

Proyecto de Ley N° 1155/2021-PE



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

Lima, 17 de enero de 2022

OFICIO N° 014 -2022 -PR

Señora
MARÍA DEL CARMEN ALVA PRIETO
Presidenta del Congreso de la República
Congreso de la República
Presente. -

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, a fin de someter a consideración del Congreso de la República, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, el Proyecto de Ley que sanciona la discriminación en el ingreso, uso y disfrute de playas y otros bienes de dominio público.

Sin otro particular, hacemos propicia la oportunidad para renovarle los sentimientos de nuestra consideración.

Atentamente,


JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES
Presidente de la República


MIRTHA ESTHER VÁSQUEZ CHUQUILÍN
Presidenta del Consejo de Ministros



Proyecto de Ley

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Ha dado la ley siguiente:

LEY QUE SANCIONA LA DISCRIMINACIÓN EN EL INGRESO, USO Y DISFRUTE DE PLAYAS Y OTROS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO



Artículo 1. Objeto de la ley

La presente Ley tiene por objeto modificar el artículo 323 del Código Penal, a fin de incluir como agravante del delito de discriminación e incitación a la discriminación, la siguiente circunstancia: cuando se impide el ingreso, uso y disfrute de playas y otros bienes de dominio público.

Artículo 2. Modificación del artículo 323 del Código Penal

Modifícase el artículo 323 del Código Penal, el cual queda redactado en los siguientes términos:

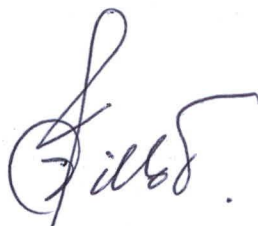
"Artículo 323.- Discriminación e incitación a la discriminación

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

Si el agente actúa en su calidad de servidor civil, o se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental, a través de internet u otro medio análogo, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36.

Si el hecho se realiza para impedir el ingreso, uso y disfrute de playas y otros bienes de dominio público la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cinco años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36".

En Lima, a los



.....
JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES
Presidente de la República



.....
MIRTHA ESTHER VÁSQUEZ CHUQUILÍN
Presidenta del Consejo de Ministros





CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, **21** de **enero** del **2022**

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición **N° 1155/2021-PE** para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de:

1.- JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

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

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. ANÁLISIS DE LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD

La Defensoría del Pueblo ha resaltado la importancia de espacios públicos o de espacios abiertos al público, donde las personas puedan ejercer sus derechos, y desarrollarse libremente, sin discriminación de ningún tipo.¹ Así, la Defensoría hace especial énfasis en los casos de las playas², discotecas³, estadios⁴, centros de salud⁵, etc.

En el caso de las playas, debe recordarse que el artículo 1 de la Ley N° 26856, Ley que declara que las playas del litoral son bienes de uso público, inalienables e imprescriptibles y establecen zona de dominio restringido⁶, establece expresamente que *"Las playas del litoral de la República son bienes de uso Público, inalienables e imprescriptibles. (...) El ingreso y uso de las playas es libre (...)".*

En la misma línea, el carácter de bienes públicos de las playas del litoral, así como su libre ingreso y uso, ha sido reconocido en el artículo 3 del Reglamento de la citada Ley N° 26856 (aprobado por Decreto Supremo N° 050-2006-EF⁷). Más aun, respecto de aquellas habilitaciones cercanas a zonas de playas protegidas que se proyecten y ejecuten con posterioridad al 8 de septiembre de 1997 (fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 26856), el segundo párrafo del artículo 27 de dicho Reglamento señala que *"Las Municipalidades Distritales y, en su caso, las Provinciales, tendrán la obligación de garantizar a la población el ingreso y uso libre de las zonas de playa que pertenezcan a su respectiva jurisdicción"*; siendo en tales casos, el artículo 29 del referido Reglamento prevé que *"Cualquier persona, natural o jurídica, podrá interponer ante la Municipalidad Distrital o, en su caso, Provincial, a cuya jurisdicción pertenezca la zona de playa protegida, denuncia por la contravención de lo establecido en la Ley (...) Para la tramitación de dichas denuncias serán las Municipalidades Provinciales o Distritales las encargadas de regular dicho procedimiento."*

En consecuencia, y en concordancia con lo sostenido por la Defensoría del Pueblo⁸, resulta inobjetable que las playas son bienes de uso público, siendo su ingreso y uso libre para todas las personas, según la Ley N° 26856 y su Reglamento. Por ello, no se puede restringir o limitar el ingreso de las personas a las playas debido a la condición socio-económica, color de la piel, origen o procedencia, o cualquier otro motivo discriminatorio. Si ello ocurriese, la Municipalidad Distrital o Provincial tiene la obligación de garantizar a la población el ingreso libre a las playas de su jurisdicción, siendo de aplicación, de ser el caso, la capacidad sancionadora de la Municipalidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 46 y siguientes de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, máxime si dicha Municipalidad contase con una ordenanza contra la discriminación⁹.

¹ Vid., <https://www.defensoria.gob.pe/nodiscrimines/> (Revisado con fecha: 20.12.21).

² Vid., <https://www.defensoria.gob.pe/nodiscrimines/playa.html> (Revisado con fecha: 20.12.21).

³ Vid., <https://www.defensoria.gob.pe/nodiscrimines/discoteca.html> (Revisado con fecha: 20.12.21).

⁴ Vid., <https://www.defensoria.gob.pe/nodiscrimines/estadio.html> (Revisado con fecha: 20.12.21).

⁵ Vid., <https://www.defensoria.gob.pe/nodiscrimines/centro-de-salud.html> (Revisado con fecha: 20.12.21).

⁶ Ley N° 26856, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" con fecha: 8 de septiembre de 1997.

⁷ Reglamento de la Ley N° 26856. Fecha de Publicación: 26 de abril de 2006.

⁸ Vid., <https://www.defensoria.gob.pe/nodiscrimines/playa.html> (Revisado con fecha: 20.12.21).

⁹ Supra nota 4: "A nivel nacional existen cerca de 90 ordenanzas contra la discriminación". Para ver las ordenanzas de este tipo, ver: https://alertacontraelracismo.pe/normas?term_node_tid_depth=All&page=5 (Revisado con fecha: 20.12.21).



Aunado a lo anterior, en el caso de Lima Metropolitana, además de las múltiples ordenanzas a nivel distrital, cabe resaltar la Ordenanza N° 2160, "Ordenanza que promueve el respeto a la igualdad, previene, prohíbe y sanciona toda manifestación de prácticas o actos discriminatorios en Lima Metropolitana".¹⁰

Igualmente, es menester enfatizar que la discriminación -en sus diversas manifestaciones-, constituye en la actualidad un delito tipificado en el artículo 323 del Código Penal¹¹. Por lo tanto, más allá de las posibles sanciones administrativas, impedir el ingreso y uso de bienes de dominio público, y el ingreso y atención adecuada en los establecimientos abiertos al público, da lugar a responsabilidades penales por la comisión del referido delito de discriminación.

Por lo expuesto, actualmente el marco jurídico vigente permite sancionar a aquellas personas que prohíben el ingreso y uso de bienes de dominio público, y el ingreso y atención en los establecimientos abiertos al público, en ambos casos por razones discriminatorias, bien a nivel administrativo por la Municipalidades -bajo determinados supuestos, como que tal conducta esté tipificada como infracción¹², o bien a nivel penal por la comisión del delito de discriminación (CP. artículo 323).

Sin embargo, y en concordancia con los fundamentos señalados *supra*, dada la constante preocupación de la Defensoría del Pueblo en lo que respecta al acceso sin discriminación de las personas a espacios públicos o bienes de dominio público, como las playas¹³, y tomando nota de la preocupación formulada por las ordenanzas en



M. Larrea S.

¹⁰ Ordenanza N° 2160 "Ordenanza que promueve el respeto a la igualdad, previene, prohíbe y sanciona toda manifestación de prácticas o actos discriminatorios en Lima Metropolitana". Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" con fecha: 4 de mayo de 2019.

¹¹ Vid., Código penal:

"Artículo 323.- Discriminación e incitación a la discriminación"

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

Si el agente actúa en su calidad de servidor civil, o se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental, a través de internet u otro medio análogo, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36."

¹² Vid. T.U.O. de la Ley N° 27444, Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

"4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda. En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras." (Subrayado agregado).

¹³ Además de las referencias citadas, ver: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Noticia de fecha 22.02.20: "Ordenanzas contra discriminación no son adecuadamente difundidas en playas del sur de Lima". Disponible en: <https://www.defensoria.gob.pe/ordenanzas-contra-discriminacion-no-son-adecuadamente-difundidas-en-playas-del-sur-de-lima/>; Noticia de fecha: 11.02.15: "Defensoría del Pueblo advierte incumplimiento de obligaciones vinculadas con la protección de espacios públicos y el cobro de

materia de lucha contra la discriminación, como la citada Ordenanza N° 2160 de Lima Metropolitana, se considera necesario incluir como agravantes del vigente ilícito de discriminación un escenario concreto: cuando se impide el libre ingreso, uso y disfrute de bienes de dominio público

Si bien se ha expuesto que la legislación administrativa y municipal configura este tipo de infracciones y sanciones administrativas, no es menos cierto que la historia reciente en nuestro país, alrededor de los balnearios y playas del litoral, nos demuestran que estas prácticas discriminatorias son cotidianas y que el Estado no ha hecho lo suficiente por combatirlas. Los informes de la Defensoría del Pueblo dan cuenta de ello.

Aunque podría argumentarse inclusive que el tipo penal base del delito de discriminación previsto en el primer párrafo del artículo 323 del Código Penal¹⁴, sería abarcativo de este tipo de conductas; sin embargo, lo cierto es que, si se toma en cuenta los bienes jurídicos protegidos en la formulación de un delito de esta naturaleza, se debe concluir que una acción de este tipo es altamente reprochable, porque las circunstancias con las que se configura este delito aumenta la responsabilidad penal de los agentes. Siendo así merece una tipificación explícita como un agravante del delito en mención (artículo 323 del Código Penal, segundo párrafo).

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

Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. En principio debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, se está frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable¹⁵.

Por ello, cabe precisar que restringir el ingreso a playas no configura delito de discriminación cuando ésta se funda en razones de salud pública o seguridad nacional, pues en tales casos existen razones objetivas y razonables que hacen que la exclusión no configure un trato discriminatorio. Enfatizamos que la configuración del agravante propuesto requiere siempre la comisión de un acto de discriminación (tipo base), no basta para su configuración el solo impedimento de ingresar a las playas u otros bienes

estacionamiento vehicular en playas". Disponible en: <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-advierte-incumplimiento-de-obligaciones-vinculadas-con-la-proteccion-de-espacios-publicos-y-el-cobro-de-estacionamiento-vehicular-en-playas/>; Noticia de fecha: 31.01.15: "Defensoría del Pueblo pide a Municipalidad de Ancón fortalecer labores de fiscalización y control que permitan el libre acceso a las playas". Disponible en: <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-pide-a-municipalidad-de-ancón-fortalecer-labores-de-fiscalización-y-control-que-permitan-el-libre-acceso-a-las-playas/> (Revisado con fecha: 20.12.21).

¹⁴ En 2000 se promulgó la Ley 27270, que introdujo al CP el delito de discriminación (Artículo 323°), sancionándolo con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación.

¹⁵ Sentencias recaídas en los expedientes números 02974-2010-PA/TC; f.j. 7 y 8; y, 02835-2010-PA/TC; f.j. 41



de dominio público. Así, por ejemplo, cuando esa playa no está apta para el ingreso de personas por su alto nivel de contaminación, o por otras razones de salud pública como las relacionadas a la pandemia del COVID-19 no se configura el delito. En consecuencia, el acto de distinción, exclusión, restricción limita derechos fundamentales en base a fundamentos objetivos y razonables.

Por el contrario, este no sería el caso del agravante propuesto. La realidad demuestra que el impedimento de ingreso a bienes de dominio público como las playas se encontraría basado en la práctica cotidiana en criterios económicos, sociales o étnicos, por lo que nos encontraríamos abiertamente ante un trato discriminatorio. Adicionalmente, esta norma permitiría evitar el abuso del derecho y sancionar aquellas conductas que, en circunstancias en donde utilizando la figura de supuestas diferenciaciones basadas en seguridad nacional u otras similares, se encubran acciones y prácticas discriminatorias.

Por otra parte, cabe resaltar porqué se configura un agravante en estas circunstancias. La situación es especialmente gravosa porque en este caso la acción discriminatoria se ha realizado sobre un bien de dominio público. Es decir, en lugar de que el Estado garantice como corresponde la plena eficacia de los principios y los derechos que rigen en nuestro ordenamiento, sea en el ámbito público o en la relación entre privados - acorde a la eficacia vertical y horizontal de los derechos fundamentales-, ocurre que se aprovechan justamente de los espacios públicos, los que dependen directamente del Estado, para conculcar derechos. En lugar de ser los espacios donde por excelencia se permita el uso y disfrute de todos por igual, se convierten en el ejemplo opuesto.

Esta situación resulta pues especialmente intolerable. Que determinadas personas restrinjan o limiten espacios públicos que el Estado debe garantizar para ahí realizar prácticas sistemáticas de discriminación, resulta insostenible y una contradicción directa con la finalidad que le corresponde garantizar al Estado como es la protección de la dignidad de la persona y la defensa de sus derechos (artículo 1 de la Constitución). No estamos pues, ante el tipo base sino ante circunstancias que ameritan una especial atención y condena.

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

II. Ámbito internacional: Estándares internacionales en materia de discriminación

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

Los extractos que mencionamos a continuación son una muestra de la necesidad de incorporar en el debate y en la legislación nacional, un aspecto relevante relacionado a una situación continua y sistemática de discriminación, como es en nuestro caso particular, la situación en el ingreso a bienes de dominio público (como las playas). A continuación, las referencias señaladas:

- Deberes de respeto de los derechos humanos por parte de terceros particulares

Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.



112. La Corte ha señalado la existencia de dichos efectos de la Convención en relación con terceros en casos contenciosos, así como al haber ordenado medidas provisionales para proteger a miembros de grupos o comunidades de actos y amenazas causados por agentes estatales y por terceros particulares. En este sentido, incluso en la opinión consultiva sobre *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la Corte señaló que

[...] se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.

- Aspectos generales del principio de igualdad y no discriminación

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214

268. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención, es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.¹⁶

Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18

83. La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados [...], al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que “[e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio”.

- Discriminación por posición económica

¹⁶ En el mismo sentido: Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 78; Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 224; Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 204; Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 239; Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 335.



Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351

288. Este Tribunal reconoce que la falta de recursos puede tener un impacto en la crianza de niñas y niños, sobre todo cuando ello compromete la satisfacción de sus necesidades más básicas como la alimentación y la salud. Sin embargo, la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión que suponga la separación del niño con respecto a su familia. El interés superior del niño, así como los derechos de los niños a preservar sus relaciones familiares y a no ser objeto de interferencias arbitrarias en las mismas, exige que la posición económica de una familia solo pueda ser utilizada para la separación de la niña o niño de su familia cuando además se invoca otra razón de más peso que por sí misma justificaría esa medida.

290. Por tanto, la Corte considera que el Estado no ha ofrecido una justificación adecuada ni medianamente fundamentada de la utilización de la posición económica de la familia en su decisión de separar a los hermanos Ramírez de su familia biológica, teniendo en cuenta el contexto de adopciones irregulares en la época de los hechos, en el cual la pobreza de las familias guatemaltecas influía en varias etapas de la separación de niñas y niños de su familia, y que en este caso concreto la posición económica de distintos miembros de la familia fue un motivo predominante para justificar la separación, negativa de entrega o devolución de los niños. En consecuencia, esta Corte concluye que estas decisiones discriminaron a la familia Ramírez por su posición económica.

- Discriminación a comunidades indígenas

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125

51. Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con el artículo 24 (Igualdad ante la Ley) y numeral 1.1 del artículo 1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que, para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado.

63. En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.¹⁷

- Discriminación a personas en situación de discapacidad. Obligaciones reforzadas del estado

¹⁷ En el mismo sentido: Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 264.



M. Larrea S.

Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246

133. Al respecto, la Corte observa que en las mencionadas Convenciones se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas.¹⁸

Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298

238. En este sentido, el convivir con el VIH no es per se una situación de discapacidad. Sin embargo, en algunas circunstancias, las barreras actitudinales que enfrente una persona por convivir con el VIH genera que las circunstancias de su entorno le coloquen en una situación de discapacidad. En otras palabras, la situación médica de vivir con VIH puede, potencialmente, ser generadora de discapacidad por las barreras actitudinales y sociales. Así pues, la determinación de si alguien puede considerarse una persona con discapacidad depende de su relación con el entorno y no responde únicamente a una lista de diagnósticos. Por tanto, en algunas situaciones, las personas viviendo con VIH/SIDA pueden ser consideradas personas con discapacidad bajo la conceptualización de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

- Deber reforzado de protección de personas que se encuentren en situación de discriminación

Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18

104. Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.¹⁹

¹⁸ En el mismo sentido: Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 290; Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párr. 207.

¹⁹ En el mismo sentido: Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 271; Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 236; Caso Atala Riffó y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 80; Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 206; Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 201; Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 336; Caso de personas dominicanas y



105. En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.

III. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

Igualmente, en cuanto al análisis cualitativo o cuantitativo de los beneficios y costos, es menester resaltar que, en concordancia con la vigente Guía de Técnica Legislativa para la elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo, los costos y beneficios del presente proyecto no son pasibles de valorización económica, debido a que no existen métodos comúnmente aceptados que permitan expresarlos en unidades monetarias, por lo que corresponde realizar una aproximación analítica²⁰.

Así, no se observa que el proyecto genere costos -entendidos como la pérdida de eficiencia social, abstracta o concreta, por la implementación o no de las medidas propuestas-²¹, siendo importante resaltar que la aprobación de la presente norma no genera gasto adicional para el Estado, en la medida que su implementación se financia con cargo a los presupuestos institucionales de cada entidad involucrada, sin demandar recursos adicionales al tesoro público.

Por el contrario, entre los beneficios de la presente norma podemos destacar, el perfeccionar el marco jurídico penal en materia de discriminación, al incorporar agravantes en el artículo 23 del Código Penal, que han sido objeto de constante preocupación por parte de la Defensoría del Pueblo, o cuyos supuestos de hecho han sido plasmados, *mutatis mutandis*.

IV. ANÁLISIS DE IMPACTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

En cumplimiento del artículo 4 del Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, se precisa que esta propuesta normativa modifica el artículo 323 del Código Penal ("*Discriminación e incitación a la discriminación*"), aprobado por Decreto Legislativo N° 635, incorporando en su segundo párrafo, como agravantes, la siguiente conducta: si se impide el libre ingreso, uso y disfrute de bienes de dominio público.



haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 263.

²⁰ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2018) Guía de Técnica Legislativa para la elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo. Cuarta Edición. Aprobada por Resolución Directoral N° 002-2018-JUS/DGDNCR, pág. 61.

²¹ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2018) Guía de Técnica Legislativa para la elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo. Cuarta Edición. Aprobada por Resolución Directoral N° 002-2018-JUS/DGDNCR, pág. 60.