, siendo usual que los agentes de la fuerza pública las intervengan con gran ensañamiento y repudio³⁵.

Como lo ha mencionado la Defensoría del Pueblo, en el caso de las personas trans, y en particular de las mujeres trans, la violencia obedece a varios factores como la exclusión, discriminación, falta de reconocimiento de su identidad de género, ocupaciones que las colocan en un mayor riesgo a sufrir violencia y un alto grado de criminalización.³⁶ En esa medida, ha recomendado incorporar las categorías de orientación sexual e identidad de género en los artículos 46 inciso 2 literal d) y 323 del Código Penal, con la finalidad de superar los problemas de interpretación de los operadores jurídicos y brindar una mejor protección de los bienes jurídicos y derechos fundamentales de las personas LGTBI, que son afectados por conductas de violencia y discriminación.

Este paisaje social exige que la normativa encargada de censurar la discriminación frente a población vulnerable sea incisiva en sus marcos regulativos. En este sentido, al igual que en el tipo penal autónomo, es fundamental que la figura agravante de la parte general del Código Penal -



M. Larrea S.

³³ INFORME ANUAL sobre derechos humanos de personas Trans, Lesbianas, gays y bisexuales en el Perú 2015-2016. Lima: Red peruana LGTBI – PROMSEX, p. 24

³⁴ SENAJU (2012). Por una sociedad joven e inclusiva. Compilación de trabajos sobre jóvenes Trans, Lesbianas, Gays y Bisexuales. Lima: MINEDU, p. 114 y ss.

³⁵ RUNA (2007). Realidades invisibles: Violencia contra travestis, transexuales y transgéneros que ejercen comercio sexual en la ciudad de Lima. Lima: Instituto de desarrollo y estudios sobre género, p. 23 y ss.

³⁶ Defensoría del Pueblo. Informe Defensorial 175 "Derechos Humanos de las personas LGTBI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú". Primera edición, 2016. p. 20 y 201.

incluida en el 2013 mediante la Ley N° 30076- abarque en su fórmula legal cada una de las motivaciones que materializan actitudes y comportamientos vejatorios; entre ellas, por la especial vulnerabilidad descrita, las de identidad de género y orientación sexual.

ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO DE LAS MEDIDAS

Dada su naturaleza, el costo económico de las medidas introducidas reviste una especial complejidad para su medición. Sin embargo, debemos señalar que desde una perspectiva de prevención general, las precisiones normativas en los tipos penales relativos al feminicidio, lesiones físicas y psicológicas, de explotación de seres humanos y de lucha contra la discriminación, resultan de un beneficio mayor para prevenir y proteger los derechos a la vida, salud, integridad personal, libre desarrollo de la personalidad, libertad personal, igualdad y no discriminación de las mujeres, así como el respeto de su dignidad, las que se ven afectadas por la comisión de las referidas conductas penales.

En esa medida, los beneficios que se pueden obtener con estas medidas son precisamente una mejor cobertura de protección estatal de los derechos en referencia. Más aún, la incorporación de determinadas agravantes en los delitos de feminicidio y lesiones, así como la creación de nuevos tipos penales como los de explotación sexual y laboral, además del de trabajo forzoso, permitirían una mejor cobertura e intervención punitiva del Estado orientado a que disminuyan ostensiblemente determinados comportamientos que en la actualidad quedan impunes, con las funestas consecuencias que ello produce en las víctimas, y en su entorno familiar y social, las cuales de no ser abordadas generarán además una mayor deslegitimación del sistema de administración de justicia y de la propia institucionalidad del Estado.

De esta manera, las modificaciones e incorporaciones planteadas en la presente propuesta permitirán lo siguiente:

- Que las vulneraciones a la salud mental de las mujeres que actualmente están supeditadas a la producción de un daño psíquico —que solo se configura cuando el daño en la salud mental de la persona es permanente o crónico y supera un rango de tiempo bastante amplio—, para considerarse delitos, puedan ser efectivamente protegidas con la constatación profesional de cualquier afectación psicológica.
- De esta manera se incentivará que cada vez más las mujeres y los miembros del grupo familiar puedan recurrir en mejores condiciones ante el sistema de justicia penal para solicitar la protección del bien jurídico protegido (vida, salud e integridad personal), generándose así una mayor confianza en el Estado pero sobre todo adoptándose las medidas necesarias para que el sistema penal reaccione favorablemente contra toda forma de violencia ante la mujer, sin esperar que se produzcan resultados letales (la agravación de la salud de la persona o la pérdida de vidas)

- Que el sistema de justicia penal esté en condiciones de atender el mayor número de situaciones donde frecuentemente se producen agresiones y violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, con una perspectiva de integralidad, género, igualdad y no discriminación, interculturalidad, enfoque de discapacidad, entre otros.
- Las modificaciones e incorporaciones permitirán que no solo las Divisiones Médico Legales del Ministerio Público ofrezcan sus servicios para la constatación de lesiones corporales y psicológicas de las víctimas, sino que todo el sistema de salud público y privado brinde dicha posibilidad a quienes lo requieran, permitiéndose así que más personas que no recurren al sistema de justicia por carecer de tiempo y recursos para acudir a los exámenes psicológicos-forenses del Ministerio Público, puedan contar con una alternativa viable para la defensa de sus derechos fundamentales.
- La propuesta generará que los servicios públicos de salud se organicen para atender situaciones de afectación psicológica de las mujeres y miembros del grupo familiar, de manera que tales atenciones tengan una doble finalidad: de un lado, para atender la afectación desde el ámbito médico con fines de contención y mejoramiento de la salud mental de las víctimas, y de otro, que tales intervenciones plasmadas en documentos sirvan para que los operadores jurídicos las utilicen en las investigaciones y procesos penales.
- Finalmente, la propuesta generará la necesidad de que las magistradas y magistrados del Ministerio Público y el Poder Judicial, así como los integrantes de la Policía Nacional del Perú, deban establecer capacitaciones para la mejor comprensión de las medidas desarrolladas en el presente proyecto, y para su efectiva aplicación.

Adicionalmente esta propuesta se enmarca dentro de los parámetros de protección internacional de los derechos de las mujeres, previstos en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem do Pará).

En este sentido, la propuesta que modifica el Código Penal en los aspectos señalados se condice con las normas nacionales e internacionales destinadas al cumplimiento de las obligaciones respecto a la lucha contra la violencia hacia la mujer.



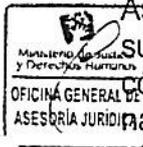
Igualmente, conviene señalar que esta norma no ocasiona costos presupuestarios adicionales y permitirá visibilizar que la problemática del feminicidio y la violencia contra las mujeres constituyen una prioridad para el Estado.

IMPACTO EN LA LEGISLACION NACIONAL:

La propuesta pretende modificar el Código Penal y es acorde con las normas nacionales e internacionales que orientan el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos del Estado respecto a la lucha contra la violencia hacia la mujer. Asimismo, la norma contribuirá a que la legislación nacional se adecúe a los estándares de protección internacional en materia de derechos humanos.

De otro lado, la propuesta modifica el artículo 8 de la Ley N° 30364, Ley para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, con la finalidad de ampliar el concepto de violencia psicológica.

Asimismo, deroga el artículo 121-A del Código Penal toda vez que los supuestos que contienen han sido incorporados al artículo 121 del referido código, ello sustentando en razones de sistemática y coherencia con la naturaleza del tipo penal de lesiones graves.



M. Larrea S.

