

Lima, 28 de febrero de 2015

REF: Remite opinion sobre
dictamen de reforma del Código
Penal

Señor Congresista
Juan Carlos Eguren Neuenschwander
Presidente
Comisión de Justicia y Derechos Humanos
Congreso de la República
Presente.

De mi mayor consideración:

Es grato saludarlo en nombre del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), y hacerle llegar nuestros comentarios en relación con algunos artículos del Dictamen de la Ley del Nuevo Código Penal. Al respecto el IDEHPUCP hace llegar sus comentarios en relación con los siguientes artículos: 14, 15.

A continuación el IDEHPUCP plantea sus objeciones y recomendaciones en relación con dichos artículos:

1. Capítulo III – Diversidad Cultural y Jurisdicción Espacial (artículos 14, 15 y 16)

En primer lugar debe reconocerse la ubicación sistemática de los artículos 14 y 15 en un capítulo especial sobre la materia.

Ahora bien, en relación con el artículo 14, es innegable la importancia de interpretar una norma penal de manera intercultural cuando la situación lo amerite. Sin embargo se espera que para su adecuada implementación, los jueces y demás operadores del derecho deberán incorporar competencias interculturales en su trabajo de interpretación jurídica que les permitan alcanzar el objetivo detrás de la propuesta.

Por otro lado, respecto del artículo 15, el IDEHPUCP considera que la norma es un avance en relación a la manera cómo el juez debe abordar aquella situación en la que una persona de cultura distinta a la predominante comete hecho punible que le podría ocasionar algún tipo de sanción penal. En ese sentido, constituye un acierto el que dicha sumilla haya sido cambiada y ahora ya no se haga referencia al error sino a una comprensión distinta debida justamente a las circunstancias culturales particulares que existen en un estado pluricultural como Perú. Además, el considerar como "error" la conducta de una persona perteneciente a una cultura con patrones y valores completamente distintos, implicaría comparar su cosmovisión con la cosmovisión centralista, presuponiendo que ésta última es la acertada mientras que la cosmovisión indígena es la errónea.¹

¹ MEINI, Iván. Lecciones de Derecho Penal- Parte General. Teoría jurídica del delito. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 2014, p. 154.

Este cambio de visión se ve reforzado por el hecho de que el artículo 15 ya no se encuentre, en el dictamen analizado, ubicado después del error de tipo y error de prohibición, sino que pertenece ahora a un capítulo aparte dedicado especialmente al reconocimiento del pluralismo cultural en Perú.

Si bien podría pensarse que lo ideal hubiera sido incluir el contenido del artículo 15 dentro del artículo que contiene todas las causas de inimputabilidad, por una cuestión de sistematicidad y orden, la creación de un capítulo especialmente destinado al reconocimiento de la diversidad cultural puede considerarse algo también positivo. Ello porque permite explicar de manera más amplia la nueva lógica de respeto a la pluralidad cultural que se busca en la propuesta de nuevo código. Sobre todo, teniendo en cuenta que incluir a la comprensión culturalmente condicionada dentro del mismo artículo de inimputabilidad podría reforzar los patrones paternalistas que aún rigen en la cultura occidentalizada dominante en Perú. Ello, a pesar de que lo correcto sea considerar que el artículo 15 es una causa de inimputabilidad también.

En este punto es importante resaltar lo señalado por Meini: *"(...) la incapacidad penal es un concepto normativo valorativamente neutro, que no conlleva reproche alguno, adolece de carga peyorativa y hace referencia a un estado en el cual la persona no puede ser motivada en condiciones de normalidad por la norma penal"*² y es que, de lo contrario, también debería entenderse que los menores de edad o las personas con alguna discapacidad psicosocial son sujetos inferiores, cuando ello claramente no es así.³ De esta manera, la aplicación del artículo 15 se encontrará sujeta al grado de integración que la persona que ha cometido la conducta considerada como delito tenga respecto del sistema cultural oficial.⁴

Asimismo, si bien el nuevo artículo 15 mantiene en parte la redacción del articulado aún vigente, se hacen precisiones respecto a la manera de actuar del juez de considerar hay razones para atenuar la pena, ya que especifica hasta cuánto podrá disminuir la pena el juez en caso que la imposibilidad de comprender la norma se encuentre disminuida.

Finalmente, en relación con el artículo 149 de la Constitución establece la necesidad de que entre la jurisdicción especial y la jurisdicción ordinaria existan canales de coordinación, entendiéndose el establecimiento de mecanismos que permitan que ambos sistemas de justicia articulen de tal manera que ambos puedan administrar justicia de manera adecuada a las circunstancias. Complementario a lo anterior está el alto reconocimiento de la jurisdicción especial como un tipo de administración de justicia en el Perú. El reto es que ambos sistemas de justicia tengan claridad de qué hacer y cómo actuar frente a casos que corresponden a dichas jurisdicciones y cuando no. En esa línea desde el Poder Judicial se han venido implementando una serie de documentos y guías que apuntan a fortalecer estos medios y mecanismos de articulación y coordinación, manteniendo la idea de que no solo es necesario que ambos sistemas jurisdiccionales dialoguen, sino que además sepan cómo actuar.

Sin embargo la propuesta de artículo 16 a la letra señala que "la ley penal no se aplica cuando las autoridades de las comunidades indígenas, sean campesinas o nativas, ejerzan jurisdicción especial de conformidad con el artículo 149 de la Constitución Política". De acuerdo a esta primera parte del

² MEINI, Iván. *Ibidem*, p. 155.

³ MEINI, Iván. *Ibidem*, p. 155.

⁴ HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho PENAL, Parte General, I, 3 ed.*, Lima, 2005, p. 641.

artículo, se estaría alejando la idea de la articulación y/o coordinación por la de sistemas jurisdiccionales autónomos en absoluto, cuando en la práctica lo que se propone es que exista un balance de actuación entre ambos sistemas de administración de justicia. En esa misma línea se sigue con la propuesta.

El principal inconveniente es plantear posiciones que puedan generar absolutos en materia de administración de justicia, cuando desde el Poder Judicial las propuestas han sido de diálogo y actuación conjunta entre ambos sistemas. Por lo anterior, el IDEHPUCP considera que este tipo de artículos no deberían ser parte de esta propuesta, por las posiciones absolutas y poco dialogantes que harían retroceder lo hasta ahora avanzado en la materia desde los principales operadores del sistema de justicia.

2. Medidas de seguridad aplicables a inimputables (artículos I, II, VII y IX del Título Preliminar, y 25, 87, 88, 89, 90, 92 y 93)

El artículo I del Título Preliminar señala que el fin de la medida de seguridad es preventivo, terapéutico, de deshabitación y de custodia o vigilancia. Respecto del fin terapéutico aplicable a inimputables en centros de salud mental, cabe recordar que esta finalidad ha sido un discurso que legitima el uso de la psiquiatría como herramienta para normalizar al "loco peligroso". Este planteamiento, propio de un modelo rehabilitador de la discapacidad, ha permitido una intromisión intensa y duradera sobre la vida de las personas con discapacidad mental. Por este motivo habría sido mejor incluir la palabra "fines de apoyo o de asistencia". Este lenguaje se corresponde al modelo social de discapacidad que el Perú asumió con la ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y en la Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley No. 29973. De acuerdo con dicho modelo la discapacidad es un constructo social que surge de la interacción entre la deficiencia de la persona y las barreras que la sociedad incluye. De esta manera, a diferencia del modelo médico-rehabilitador (que plantea que la discapacidad radica en la persona y que esta debe "curarse" de su discapacidad para incluirse en la sociedad), el modelo social plantea que la discapacidad radica en la sociedad, por lo que es la sociedad quien debe adaptarse a la deficiencia de la persona.

En el mismo sentido, cabe señalar que tanto el artículo II del Título Preliminar como los artículos 87, 88, 89 y 92, mantienen a la peligrosidad criminal como criterio de determinación de la medida de seguridad. En este punto es necesario señalar que la peligrosidad delictual es un criterio de bajo rendimiento al momento de determinar el pronóstico futuro de reincidencia. De acuerdo a la doctrina contemporánea, este criterio presenta los siguientes problemas⁵:

- a. **Confusión sobre su naturaleza:** La peligrosidad se centra solo en el individuo y su personalidad (artículo 87). Esto provoca que se termine equiparando la presencia de una discapacidad mental con la peligrosidad, lo que resulta contrario al modelo social de la discapacidad. Además, el concepto de peligrosidad implica el uso de mecanismos imprecisos como capacidad criminal o personalidad criminal para determinar el pronóstico futuro de violencia. Esto a pesar de que la violencia (elemento que se busca predecir con la peligrosidad) es un fenómeno interpersonal y social que exige analizar no sólo los factores

⁵ANDRÉS PUEYO, Antonio. *Peligrosidad Criminal: Análisis crítico de un concepto polisémico*. En: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Director). *Derecho Penal y Neurociencias*. Madrid: EDISOFER, 2013, pp. 483-503-

individuales. Con otras palabras, el comportamiento violento es fruto de una combinación compleja, casi aleatoria, que involucra distintas causas⁶.

- b. **Difícil operacionalización:** La doctrina especializada señala que la peligrosidad es imprecisa al momento de realizar la evaluación psicológica⁷. Ni el juez ni el perito forense tiene una definición clara y precisa de qué debe entenderse por peligrosidad. Eso provoca que el modo de proceder sea muy subjetivo. En esta medida, Andrés Pueyo, citando a Steadman, señala lo siguiente: *“Se cree que los perfiles de personalidad, los síntomas psicopatológicos, la biografía de inadaptación social y los antecedentes delictivos identifican sin error a los delincuentes peligrosos, pero esta creencia no es muy realista y hoy está cada vez más cuestionada”*⁸. Los problemas de operacionalización también se deben a que la peligrosidad es un concepto categórico que no permite grados ni admite que cada delito requiere de un tipo de riesgo distinto.
- c. **Baja capacidad predictiva:** De acuerdo a estudios recientes, los niveles de acierto de los juicios clínicos de peligrosidad superan al azar en porcentajes muy reducidos (del 8 al 10 %) ⁹. Ello se agudiza frente a determinados delitos violentos.
- d. **Efectos estigmatizantes:** Al ser la peligrosidad un atributo personal, la atribución negativa se dirige a la persona (con discapacidad mental). Eso provoca la reproducción de connotaciones negativas que discapacitan a las personas con deficiencias mentales.

Por otro lado, cabe resaltar positivamente que el artículo VIII del Título Preliminar señale que la ejecución de la medida de seguridad no debe permitir mecanismos crueles o torturas. De igual manera resulta positivo que el artículo IX indique, de manera novedosa, que solo las consecuencias jurídico penal que supongan imputabilidad (capacidad de culpabilidad) pueden ser consideradas sanciones. De esta manera, se está reconociendo que la medida de seguridad no es una sanción, sino una medida que, de acuerdo al modelo social, debería obedecer a fines como la asistencia o el apoyo.

En relación a la inimputabilidad, el artículo 25 del Código Penal resalta por el uso de las palabras “anomalía psíquica”. En un ordenamiento que asume el modelo social de discapacidad habría sido conveniente que se utilicen las palabras “personas con deficiencias mentales”. Más allá del uso del lenguaje, el dictamen mantiene una relación equivocada entre las deficiencias mentales y la inimputabilidad. Las deficiencias mentales no implican necesariamente que el sujeto no comprenda la norma y puede actuar conforme a ella. Con otras palabras, la deficiencia mental no es sinónimo de inimputabilidad. Es perfectamente posible que una persona con deficiencias mentales sea imputable al momento de cometer un hecho delictivo. En este orden de ideas, para que la deficiencia mental sea relevante para el Derecho penal es necesario que esta suponga un estado de alteración de la realidad al momento de cometer un ilícito. Por este motivo, consideramos que habría sido más conveniente que se redacte el artículo 25 de la siguiente forma: “Está exento de responsabilidad penal (...) el que al momento de cometer un hecho delictivo, por presentar deficiencias mentales que

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*, p. 499.

⁹ *Ibidem*.

le provocan la alteración de la percepción de la realidad, no es capaz de comprender la norma y actuar conforme a ella (...)”



10

En este sentido, tanto la figura de la inimputabilidad en sí misma, tradicionalmente aceptada en los ordenamientos internos de muchos Estados, como la aplicación de la misma por los operadores jurídicos, ha venido a ser puesta en entredicho a partir de la entrada en vigencia de la CPCD y el reconocimiento de la capacidad jurídica. Así, tomando como punto de partida este derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones, el Alto Comisionado de Derechos Humanos ha señalado que toda ley que prevea que la existencia de una discapacidad es motivo directo o indirecto para declarar la incapacidad jurídica entra en conflicto con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad consagrado en el párrafo 2 del artículo 12.¹¹ En este contexto, cabe preguntarse en qué medida la figura de la exclusión de responsabilidad penal o inimputabilidad de las personas con discapacidad mental resulta compatible con el estándar internacional de la capacidad jurídica e incluso, con el derecho a la justicia reconocido en el artículo 13 de la CPCD. El Alto Comisionado, poniéndose en este supuesto ha señalado que el fundamento jurídico que determina la restricción de libertad debe estar desvinculado de la discapacidad y definido sin referencia a ésta, de manera que se aplique a todas las personas en igualdad de condiciones. En este sentido,

el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad lleva a suprimir la circunstancia eximente de la responsabilidad penal constituida por la discapacidad mental o intelectual. Por consiguiente, al examinar el elemento subjetivo del delito, se debe prescindir de la discapacidad y atender a la situación concreta del autor.¹²

Otra norma que merece ser comentada es la contenida en el artículo. 90. Es positivo que el Dictamen, a diferencia del Código Penal actual, regule la posibilidad de que el internamiento sea sustituido por una medida de tratamiento ambulatorio. Así se reconoce que la crisis es una etapa superable y que, en caso de no ser necesaria, podría variar por una medida de seguridad menos intensa y que limite menos la autonomía e independencia del infractor. Esto se confirma en lo dispuesto por el artículo 92. Sin perjuicio de lo antes dicho, habría sido conveniente que el dictamen

¹⁰ MEINI MENDEZ, Iván. *Lecciones de Derecho Penal Parte General. Teoría jurídica del Delito*. Lima: PUCP, 2014, p.135.

¹¹ Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad A/HRC/10/48, 26 de enero de 2009, párr. 45.

¹² *Ibid.*, párr. 47.

indique que la variación de medida de seguridad se debe fundamentar en la superación de la crisis o etapa de alteración de la realidad. Si esto es así, la pericia médica debe estar dirigida a identificar el tipo de apoyo que la persona requiere y no a determinar criterios difusos e indeterminables como la “peligrosidad”. Hay que recordar que, conforme al artículo IX del Título Preliminar del Dictamen, no estamos ante una sanción penal que implique reproche social, sino ante una consecuencia jurídico penal que pertenece a “otro tipo” de Derecho penal.

Finalmente, el artículo 93 incluye la custodia personal. Esta medida de seguridad es nueva para nuestro ordenamiento jurídico. Resulta positivo que se incluyan opciones alternativas al internamiento. Sin embargo, es lamentable que se cierre esta posibilidad a los casos de imputables relativos. Parece que otra vez se olvida que la inimputabilidad es un estado transitorio. La custodia personal podría ser una medida que, junto con el tratamiento ambulatorio, garantice que el infractor no vuelva a recaer. Sin embargo para que ello ocurra es necesario poner límites a la custodia personal. La custodia personal no puede implicar que la familia pierda la capacidad de decidir que tiene el infractor. La custodia personal sólo debe estar dirigida a que la familia sirva de apoyo y asistencia a la persona que comete un hecho delictivo en un estado de alteración de la realidad causado por una deficiencia mental.

3. Violencia contra la mujer (artículos 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 207, 208 y 213)

El IDEHPUCP considera positiva la inclusión en el Dictamen de los delitos de lesa humanidad que se cometen prioritaria o exclusivamente contra la mujer y que no se encontraban contenidos en el Código Penal vigente. Estos son los delitos de violación sexual (art. 159), esclavitud sexual (art. 160), prostitución forzada (art. 161), embarazo forzado (art. 162), esterilización forzada (art. 163), unión forzada (art. 164), aborto forzado (art. 165) y cualquier otra forma de violencia sexual (art. 166). Esto resulta positivo pues la inclusión de estos delitos implica la incorporación de una perspectiva de género en nuestra legislación penal.

También resulta positivo que el Dictamen incorpore como agravante de los delitos de lesiones leves (artículo 207) y lesiones graves (artículo 208) el hecho de que la víctima sea mujer, si es lesionada por su condición de tal¹³. Esto marca una diferencia con el Código Penal vigente, que únicamente reconoce como agravante, en los delitos de lesiones contra las mujeres, los que ocurren por violencia familiar (arts. 121-B y 122-B). En esta línea, el cambio propuesto contribuye con el reconocimiento de que la violencia contra la mujer no solamente ocurre en el ámbito privado o doméstico –como tradicionalmente se consideraba–, sino también en el ámbito público, en cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas con la ratificación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará). El aumento de la pena establecido por este agravante no constituye únicamente una respuesta formal frente a la violencia contra la mujer, sino que responde al mayor desvalor de la acción debido a la situación de inequidad en que la mujer se encuentra en nuestra sociedad.

Por otro lado, respecto del delito de violación sexual (artículo 261), el IDEHPUCP considera su positivo el planteamiento del Dictamen de eliminar la exigencia de que la amenaza contra la persona violada deba ser “grave”, como sí requiere el Código Penal vigente (artículo 170). Esto porque el solo hecho de que exista una amenaza *per se* para la realización de actos sexuales invalida el

¹³ Artículos 207.3c) y 208.2c) del Dictamen.

consentimiento. También, es importante reconocer la inclusión por parte del Dictamen de la “violencia psicológica” y de “la existencia de un entorno de coacción” como invalidantes del consentimiento y consecuente configuración de este delito. Asimismo, el hecho de que el Dictamen añada la posibilidad de condenar “otra forma de invasión sexual” (artículo 261) a las formas ya contempladas de violación sexual en la legislación actual, permite una valoración del juez de acuerdo a la sana crítica que protege más efectivamente el bien jurídico de la libertad sexual.

Finalmente, el IDEHPUCP valora positivamente la inclusión en el Dictamen del tipo autónomo de violencia familiar (artículo 213). Esto es positivo porque este supuesto condena la violencia que ocurre dentro del ámbito de la familia sin exigir la configuración previa del delito de lesiones; el mismo que requiere la comprobación de un mínimo de diez días de asistencia o descanso del afectado. Lo que sí merece ser cuestionado es el requisito estipulado por el Dictamen en el referido artículo de que, para que se consagre este delito, la violencia debe haber ocurrido en tres oportunidades y haberse comprobado a nivel policial, fiscal o judicial. El IDEHPUCP considera este requisito jurídicamente incorrecto porque establece barreras irrazonables para proteger el bien jurídico de la salud o el de la integridad, según corresponda, y no valora negativamente la violencia ocurrida en una sola oportunidad dentro de un ámbito familiar.

4. Aborto eugenésico (artículo 205.2)

El artículo 205 inciso 2 repite la redacción del actual artículo 120 inciso 2, por el cual se sanciona con una pena menor que el autoaborto, el aborto que se practica cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico. Incluso la propuesta del Dictamen rebaja aún más la pena (de no más de tres meses según el actual artículo 120, a servicios a la comunidad en la propuesta del artículo 205).

Sin querer entrar a adoptar una posición a favor o en contra a la despenalización del aborto, el aborto eugenésico, es decir, aquel que de alguna manera el Derecho penal “tolera” por cuestiones asociadas a la discapacidad, resulta contrario al modelo social de la Discapacidad previsto en la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (de la que el Perú es parte) y en la Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley No. 29973. Ambas normas establecen claramente que las personas con discapacidad tienen derecho a la vida. Este reconocimiento justamente anula el desfasado “modelo eugenésico” de la discapacidad, propio de sociedades como la espartana en la antigua Grecia, donde a las personas con discapacidad se las veía como seres desechables. Por ello, el IDEHPUCP es de la opinión que si el Derecho Penal sanciona el aborto, debe sancionarlo sin tomar en consideración las deficiencias físicas o psíquicas del feto, pues de lo contrario se incurriría en discriminación por motivo de discapacidad. Esto claramente no aplicaría en el caso de un feto inviable, que conforme a la jurisprudencia internacional, cae en el supuesto de aborto terapéutico por las consecuencias psíquicas que se generan en la madre.

5. Trata de personas (artículos 236 y 237)

El texto preliminar del nuevo Código Penal extrae el tipo penal de trata de personas del apartado de delitos contra la libertad y lo sitúa como sección autónoma de la Parte Especial. Esta nueva autonomía resulta positiva al reflejar tanto la complejidad del tipo penal en relación a los diferentes derechos vulnerados por el delito, los cuales incluyen a la libertad individual pero no se agotan en ella, como la importancia que este delito viene adquiriendo en el escenario público-político peruano.

No obstante, persisten algunos problemas en la redacción del tipo base del delito y en la determinación de sus agravantes.

Respecto del tipo base (artículo 236), se identifica un error de redacción, por cuanto el tipo penal, al no utilizar verbos para describir las acciones típicas, parece no recoger ninguna.¹⁴ Esto conllevaría un serio problema de aplicación de la ley penal por parte de los operadores de justicia. Por ello, el IDEHPUCP propone mantener la redacción actual del tipo penal, aprobada mediante Ley N° 30251, donde claramente se identifican las acciones típicas del delito. Asimismo, se aconseja eliminar el inciso cinco¹⁵ del tipo base, por cuanto la autoría y la participación se encuentran debidamente reguladas en la Parte General del que sería el nuevo Código Penal.

Por otro lado, existe un problema respecto a la forma agravada (artículo 237) del delito cuando la víctima es una persona con discapacidad toda vez que se mantiene la redacción actual.¹⁶ Por un lado en el apartado d) del inciso uno se habla de persona incapaz y por otro en el apartado a) del inciso dos se habla de persona con discapacidad física o mental. En ese sentido, existe una doble mención a las víctimas con discapacidad¹⁷ que termina siendo asistemática puesto que no se explica cuál es la diferencia entre ambas referencias. Además, no queda claro a que se refiere el término incapaz del primer inciso, y el término "incapaz" resulta contrario al modelo social de la discapacidad y a lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley General de la Persona con Discapacidad, que dispone que todas las personas con discapacidad poseen capacidad jurídica plena. En el marco de dicha disposición, además, debe tenerse en cuenta que actualmente viene desarrollándose un proceso de reforma del Código Civil a efectos de eliminar la figura de la incapacidad asociada a la discapacidad.

Ante ello, el IDEHPUCP propone incluir solo un agravante en los siguientes términos:

Artículo 237. Formas agravadas de la trata de personas.-

(...) 2. La pena es privativa de libertad no menor de treinta y cinco años e inhabilitación de acuerdo con el numeral 15 del artículo 42 cuando:

(...) a. La víctima presente alguna discapacidad que facilita o permita la realización del hecho punible.

¹⁴ Artículo 236. Trata de personas.-

1. El que mediante actos de captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de otra persona, en el territorio de la república o para su salida o entrada del país, recurriendo a la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de la libertad, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años e inhabilitación de acuerdo con el numeral 15 del artículo 42. (...)

¹⁵ Artículo 236. Trata de personas.-

(...) 5. El agente que promueve, favorece, financia o facilita la trata de personas es reprimido con la misma pena prevista para el autor.

¹⁶ Artículo 153-A del Código Penal actual.

¹⁷ Artículo 237. Formas agravadas de la trata de personas.-

1. La pena es privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2, 4, 5 y 15 del artículo 42, cuando:

(...) d. La víctima (...) es incapaz. (...)

2. La pena es privativa de libertad no menor de treinta y cinco años e inhabilitación de acuerdo con el numeral 15 del artículo 42 cuando:

(...) a. La víctima (...) padece, temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental. (...)

6. Secuestro (artículo 239)

La propuesta de artículo 239 establece como agravante del delito de secuestro el que se pretexto “enfermedad mental inexistente en el agraviado” (artículo 239.2.b). La redacción de este artículo genera el riesgo de entender que si la enfermedad mental del agraviado es real, no constituiría se constituiría un agravante. En opinión del IDEHPUCP la no toma en cuenta la vulnerabilidad en la que puede encontrarse una persona con discapacidad intelectual o psicosocial, y resulta inconsistente con lo actualmente establecido en el artículo 11 de la Ley General de Salud, Ley 26842, que dispone que:

c. El internamiento es un recurso terapéutico de carácter excepcional y solo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos para el paciente que el resto de intervenciones posibles. Se realiza por el tiempo estrictamente necesario y en el establecimiento de salud más cercano al domicilio del usuario.

d. El tratamiento e internamiento se realizan con el consentimiento informado, libre y voluntario del usuario, salvo en situaciones de emergencia.

e. La revisión médica periódica de los diagnósticos e informes que recomiendan el internamiento de pacientes. El internamiento tendrá una segunda opinión médica.

f. Los usuarios de los servicios de salud mental, incluidas las personas con discapacidad mental, mantienen el pleno ejercicio de sus derechos durante su tratamiento e internamiento.

El mismo sentido, el artículo 14.1.b) de la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad (de la que el Perú es parte) dispone que los Estados deben adoptar medidas para garantizar que las personas con discapacidad no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y para que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.

En ese sentido, pretextar la discapacidad intelectual o psicosocial del agraviado no debiera ser considerado un agravante, dado que la restricción de la libertad de estas personas se encuentra prohibida. El IDEHPUCP considera por tanto necesario eliminar el acápite b del segundo párrafo del artículo 239.

7. Violación de persona en incapacidad de resistir (artículo 263)

El primer párrafo del artículo 262 recoge el actual primer párrafo del artículo 147 del Código Penal, y dispone:

1. El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de cualquier objeto o parte del cuerpo, por alguna de las dos primeras vías u otra forma de invasión sexual, conociendo que sufre de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en imposibilidad o incapacidad de resistir, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de doce ni mayor de dieciséis años.

Estas normas, como se ha apuntado, responden a estereotipos propios del modelo médico o rehabilitador, al proteger de manera especial a la persona con discapacidad mental y equipara su tratamiento al de un menor de edad, en donde la falta de consentimiento o voluntad se presume sin permitir prueba en contrario. En el marco del modelo social, cabe analizar hasta qué punto la discapacidad mental debe llevar a presumir la incapacidad de brindar consentimiento, y si es condición suficiente para generar una situación de agravante del delito. Al respecto debe señalarse que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (de la que Perú es parte) establece en su artículo 12 que las personas con discapacidad mantienen plena capacidad jurídica (dicha norma, a su vez, está recogida en el artículo 9 de la Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley No. 29973. Asimismo, el artículo 22 de dicha Convención establece que

Ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. Las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a dichas injerencias o agresiones

En el mismo sentido, el artículo 23 de dicho tratado establece que “los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales”.

De lo anterior se desprende, por tanto, que las personas con discapacidad mantienen su autonomía para el ejercicio de su libertad sexual. En ese sentido, presumir de manera *iure et de iure* que las relaciones sexuales sostenidas por una persona con discapacidad intelectual o psicosocial no son consentidas, constituye una vulneración de los artículos señalados. La violación de una persona con discapacidad intelectual o psicosocial, sin duda, puede darse, y debe ser sancionada de la misma manera que se sanciona la violación a una persona que no presenta esta discapacidad. Por otro lado, Por ello el IDEHPUCP considera que debe eliminarse la expresión “anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental” y mantener el tipo penal para aquellos casos que los que la persona, por su discapacidad, podría encontrarse en incapacidad de resistir la violación.

8. Discriminación (Artículo 281)

Con respecto a la formulación realizada sobre el delito de discriminación (artículo 281), el IDEHPUCP manifiesta lo siguiente:

- Se saluda que el actual proyecto de ley establezca claramente qué se entiende por discriminación y tipifique más adecuadamente el delito.
- Se reconoce que, de acuerdo a los tratados internacionales ratificados por el Perú, es necesario que se realice persecución penal de los actos de discriminación.¹⁸ No obstante, es

¹⁸ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. En vigor para el Perú desde 1971.

Artículo 4

Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan

necesario aclarar que tal persecución solo es requerida en los casos de la difusión de ideas racistas y la comisión de actos de violencia motivados por odio. En tal sentido, hacer punible todo acto de discriminación podría llevar a una utilización excesiva de un Derecho Penal que debería ser última ratio. Ello no significa no reconocer que la discriminación es un acto execrable que debe ser combatido a todo nivel, sino más bien reconocer que individualizar la pena para ciertas personas que simplemente replican ideas construidas socialmente puede terminar siendo contraproducente. En este último sentido, es preciso recordar que los actos de discriminación pueden ser combatidos en otras instancias como INDECOPI y no a través de la acción penal.

- Resulta positivo la inclusión de los motivos prohibidos "orientación sexual" e "identidad de género", resaltándose la autonomía de ambos términos. No obstante, causa extrañeza que el catálogo de motivos prohibidos no incluya los supuestos considerados en el actual artículo 323 del Código Penal. En ese sentido, se lamenta la falta de inclusión de: discapacidad, factor genético, identidad étnica y cultural y edad.

En relación con el motivo prohibido "discapacidad", la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, que en sus artículos 2 y 1.2.a, respectivamente, definen a la discriminación por motivo de discapacidad. De igual manera, la Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley 29973 establece la prohibición de cometer discriminación por discapacidad.

En relación con el motivo prohibido "edad", La discriminación por edad ha sido establecida en reiterada jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, que señaló que si bien la edad en sí misma no se menciona entre los motivos de discriminación prohibida en el artículo 26, si la distinción relacionada con la edad no se basaba en criterios razonables y objetivos, podía constituir una discriminación por motivos de "cualquier otra condición social".¹⁹ En la práctica, las diferencias por motivo de edad pueden generar, cuando son arbitrarias e injustificadas, situaciones de discriminación principalmente respecto de dos grupos: los niños²⁰ y los adultos mayores.

Respecto de los niños, el artículo 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece la prohibición de proveer un trato discriminatorio. Dicha disposición constituye uno

justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

a) Declararán 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, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;

¹⁹ Comité de Derechos Humanos. Rubén Santiago Hinostroza Solís vs. Perú, Comunicación 1016/2001. Dictamen de 27 de marzo de 2006, párrafo 6.3; John K. Love y otros vs. Australia. Comunicación 983/2001. Dictamen de 25 de marzo de 2003, párrafo 8.2.

²⁰ De acuerdo con el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

de los cuatro principios de la Convención sobre Derechos del Niño. Asimismo, el Comité de Derechos del Niño ha señalado que la lucha contra la discriminación puede exigir que se modifique la legislación, que se introduzcan cambios en la administración, que se modifique la asignación de recursos y que se adopten medidas educativas para hacer que cambien las actitudes.²¹

Por su parte, la CortelDH ha establecido que si bien dadas las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es *per se* discriminatorio; los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquella.²²

- La propuesta de artículo 281 no recoge el motivo prohibido "filiación", pero incluye el de "nacimiento". Al respecto el IDEHPUCP considera apropiado dicho cambio si es que ambos términos se están tomando como equivalentes (ya que nacimiento no hace referencia a origen étnico). Ello en la medida que el motivo prohibido "nacimiento" se encuentra expresamente enunciado en el artículo 2.1 del PIDCP y 1.1 de la CADH, y de acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dicho motivo se encuentra vinculado a la filiación. Así, ha establecido que *"la discriminación por motivos de nacimiento está prohibida y el artículo 10.3 del Pacto dispone expresamente, por ejemplo, que se deben adoptar medidas especiales en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación"*. En este sentido, no deberá darse un trato distinto a quienes nazcan fuera de matrimonio, tengan padres apátridas o sean adoptados, ni tampoco a sus familias. El nacimiento como motivo prohibido de discriminación también incluye la ascendencia, especialmente sobre la base de la casta o sistemas similares de condición heredada.²³
- En relación con la ausencia del motivo "indumentaria" el IDEHPUCP es la de opinión que dicho motivo no revise un carácter autónomo, sino resulta una manifestación de los motivos "origen nacional", "posición económica" o "identidad étnica y cultural", por lo que considera adecuado no recogerlo en la propuesta de artículo 281.
- Por otro lado, el IDEHPUCP desea resaltar que los motivos "condición económica" (previsto en el actual artículo 323) y "posición económica" (previsto en la propuesta de artículo 281) no resulta idénticos. De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales existen tres motivos prohibidos relacionados: el "origen social", la "posición económica" y la "situación económica y social". Aunque no los distingue de manera clara es posible identificar algunos criterios diferenciadores. El origen social estaría referido a "la condición social que hereda una persona".²⁴ La posición económica (expresamente prohibida) es un concepto amplio que incluye los bienes raíces (por ejemplo, la propiedad o

²¹ Comité de Derechos del Niño. Observación General 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada el 27 de noviembre de 2003, párrafo 12.

²² Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02., párrafo 55.

²³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrafo 23.

²⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 20. Op. Cit., párrafo 24.

tenencia de tierras) y los bienes personales (por ejemplo, la propiedad intelectual, los bienes muebles o la renta) o la carencia de ellos.²⁵ Finalmente, la situación económica y social, es un motivo incorporado por la cláusula abierta de “otra índole”, y estaría dada por la pertenencia a un determinado grupo económico o social, o a un determinado estrato de la sociedad (por ejemplo, la pertenencia a un sindicato, o el vivir en situación de pobreza), que pueden llevar aparejados discriminación, estigmatización y estereotipos negativos generalizados.²⁶

En relación con la posición económica, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que algunos de los derechos recogidos en el PIDESC, como el acceso a servicios de abastecimiento de agua o la protección contra el desahucio, no deben depender de la situación en que se encuentre una persona en cuanto a la tenencia de la tierra, como el hecho de vivir en un asentamiento informal.²⁷

En relación con la posición económica, el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado en el caso de Erlingur Sveinn Haraldsson y Örn Snaever vs. Islandia. En dicho caso los autores consideraban haber sido objeto de discriminación por la existencia de un sistema de cupos para la pesca. De acuerdo con este sistema, los cupos se habían repartido a aquellos grupos de pescadores que hubieran pescado entre el 1 de noviembre de 1980 y el 31 de octubre de 1983. Dado que los peticionarios no pertenecían a dicho grupo, la única posibilidad para que pudieran pescar era arrendar los cupos a los pescadores del primer grupo, a precios exorbitantes. Los peticionarios solicitaron, de conformidad con los principios de la libertad de ocupación y la igualdad, la oportunidad de ejercer la profesión de su elección sin tener que superar obstáculos establecidos de antemano y que constituyen privilegios para otras personas.

Motivos prohibidos en la actualidad	Motivos prohibidos en el proyecto
- Raza	- Raza
- Religión	- Color
- Sexo	- Sexo
- <u>Factor genético</u>	- <u>Orientación sexual</u>
- <u>Filiación</u>	- Identidad de género
- <u>Edad</u>	- Idioma
- <u>Discapacidad</u>	- Religión
- Idioma	- Opiniones políticas o de cualquier otra índole
- <u>Identidad étnica y cultural</u>	- Origen nacional o social
- <u>Indumentaria</u>	- Posición económica
- Opinión política o de cualquier índole	- Nacimiento
- Condición económica	- Cualquier otra condición social

- Se recomienda que las sanciones no incluyan únicamente pena privativa de libertad y labor comunitaria sino que también se realicen cursos de sensibilización que permitan que la sociedad internalice la necesidad de cambiar ciertas prácticas. Al respecto, se puede tomar como ejemplo lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-691/12

²⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 20. Op. Cit., párrafo 25

²⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 20. Op. Cit., párrafo 35

²⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Observación General N° 20. Op. Cit., párrafo 25.

del año 2012. En tal sentencia se ordena a una Universidad realizar un acto de reconocimiento a los aportes culturales de la comunidad afrodescendiente en Colombia y generar mecanismos que permitan combatir la discriminación.

9. Parte Especial de los Delitos contra la Administración Pública (Libro II, Sección XXIII)

Respecto de los delitos contra la Administración Pública y en específico sobre los delitos de corrupción (donde el beneficio personal del funcionario o del particular interesado es el que prima en desmedro del bien o interés común), en el dictamen del Nuevo Código Penal, no existen cambios sustanciales, no en cuanto a las conductas cuya prohibición penal es indispensable. Sin embargo, de los cambios realizados, el IDEHPUCP considera es importante resaltar alguno de ellos:

- i. El legislador penal utiliza la expresión “es reprimido” cuando hace referencia a la pena aplicable a determinado delito. El antiguo fraseo estaba en tiempo futuro “será reprimido”. La intención, aunque simbólica, tiene que ver con la visión de una justicia implacable cuando de corrupción se trata.
- ii. Aunque la parte general del Código Penal prevé la sanción de inhabilitación para todos los delitos de corrupción cometidos por funcionarios o servidores públicos, en el Dictamen que se comenta, el legislador hace mención expresa de dicha medida en la redacción de cada uno de los tipos penales de corrupción, salvo en el delito de peculado imprudente. La incorporación explícita de la pena de inhabilitación, que podría entenderse como redundante tomando en cuenta la parte general del código, es una forma de uniformizar a interpretación judicial sobre la materia, pues hoy en día y en algunas ocasiones los jueces no imponen la sanción de inhabilitación simplemente porque el tipo penal no lo prevé.
- iii. El marco de pena aplicable de algunos delitos de corrupción ha sido ligeramente incrementado, por ejemplo en el delito de colusión simple la pena actual es no menor de 3 ni mayor de 6 años, y en la nueva redacción el mismo delito se sanciona con no menos de 4 ni más de 8 años de pena privativa de libertad. La preocupación por el incremento de las penas tiene dos grandes razones de ser: 1) la realidad criminal a lo largo del tiempo y la gestión penitenciaria han demostrado que la actividad delictiva no se reduce cuando las penas son agravadas; y 2) es una tendencia mundial de la actual política-criminal el incrementar las penas a pesar de que se trata del mismo comportamiento prohibido. De ambas razones, la segunda resulta ser más alarmante, pues muestra la ineficiencia del Estado para crear mecanismos alternos de control o prevención de la corrupción, y ante ello, recurre al Derecho penal despojándolo de su carácter de *última ratio*, y utilizando su capacidad de represión sin mayor necesidad que el mensaje simbólico de lucha contra el crimen.
- iv. La nueva redacción del código penal faculta al juez a eximir de pena al culpable del delito de peculado, cuando el monto de lo apropiado o sustraído sea menor a una unidad impositiva tributaria. Sin embargo, el legislador trata de dejar en claro que la eximente no se aplica a todos los autores del delito, pues los funcionarios públicos de más alta jerarquía no podrán beneficiarse con esta medida. De otro lado, aun cuando la pena privativa de libertad no sea aplicable, la obligación de reparación civil será plenamente ejecutable.

Una medida de este tipo se sustenta en criterios de economía procesal, pues según se dice, activar o poner en funcionamiento a todo el aparato de justicia por unos pocos soles no resulta razonable. No obstante su amplia aprobación, este argumento encierra una seria contradicción, pues si resulta desproporcional distraer la atención del Estado cuando el crimen es de poca monta, cabe la pregunta de por qué se tipifican este tipo de conductas. Pues la norma del nuevo artículo 571 habla de una persona declarada culpable en un proceso penal a la cual se le podrá eximir de pena. Dicho de otra forma, ¿no es peor acaso poner a funcionar al aparato de justicia, para luego eximir de la sanción al culpable? Nótese que aquí no se trata de una pena suspendida (aquella que no se ejecuta dentro de un establecimiento penitenciario, pero que puede activarse en cualquier momento), aquí estamos frente a la inexistencia de pena aplicable.

El legislador deja abierta la posibilidad de que el juez decida imponer la pena aun cuando el monto apropiado no sobrepase la unidad impositiva tributaria, pues se entiende que en algún caso, los hechos ameritarán actuar en ese sentido. Pero, ¿en qué casos podría ocurrir ello?, si existen criterios materiales que sancionan el delito de peculado sin tomar en cuenta el monto utilizado o apropiado, como por ejemplo cuando se trate de caudales o efectos destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. Con lo cual, todos los casos de peculado por debajo de una unidad impositiva tributaria que no versen sobre programas asistenciales tendrán la misma naturaleza, y si existe alguna forma de distinguirlos será por cuestiones subjetivas, con lo cual volveríamos al “derecho penal de autor”.

- v. Finalmente, y en orden de importancia de los cambios no sustanciales del Dictamen, el artículo 588 del nuevo código penal regula el llamado “tráfico de influencias activo”, para hacer expresa mención que la conducta del particular o del funcionario que “compra” las influencias también está reprimida penalmente. Este nuevo tipo penal puede sustentarse en los distintos puntos de vista de algunos operadores de justicia respecto de si el actual artículo 400 del código penal sanciona o no al particular interesado en el delito de tráfico de influencias. Sin embargo, mediante una interpretación teleológica del tipo penal no debería costarnos mucho concluir que si el Estado intenta evitar que las personas hagan mal uso de sus influencias, no basta reprimir a quien las ofrece, sino que es necesario sancionar, además, a quien las solicita o compra. Por lo demás, en términos gramaticales y semánticos, la redacción del artículo 588 no es la más clara ni adecuada.

10. Parte especial de los delitos contra los derechos humanos perpetrados en tiempos de paz o de conflictos armados (Libro II, Sección I)

Los diversos crímenes internacionales están recogidos en la Sección I de la Parte Especial del Proyecto, bajo el título “Delitos contra los derechos humanos perpetrados en tiempos de paz o de conflictos armados”. Un primer punto que el IDEHPUCP considera positivo es el hecho de que se tipifican por separado los “Delitos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (Título II) y los “Delitos de lesa humanidad” (Título III). Esta separación va en concordancia con la separación existente en el Derecho Penal Internacional entre los crímenes internacionales como la tortura, la desaparición forzada y los tratos o penas crueles e inhumanos que constituyen crímenes per se, y los actos que constituyen crímenes de lesa humanidad cuando se cumple con los requisitos de sistematicidad y generalidad. Sobre este punto, vale la pena destacar también que el proyecto

(artículo 152) recoge de manera adecuada los elementos de los crímenes de lesa humanidad según el Estatuto de Roma (artículo 7).

En relación a los crímenes de guerra, el IDEHPUCP considera positivo que se regule de la misma forma los crímenes de guerra que se pueden cometer en el contexto de un conflicto armado internacional y en el contexto de un conflicto armado no internacional. Aunque la regulación del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional tiende a esta homogenización, aún hace distinciones. En relación a tipos concretos, el proyecto adopta un estándar de protección más alto que el Estatuto de Roma para algunas disposiciones. Por ejemplo, el artículo 182 tipifica el delito de daño al medio ambiente. Los supuestos de hecho del tipo son más amplios que los recogidos en el Estatuto de la CPI. Mientras que dicho instrumento internacional exige que los daños sean graves, extensos y duraderos, además de manifiestamente desproporcionados respecto a la ventaja militar concreta y directa que se prevea, el proyecto sólo exige que sea un daño al medio ambiente grave, extenso o duradero. Por otro lado, el artículo 184.2 del Proyecto tipifica expresamente el uso de armadas nucleares, hecho que no existe en ningún instrumento internacional (de manera expresa).

Finalmente, cabe destacar la adopción del estándar más alto de protección respecto a la prohibición de reclutamiento de menores. Mientras que el Estatuto de Roma establece como crimen el alistamiento o reclutamiento de menores de 15 años de edad, el artículo 171.6 del proyecto recoge el estándar más protector en base a los 18 años de edad establecido por el Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño.