



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

ANÁLISIS DEL DELITO DE FEMINICIDIO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO CON RELACIÓN AL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN Y LA PREVENCIÓN GENERAL COMO FIN DE LA PENA

Maria Carnero-Farías

Piura, septiembre de 2017

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho

Carnero, M. (2017). *Análisis del delito de feminicidio en el Código Penal Peruano con relación al principio de mínima intervención y la prevención general como fin de la pena* (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

MARIA DAYANA PRISCILLA CARNERO FARIÁS

**ANÁLISIS DEL DELITO DE FEMINICIDIO EN EL CÓDIGO
PENAL PERUANO CON RELACIÓN AL PRINCIPIO DE MÍNIMA
INTERVENCIÓN Y LA PREVENCIÓN GENERAL COMO FIN DE
LA PENA**



**UNIVERSIDAD DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO**

Tesis para optar el Título de Abogado.

2017

APROBACIÓN

Tesis titulada *“Análisis del delito de feminicidio en el Código Penal Peruano con relación al principio de mínima intervención y la prevención general como fin de la pena”*, presentada por la bachiller María Dayana Priscilla Carnero Farías en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora Dra. Mercedes Herrera Guerrero.

Directora de Tesis

DEDICATORIA

Agradezco a Dios su infinito amor, y por haberme otorgado una familia maravillosa que ha creído en mí desde siempre, siendo mi ejemplo de superación, humildad y sacrificio.

A mis padres, Germán y María que con su amor y apoyo incondicional me han impulsado a cumplir mis metas y ser la profesional que soy ahora.

A mi hermano Daniel, por sus ánimos y complicidad, y por ser mi motivación para ser mejor cada día.

INDICE

Introducción	1
Capítulo I: Consideraciones político criminales del Derecho Penal	5
1. El Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho	5
2. El Derecho Penal como instrumento de control social	8
3. El Derecho Penal y la Política Criminal	10
3.1 Definición de la Política Criminal	11
3.2 Límites de la facultad punitiva del Estado: Los principios político-criminales	13
3.2.1 Principios Político-criminales.....	16
A. Principio de lesividad: exclusiva protección de bienes jurídicos.....	16
B. Principio de legalidad.....	19
C. Principio de culpabilidad.....	22
D. Principio de proporcionalidad	24
E. Principio de última ratio o mínima intervención del Derecho Penal	26
E.1 Sub principio de subsidiariedad.....	27
E.2 Sub principio de fragmentariedad.....	28
E.3 El Derecho Penal Moderno y la expansión del Derecho Penal	29

Capítulo II: La Teoría de Prevención General en el Derecho

Penal	33
1. Fundamentación de la pena en el Derecho Penal	33
2. Las Teorías justificadoras de la Pena	35
2.1. Las Teorías Absolutas de la pena o retribucionistas.....	36
2.2. Teorías de Prevención o relativas.....	39
2.2.1. Teoría de Prevención General	40
A. Prevención general negativa	40
B. Prevención general positiva o integradora.....	43
2.2.2. Teoría de Prevención Especial	45
2.3. Teorías mixtas, de la unión o eclécticas	48
3. La función de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho.....	50
4. La función de la pena en la legislación penal peruana	52

Capítulo III: El Femicidio y su regulación en el Código Penal

Peruano	59
1. Aspectos Generales: La violencia contra la mujer por cuestión de género	59
1.1 El Derecho Internacional de Derechos Humanos y la violencia contra la mujer	61
2. El Femicidio	65
2.1 Marco conceptual del femicidio	66
2.2 Clases de femicidio.....	68
2.3 La regulación del femicidio en América Latina	69
3. El femicidio en el Perú: Una nueva legislación Penal represiva del delito.....	70
3.1 Antecedentes del Femicidio en el Derecho Peruano.....	72
3.2 El femicidio en el Código Penal	73
3.2.1 El femicidio como una modalidad del delito de parricidio: Ley N° 29819	74
3.2.1.1 Antecedentes de la Ley N° 29819.....	74
3.2.1.2. Ley N° 29819: Modificación del artículo 107° del Código Penal e incorporación de la figura del femicidio.....	78
3.2.2. El femicidio como una modalidad agravada del homicidio	83
3.2.2.1. Antecedentes de la Ley N° 30068.....	84

3.2.2.2. La Ley N° 30068: Ley que incorpora el artículo 108°-B al Código Penal y modifica los artículos 107°, 46°-B y 46°-C con la finalidad de prevenir, sancionar y erradicar el Femicidio	88
3.2.3. Descripción del tipo penal.....	92
A. Bien jurídico tutelado.....	93
B. Sujeto activo.....	95
C. Sujeto pasivo	97
D. Presupuestos materiales de imputación.....	97
D. 1. Violencia Familiar.....	98
D.2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual	100
D.3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que confiere autoridad al agente	101
D.4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.....	102
E. Circunstancias agravantes	103
E.1. Si la víctima era menor de edad o adulta mayor	103
E.2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación... ..	104
E.3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente	104
E.4. Si la víctima fue sometida previamente a la violación sexual o actos de mutilación.....	104
E.5. Si al momento de cometerse el delito la víctima padeciera cualquier tipo de discapacidad.....	105
E.6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas o cualquier tipo de explotación humana	105
E.7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108 del Código Penal que regula al asesinato.	106
E.8. Cuando se comete a sabiendas de la presencia de las hijas o hijos de la víctima o de niños, niñas o adolescentes que se encuentren bajo su cuidado.....	106
F. Tipicidad subjetiva	106
G. Antijuridicidad	108
H. Culpabilidad	109

I.	Autoría y Participación	110
J.	Consumación y Tentativa.....	112
K.	Penalidad.....	113
3.3.	Concurso de Leyes: Femicidio, parricidio y asesinato	115
3.3.1.	Concepto y principios del Concurso de Leyes	115
3.3.2.	¿Existe un concurso aparente de leyes entre el femicidio, parricidio y asesinato?	119

Capítulo IV: Análisis crítico del tipo de femicidio en relación al principio de mínima intervención y de la prevención general como fin de la pena.....	123
1. El delito de femicidio: Protección penal reforzada por el género	123
2. Fundamentos de la reforma del tipo penal: El afán ultraproteccionista del legislador peruano y su justificación jurídica en la Exposición de Motivos de la Ley N° 30068.....	125
3. Cuestionamiento de los fundamentos político-criminales: El principio de última ratio o mínima intervención y la prevención general como fin de la pena	128
3.1 El femicidio y el Principio de Mínima Intervención.....	129
3.1.1. ¿Es legítima la intervención del Derecho Penal en la Política Social del Estado para evitar y frenar los homicidios de mujeres por cuestión de género en aplicación del Principio de Mínima intervención?.....	132
a. La naturaleza fragmentaria del Derecho Penal y el principio de lesividad: indeterminación del bien jurídico.....	134
b. La naturaleza subsidiaria del Derecho Penal: ¿Cuál debe ser el grado de su intervención?.....	137
3.2 El Femicidio y la prevención general como fin de la pena	139
Conclusiones	143
Bibliografía	149
Legislación	157
Jurisprudencia.....	159
Anexos	161

ABREVIATURAS

CP	Constitución del Perú
CEDAW	Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer
EMDES	Encuesta Demográfica y de Salud Familiar
INPE	Instituto Nacional Penitenciario
MIMDES	Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PNCVFS	Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual
PNP	Policía Nacional del Perú
RAE	Real Academia Española
TUO	Texto Único Ordenado

INTRODUCCIÓN

El término “feminicidio” ha sido definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el homicidio de mujeres por razones de género, constituyendo el último eslabón de una cadena de violencia a la que es sujeta por parte del varón, quien bajo una equivocada y distorsionada concepción de la realidad cree ser superior a ésta por pertenecer al género masculino, y capaz de pisotear sus derechos y limitar las libertades que las normas constitucionales otorgan a todos los hombres sin distinción.

En otras palabras, se le identifica como un crimen de odio y menosprecio a las mujeres por el simple hecho de ser mujeres, implicando de por sí métodos crueles para su consumación que resultan aberrantes para la sociedad actual, que cansada de la ola de violencia contra la mujer exige una intervención prudente y eficaz por parte del Estado para hacerle frente y frenar su avance incontrolable, a fin de garantizar a las mujeres una vida digna y el pleno respeto de sus derechos y libertades.

En nuestro país, la violencia de género o mejor dicho el feminicidio, se ha convertido en un problema social que afecta a un alto porcentaje de mujeres, siendo que la mayoría de los casos tiene como escenario el entorno familiar y como victimario a su pareja sentimental, frente al cual el Estado Peruano, siguiendo a otros países latinoamericanos, ha optado por elegir como vía idónea para su control, reducción y erradicación al Derecho Penal incorporando al catálogo de delitos del Código Penal la figura del “feminicidio” para delimitar el homicidio de una mujer a manos del varón, en base a que la norma penal

y sobretodo la pena serían el medio ideal para hacer frente a esta violencia considerada socialmente como nociva y no deseable.

Es así, que el legislador peruano en un primer momento propone la promulgación de la Ley N° 29819 de fecha 27 de diciembre del 2011, mediante la cual reformó la estructura de nuestro tradicional delito de parricidio tipificado en el artículo 107° del Código Penal, siendo desdoblado en dos figuras delictivas: el parricidio propiamente dicho y el feminicidio, la misma que fue objeto de una serie de críticas al considerar la inclusión de esta figura como innecesaria al consistir en un simple cambio de nomenclatura con el que se pretendía identificar cierta conducta punible en agravio de la mujer, sin que ello conllevara a un agravamiento de la pena fijada para el delito de parricidio, al ser la misma para ambas figuras, de manera que no se le consideró una solución adecuada.

Y tras una serie de debates de orden social y jurídico, y por el afán ultra proteccionista del legislador, la figura del feminicidio es sometida a un cambio rotundo con la promulgación de la Ley N° 30068 de fecha 18 de julio del 2013, mediante la cual se le introduce al Código Penal como un delito autónomo y agravante del tipo base del homicidio simple, con la creación del artículo 108°-B, con el cual se aspiraba proteger a cabalidad la vida de la mujer.

Sin embargo, cabe preguntarnos si resultó pertinente la inclusión de la figura del feminicidio a la norma penal como una forma de frenar los ataques contra los derechos y libertades de las mujeres, y si necesariamente debía recurrirse a la rama del Derecho Penal para la consecución de dicho fin, la cual en virtud de los principios que limitan su intervención en la solución de conflictos sociales, constituye la última ratio o la última vía por la que un legislador prudente puede optar y guiar su política criminal, al existir otros controles de tipo social que podrían resultar útiles, o es que acaso éstos últimos se intentaron y fallaron.

Pues bien, el objetivo de este trabajo es analizar si con la tipificación del feminicidio como un nuevo delito autónomo se vulneran los principios básicos del Derecho Penal, haciendo especial referencia al principio de mínima intervención y a la función preventiva de la pena, entendida como un mal y una solución imperfecta que solo debe utilizarse cuando no haya más remedio; teniendo como punto de partida

que nuestro Código Penal ya comprende a la figura del homicidio con sus atenuantes y agravantes, que protegerían igualmente e incluso con mayor eficacia al bien jurídico que pretende dar protección el feminicidio, y que es la vida de la mujer.

Y si bien su tipificación se fundamenta en una tendencia político - criminal que insiste en atribuir al Derecho Penal efectos simbólicos, atribuyéndole una supuesta función pedagógica al considerar que con la conminación penal se transmitiría a la sociedad la prohibición de ejercer todo acto de violencia contra la mujer bajo la amenaza de recibir un severa sanción penal, el legislador olvida tener en cuenta que el merecimiento y eficacia de la pena también es un principio rector de la Política- criminal, según el cual si la pena no es útil a los fines preventivos, las restricciones a la libertad personal y otros derechos fundamentales pierden toda justificación y racionalidad, siendo esta supuesta “severa sanción penal” injusta e innecesaria, ya que la realidad nos demuestra que desde la dación de ambas leyes no se ha conseguido ningún resultado positivo, siendo aún la violencia contra la mujer, un problema sin resolver para la sociedad peruana.

CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES POLÍTICO CRIMINALES DEL DERECHO PENAL

1. El Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho

El Derecho Penal, como instrumento de represión, prevención y lucha contra la criminalidad, se entiende en dos sentidos. En primer lugar, partiendo de la definición propuesta por VON LISZT, como un conjunto de normas penales que indican los presupuestos y las consecuencias jurídicas del delito o simplemente Derecho Penal Objetivo, refiriéndonos a las conductas prohibidas que implican una cierta dañosidad social perturbadora de la vida en comunidad y a las sanciones penales que pueden imponerse al sujeto infractor de la norma, que si bien en un inicio se limitaron exclusivamente a la pena, en la actualidad se incluye a las medidas de seguridad como consecuencia jurídica del delito, dependiendo su imposición de la culpabilidad o peligrosidad que represente el hecho delictivo para la colectividad respectivamente. Y en segundo lugar, como el poder del Estado de castigar al autor del injusto o *Ius Puniendi* o Derecho Penal Subjetivo, por el cual se le atribuyen al Estado facultades para imponer y ejecutar las sanciones o mejor dicho aplicar el Derecho objetivo, sometido a una serie de principios políticos-criminales que garantizan un Derecho Penal respetuoso de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos en su tarea de protección de los bienes jurídicos fundamentales o imprescindibles para la sociedad¹.

¹ Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Euro Editores 8va ed.,

Su fundamento o legitimidad proviene del modelo de Estado fijado por la Constitución de cada nación. En el Estado Liberal, época de la Revolución francesa bajo influencia del pensamiento ilustrado del siglo XVIII, al considerar que el poder del Estado debía ser controlado y limitado, la intervención penal estatal estuvo regida por el imperio de la ley con el fin de evitar arbitrariedades y excesos por parte de los que ostentaban y ejercían el poder respetando las garantías mínimas de los ciudadanos y el principio rector de legalidad al que dio origen; seguidamente el modelo de Estado Social intervencionista legitimó la intervención penal en los casos en los que resultase necesaria para proteger a la sociedad, al representar el instrumento ideal de defensa de los valores fundamentales de la comunidad y se incluyó a las medidas de seguridad como consecuencia jurídica del delito, que llevo en algunos países a un estado totalitario en el cual la intromisión penal en la esfera privada fue excesiva y ante el incremento de la criminalidad mayor debía ser la represión penal; por último surgió el Estado Social y Democrático de Derecho, que englobaría a los dos modelos antes citados, para el cual el poder punitivo estaba al servicio del ciudadano respetando su dignidad, igualdad y participación, sometido a principios limitadores que propiciarían una protección más eficaz y menos gravosa en cuanto a la limitación de la libertad individual que implicaba la imposición de una pena².

Este último modelo fue el adoptado por el Estado Peruano en la CP de 1993 al expresar en su artículo 43° que “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana”, tomando del Estado Liberal la idea de “Estado de Derecho”, es decir, un Estado gobernado por el Derecho emanado de la voluntad general, como expresa el artículo 45° de la CP “El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”, y el papel de guardián del Estado a través de la técnica de división de poderes, del principio de legalidad y la imposición

Buenos Aires, 2009, pp. 39-48; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 69-72; ROXIN, Claus; ARZT, Günther; TIEDEMANN, Klaus. *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*. Ariel, Barcelona, 1989, pp. 20-50; ABEL SOUTO, Miguel. *Teorías de la pena y límites al Ius Puniendi desde el Estado democrático*. Dilex S.L., Madrid, 2006, p. 15; LUZON PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Universitas, Madrid, 1996, pp. 46-47.

² Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte general*. Ob. cit., pp. 69-72; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte general*. Ob.cit., pp. 93-96.

de una serie de límites que garantizan la salvaguardia de las esferas de libertad de sus ciudadanos; y del Estado Social, la idea de un Estado Intervencionista que tiene como fin tener una incidencia activa en la vida social, con la finalidad de lograr el progreso del grupo social y por consiguiente el de cada uno de sus ciudadanos³. Cabría añadir como característica propia de este modelo su orientación hacia la democracia según la cual el Estado no solo se limitaría a crear las condiciones sociales que favorezcan al ciudadano⁴, sino también garantizar que él mismo puede ejercer un control sobre ellas al gozar de libertad para oponerse cuando dirija su intervención en beneficio de ciertos grupos sociales y no de la sociedad en general⁵.

Ahora bien, en cada uno de los modelos de Estado descritos, la función de la pena y de las medidas de seguridad como los principales instrumentos de los que se sirve el poder punitivo, ha variado, delimitando así la función que cumpliría el Derecho Penal en cada uno de ellos. Mientras que en el Derecho Penal Liberal se atribuyeron dos funciones a la pena: preventiva y retributiva por el mal cometido; en el Derecho Penal Social y del Estado Social y Democrático de Derecho en cambio, se atribuyó únicamente la función preventiva limitada, conforme a la cual el Derecho Penal es el instrumento adecuado para combatir eficazmente la delincuencia seleccionando las conductas sociales más reprochables, consideradas como nocivas y no deseables por los ciudadanos, a las cuales nos referiremos desde ahora como “delitos”, que estarán contempladas dentro de un sistema normativo o leyes penales, y a las que se impondrá una sanción negativa que puede ser una pena o medida de seguridad, respetando una serie de límites que garanticen que la prevención se ejercerá en beneficio y para control de todos los ciudadanos, debiendo estar orientada con arreglo a los principios básicos del Derecho Penal consagrados en el Código Penal Peruano y en la CP de 1993⁶.

³ Vid. MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, ARIEL S.A., Barcelona, 1994, pp.29-32.

⁴ En este sentido debe entenderse el artículo 44° de la Constitución del Perú: “Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.

⁵ Vid. MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Ob. cit., p. 33.

⁶ Vid. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general:*

De esta manera, el Derecho Penal constituye un sistema de protección de la sociedad y del individuo teniendo como función primordial la protección de los bienes jurídicos y la prevención de ataques lesivos contra los mismos⁷, entendidos como bienes y valores personales o sociales imprescindibles para el individuo, para su desarrollo social y para el funcionamiento del sistema⁸, acordes al cambio social y a los progresos del conocimiento científico. Si bien a lo largo del tiempo se ha discutido su eficacia y utilidad en la tarea de evitar la comisión de delitos, es indudable que desde la sociedad más primitiva hasta la más compleja o tecnificada como la sociedad moderna, su presencia ha sido y sigue siendo necesaria, de lo contrario simplemente la convivencia sería imposible. Bajo este razonamiento se podría afirmar que toda sociedad requiere de un Derecho Penal más justo, racional y controlable al servicio de la sociedad, en el que exista un equilibrio entre su funcionalidad y la salvaguarda de la libertad y dignidad de las personas⁹.

2. El Derecho Penal como instrumento de control social

El hombre como ser social no puede vivir aislado en sí mismo y para alcanzar sus fines y satisfacer sus necesidades necesita coexistir o convivir con otras personas. Esta convivencia no es del todo pacífica, volviéndose conflictiva al entrar en contraposición los intereses privados de los individuos, surgiendo así la necesidad de regular las conductas humanas a través de normas vinculantes que impongan límites al comportamiento de los integrantes del grupo social, debiendo ser acatadas y respetadas en pro de una convivencia organizada y pacífica¹⁰.

fundamentos. Jurista Editores, Lima, 2009, p.84; MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Ob.cit., pp.37-44; MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito*. B de f, Montevideo, 2006, pp. 95-114.

⁷ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel. "Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿Dos funciones excluyentes?" en JAKOBS, Günther; POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO ORTS, Miguel. *Bien Jurídico, vigencia de la norma y daño social*. Ara Editores, Lima, 2010, p.33.

⁸ Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte general*. Civitas, Madrid, 1997, pp. 54-59; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general: fundamentos*. Ob. cit., p.130.

⁹ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Temis, Bogotá, 2004, pp. 119-132.

¹⁰ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Euro Editores, 2da

En un primer momento, el sistema de control social se basó en “normas sociales” de titularidad de la sociedad representada por la familia, la escuela, las profesiones, la opinión pública, etc., de las cuales se derivaban expectativas sociales o modelos de conducta consideradas como ideales para una convivencia armoniosa basada en el respeto de los derechos fundamentales del ciudadano, acompañadas de una sanción o un castigo que se aplicaban sobre el individuo cuando su conducta se desviaba de las expectativas del grupo, como la pérdida de prestigio social, aislamiento del grupo social, etc.; y que si bien no estaban previstos en dispositivos legales, eran eficaces en la solución de conflictos cotidianos de poca importancia.

Este orden social resultó insuficiente, y por la necesidad de una organización y regulación de las conductas humanas más precisa y eficaz, nació la “norma jurídica” que modificó y perfeccionó el sistema de control social, constituyendo su conjunto el Ordenamiento Jurídico de titularidad exclusiva del Estado. Una parte de esas normas jurídicas son las “normas jurídicas-penales” referidas a las conductas que gravemente afectan la convivencia siendo sancionadas con el medio más duro y eficaz del que dispone el aparato estatal: la pena, al implicar la privación o restricción de derechos¹¹.

Por ello, se afirma que el Derecho Penal constituye un instrumento de control social que garantiza la paz social y la vida en comunidad, a través del cual el Estado intenta encauzar los comportamientos individuales en la vida en sociedad, sirviéndose de un particular sistema normativo, en aplicación del principio de legalidad que le otorga el carácter de formal, que describe el delito o hechos considerados como intolerables para la convivencia y le asocia una sanción penal. Dicho en otras palabras, crea un sistema de expectativas o pautas de conducta al ciudadano, imponiéndole mandatos y prohibiciones en protección de los bienes jurídicos¹², con la esperanza de que se abstengan de infringir la

ed., Buenos Aires, 2003, p.41; ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos del Derecho Penal: Parte general*. Tirant lo Blanch, 3ra. ed., Valencia, 1993, pp. 28-29.

¹¹ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Ob.cit., p.43; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general: fundamentos*. Ob. cit., pp.130-132; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte general*. Ob. cit., pp. 29-33.

¹² Vid. ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos del Derecho Penal: Parte general*. Ob. cit., pp. 29-43; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho*

norma que cumpliría una doble función: protectora y motivadora, al proteger las condiciones elementales mínimas para la convivencia y para la autorrealización y desarrollo de la personalidad del individuo, y al mismo tiempo motivarlo para que se abstenga de dañarlos e infringir una norma penal con la amenaza de la imposición de una sanción penal¹³.

3. El Derecho Penal y la Política Criminal

El Derecho Penal estudia al conjunto de normas jurídicas creadas para hacer frente al fenómeno de la criminalidad a través de un conjunto de ciencias o disciplinas: la Criminología, la Dogmática jurídico-penal y la Política criminal, que constituyen los pilares o bases de la “ciencia global del Derecho Penal”¹⁴.

La criminología, como ciencia empírica, investiga el fenómeno criminal determinando sus posibles causas y sus diversas manifestaciones, la dogmática jurídico-penal se encarga del estudio de las leyes penales, que asocian al crimen como hecho una pena como consecuencia legítima, para su conocimiento por parte del grupo social, su sistematización u ordenación racional y su correcta y controlable aplicación garantizando la seguridad jurídica en los ciudadanos; y la política criminal, ciencia valorativa, que como parte de la política general del Estado establece criterios o principios empleados en la lucha contra la criminalidad, en el mantenimiento de las garantías jurídico-penales y la limitación del poder punitivo, orientando al legislador penal en el dictado de las leyes y al juez en su aplicación¹⁵.

Penal: Parte general: fundamentos. Ob. cit., p.131; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte general.* Ob.cit., pp. 31-35; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte general.* Comares, Granada, 1993, pp. 1-3.

¹³ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte general.* Ob.cit., pp. 41-45; ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema de Derecho Penal.* Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p.23.

¹⁴ Vid. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal: Parte general.* Ob. cit., pp. 48-51; GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de derecho penal- Parte general.* Grijley, Lima, 2008, p. 11.

¹⁵ Vid. ZIPF, Heins. *Introducción a la Política criminal.* Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979, p.13; ESPADA, Mario; IRISARRI, Carlos A. *Política criminal en Estado de Derecho.* Jurídicas, Buenos Aires, 1998, p.89; GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de derecho penal- Parte general.* Ob. cit., pp. 12-21; SANCHEZ OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de Política criminal.* Marcial Pons, Madrid, 2012, p.23; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte general.* Ob. cit., pp. 35-41.

Si bien son disciplinas científicas que estudian al Derecho Penal desde perspectivas distintas, no existe una separación tajante entre ellas, sino una unidad funcional que garantiza la protección eficaz de la convivencia humana en la sociedad¹⁶.

3.1 Definición de la Política Criminal

El término de Política criminal de origen liberal, puede entenderse de dos maneras: como ciencia jurídico-penal y como sector de la Política Social del Estado.

Como ciencia se encarga de regular la actividad punitiva a través de la valoración de los medios utilizados para la prevención del delito, desde el punto de vista de su eficacia y los principios rectores del Derecho Penal, proponiendo su mejoramiento e idoneidad para la erradicación o disminución de las tasas de criminalidad. Sus directrices o enunciados básicos son la concepción de persona como ser social y como responsable de su comportamiento social, la defensa de su dignidad como deber fundamental, la humanidad en la intervención penal, la subsidiariedad del Derecho, y la racionalidad y efectividad de la persecución penal¹⁷.

Y como parte de la Política Social, dispone la ordenación de la vida social elaborando estrategias y principios que deberán estar vigentes en la lucha contra el delito y que serán fundamento de las decisiones del legislador penal, y configurando la reforma del Derecho Penal vigente, mediante una crítica positiva o negativa, para mejorarlo y hacerlo más eficaz y acorde con la evolución social, más respetuoso de los derechos humanos, protector de la sociedad y de la seguridad ciudadana. Del mismo modo orienta otras medidas jurídicas no penales e incluso no jurídicas que resultasen eficaces para la protección de bienes jurídicos como la publicidad, la educación no solo moral y cívica sino también

¹⁶ Vid. ESPADA, Mario; IRISARRI, Carlos A. *Política criminal en Estado de Derecho*. Ob. cit., p. 192.

¹⁷ Vid. ZIPF, Heins. *Introducción a la Política criminal*. Ob. cit., pp.38-46; SANCHEZ OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de Política criminal*. Ob. cit., p. 93; GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de derecho penal- Parte general*. Ob.cit., pp. 22-23.

profesional, la religión, etc.¹⁸.

En relación con la Dogmática jurídico-penal y la Criminalística, la Política criminal tiene en consideración ambas al definir los mecanismos de reacción más adecuados para hacer frente al delito y para verificar la eficacia o no del sistema penal en la reducción de las cuotas de criminalidad en límites socialmente tolerables. Refiriéndonos exclusivamente a la relación Dogmática jurídico-penal y Política criminal, no es posible elaborar una correcta política-criminal sin un correcto conocimiento dogmático del derecho vigente, ni elaborar el Derecho Penal vigente sin que el legislador penal reflexione ni argumente sus decisiones político-criminalmente, ya sea en la derogación, creación o interpretación de un precepto penal, que traduzcan fielmente las valoraciones sociales para así ser aceptadas socialmente y poder motivar los comportamientos de los ciudadanos¹⁹.

De esta manera, en todo Estado Constitucional, el Derecho Penal responde a una determinada Política Criminal que dependerá de la Política general propia del Estado al que corresponde. En las últimas décadas, ambas se han visto afectadas por el neoliberalismo impuesto en Estados Unidos que modifica la concepción de las funciones del Estado y que se resume en una Política criminal expansiva y no restrictiva como resultado de la evolución técnica, económica, política y cultural, que sin tomar en cuenta los principios rectores del Derecho Penal garantista, vuelve a la pena de muerte y prolonga y endurece las condenas privativas de libertad²⁰.

¹⁸ Vid. ESPADA, Mario; IRISARRI Carlos A. *Política criminal en Estado de Derecho*. Ob.cit., pp. 51-56 y 187-192; ZIPF, Heins. *Introducción a la Política criminal*. Ob.cit., pp. 1-8; LUZON PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Ob. cit., pp.98-99; SANCHEZ OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de Política criminal*. Ob. cit., pp. 34-35.

¹⁹ Vid. ESPADA, Mario; IRISARRI Carlos A. *Política criminal en Estado de Derecho*. Ob. cit., pp.100-120 y 193-194; ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp. 223-227; ROXIN, Claus. *Introducción al Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal*. Ob. cit., pp. 118-119; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control social*. Ob. cit., p.132; ZIPF, Heins. *Introducción a la Política criminal*. Ob.cit., pp.4-9; ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. Ob. cit., pp.101-107.

²⁰ Vid. MIR PUIG, Santiago. "Constitución, Derecho penal y globalización" en GOMEZ MARTIN, Víctor. *Política criminal y reforma penal*. Euro Editores, Buenos Aires, 2007, pp. 3-9.

Esta tendencia ha influido en los sistemas penales de nuestro entorno jurídico, incluyendo el nuestro, caracterizados por una intervención más intensa del Derecho Penal que se desarrolla no en la línea de proteger los bienes jurídicos de manera eficaz con la menor restricción posible sobre la libertad individual, sino por su utilización política y mediática.

Respecto a nuestra Política-criminal, es de opinión de algunos penalistas, que aún no se encuentra consolidada sino en proceso de estructuración como consecuencia de las particularidades de nuestra sociedad, caracterizada por la pluriculturalidad, la anomia social, la crisis política, la no existencia de un sistema integrado, la falta de creación oriunda del Derecho, el factor económico, etc. El Derecho Penal, queda reducido a un uso político y mediático en función de intereses coyunturales con la única intención de calmar la opinión pública, y así mantenerla estable por un tiempo, que manipulada por los medios de comunicación tiende a presionar a la expansión del Derecho Penal, sin la debida realización de estudios sobre el impacto de dichas decisiones en la vida social²¹.

3.2 Límites de la facultad punitiva del Estado: Los principios político-criminales

El Derecho Penal en su vertiente subjetiva, se define como la facultad del Estado de imponer penas o medidas de seguridad al infractor de la norma penal por la realización de un hecho delictivo. Se le conoce también con la denominación latina de *Ius Puniendi*, entendida como el conjunto de condiciones que legitiman constitucionalmente el poder de castigar del Estado²².

²¹ Vid. ROXIN, Claus, *Derecho Penal: Parte general*. Ob. cit., pp. 54-59; LUZON PEÑA, Diego Manuel. *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho: libro homenaje a Santiago Mir Puig*. La Ley, Madrid, 2010, p.86; ROJAS HARO, Hugo Renzo; RODRIGUEZ CASTILLO, Sara Milagros. *La política criminal en el Perú: ¿Inexistencia o Ineficiencia?* Revista Gaceta Penal & Procesal Penal, Año 2013 N° 46, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, pp.325-333.

²² Vid. LUZON PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Ob. cit., pp. 77-78; GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de derecho penal- Parte general*. Ob. cit., p. 71.

El debate por su fundamento ha variado en los distintos modelos de Estado. Mientras en el Estado Liberal se redujo a la doctrina del pacto social de BECCARIA con la que se legitima la intervención penal, que supone la grave restricción de derechos, siempre que sea necesario para la protección de derechos y libertades individuales, en el Estado Social Intervencionista se convierte en un poderoso instrumento de política-criminal al concebir al Derecho Penal como el instrumento adecuado para la prevención y lucha contra el delito, siendo necesario su sometimiento a límites en respeto de las garantías individuales; y por último en el Estado Social y Democrático de Derecho se legitima en tanto sea necesario para la protección de los bienes jurídicos, debiendo estar orientado con arreglo a los principios consagrados en la Constitución y en los Códigos Penales de cada nación respecto a la actividad punitiva del Estado, respetando la dignidad humana y los derechos individuales y sociales del ciudadano y garantizando su facultad de participación en la vida social²³.

En cualquier caso, lo que fundamenta al Ius Puniendi es la necesidad del Derecho Penal en la sociedad y la función de la pena, protección de bienes jurídicos y como consecuencia la confirmación de la vigencia de la norma defraudada, que legitima su existencia y su intervención como instrumento de control del orden social en la lucha contra la criminalidad²⁴.

El Estado, como tutelar del sistema social, se constituye en el titular exclusivo del Ius Puniendi, que goza no solo de la facultad de tipificar en normas las conductas consideradas por la sociedad como las más graves e intolerables sino también de perseguir su infracción, al resultar que los intereses afectados por el delito son de carácter público, correspondiéndole al poder estatal su protección y resguardo²⁵. De este modo, como afirma GARCÍA -

²³ Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp. 103-122; LUZON PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Ob. cit., pp. 78-80; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal: Parte general: fundamentos*. Ob. cit., pp.412- 413.

²⁴ Vid. GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de derecho penal- Parte general*. Ob. cit., pp. 72-73.

²⁵ Vid. SANCHEZ OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de Política criminal*. Ob. cit., p.132;

PABLOS DE MOLINA “el Ius Puniendi es una facultad intransmisible, indelegable y no susceptible de ser compartido por una pluralidad de titulares”²⁶.

La potestad punitiva no puede ser utilizada de cualquier modo ni en cualquier medida para proteger la convivencia humana. La historia de la ciencia penal refleja que en algunos planes de lucha contra la criminalidad, el Estado olvidó la función social del Derecho Penal, cometiendo una serie de irregularidades y abusos en la creación, aplicación y ejecución de las normas penales, muchas veces a favor de los intereses privados de quienes detentaban el poder y con graves transgresiones cometidas contra los derechos fundamentales de la mayoría olvidada. Ante esta realidad, se hizo necesario limitar de manera racional la facultad punitiva del Estado, a través de la imposición de unos principios basados en el respeto de la dignidad humana y en el ideal de una paz social justa, buscando así evitar la excesiva intromisión del Derecho Penal en la esfera privada de las personas, en sus derechos fundamentales, y en concreto en su derecho de libertad individual²⁷.

El origen de estos principios limitadores del Ius Puniendi, o principios político-criminales como son conocidos hoy, se encuentra en el pensamiento ilustrado con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que contenía en su artículo 8º limitaciones al poder punitivo estatal al señalar que “la ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias” aludiendo a la proporcionalidad en la determinación de las penas, a la naturaleza de última ratio del Derecho Penal, y la exigencia de que sea la ley el instrumento jurídico que establezca las penas aplicables a los ciudadanos²⁸.

GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de derecho penal- Parte general*. Ob. cit., p.74.

²⁶ Cfr. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general: fundamentos*. Ob. cit., p.421.

²⁷ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. Cit., pp.69-72 y 105-107; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal: Parte general*. Ob. cit., pp. 6-7; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp.103-104.

²⁸ EXP. N° 0012-2006-PI/TC, de fecha 15 de diciembre de 2006, F.J. 1. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2006-AI.html>. Consultada el 26 de Noviembre de 2016.

3.2.1. Principios Político-criminales

En nuestro ordenamiento interno, los principios político-criminales se encuentran recogidos en el texto constitucional de 1993 y en el Código Penal de 1991 como exigencias referidas al *Ius Puniendi* siendo de observancia obligatoria, al condicionar el uso del Derecho Penal para hacer frente a las conductas socialmente dañosas.

A. Principio de lesividad: exclusiva protección de bienes jurídicos

El Principio de lesividad u ofensividad, regulado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal²⁹, limita y circunscribe la intervención punitiva del Estado a la protección de bienes jurídicos, considerados como las condiciones básicas y elementales para el funcionamiento del sistema social y como los presupuestos necesarios para la autorrealización del individuo y su participación efectiva dentro del grupo social, de naturaleza individual (vida, integridad, libertad, honor, etc.) o comunitaria (salud pública, seguridad del tráfico, etc.), debiendo intervenir únicamente ante su lesión o puesta en peligro. En otras palabras, delimita la frontera mínima de lo que puede ser objeto de protección penal, excluyendo el castigo de meras discrepancias ideológicas, políticas, religiosas, de inmoralidades o actitudes internas y de hechos externos que no lesionen ningún bien jurídico³⁰.

²⁹ CÓDIGO PENAL.- Artículo IV del Título Preliminar: “La pena, necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

³⁰ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp. 6-7; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp. 119-121, LUZON PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Ob. cit., p.82; ABEL SOUTO, Miguel. *Teorías de la pena y límites al Ius Puniendi desde el Estado democrático*. Ob. cit., p.71; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp. 80-83; ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp. 51-53.

Ahora bien, que el Derecho Penal deba proteger bienes jurídicos, no significa que todos deban gozar de tutela penal ni que todo ataque a ellos determina su intervención, acorde a su carácter subsidiario y fragmentario. Así, los bienes jurídicos que merecen una protección especial, o llamados también bienes jurídicos-penales, deben reunir dos características: generalidad y relevancia social, es decir, deben ser de interés de la mayoría de la sociedad al verse afectadas con la realización de las conductas dañosas las necesidades del sistema social en su conjunto; y que sean esenciales, vitales para el hombre y la sociedad³¹.

Este principio de raíz liberal, tiene su origen en el pensamiento ilustrado que exigía para castigar una conducta un daño concreto al individuo o a la sociedad, conforme a la doctrina del contrato social en la que únicamente se admitían restricciones de derechos si eran necesarias para proteger los derechos y libertades de todos. Ya en el Estado Social y Democrático su fundamento se consolida en la trascendencia de los bienes jurídicos que los hace merecedores de conservación y resguardo, debiendo recurrir necesariamente a la sanción penal para su efectiva protección, al resultar insuficientes otros medios de defensa extra-penales menos lesivos³².

Se relaciona con el principio de legalidad en cuanto a la labor que desempeña el legislador penal en la elaboración de la norma penal, identificando el delito y la pena correspondiente, a través de un proceso de valoración de las necesidades sociales, del cambio social, de los progresos del conocimiento científico y de un test de proporcionalidad entre la necesidad de proteger bienes jurídicos y el ejercicio de la libertad individual al implicar la imposición de una sanción penal su restricción, seleccionando de manera prudente los bienes jurídicos que necesitan ser protegidos por la vía penal al ser insuficiente su protección mediante otros

³¹ Vid. MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y delito*. Ob. cit., pp.162-166.

³² Vid. LUZON PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Ob. cit., p.82; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general: fundamentos*. Ob. cit., pp.489-490.

medios extrapenales³³. En suma, los delitos que se concretan en la ley penal se deberán referir a esta selección, siendo tipificados para su conocimiento por parte del grupo social, que optará por actuar conforme a la norma penal o en contra, con la seguridad de que demostrada su culpabilidad o peligrosidad será sujeto de imposición de una pena o de una medida de seguridad respectivamente³⁴. Si bien algunos de estos bienes gozan de reconocimiento constitucional y por tanto es evidente su identificación como bienes jurídicos-penales, el legislador no puede limitarse a ellos, debiendo tener en cuenta que por la finalidad política-criminal del Estado se deben considerar otros intereses sociales no constitucionales³⁵.

No faltan opiniones que han cuestionado y criticado el dogma de bien jurídico como el contenido material del delito. Nos referimos al jurista alemán JAKOBS quien revolucionó el Derecho Penal Moderno con la construcción de su sistema funcionalista-normativista que consideraba que la función primordial del Derecho Penal no era la protección de bienes jurídicos sino la confirmación de la vigencia de la norma³⁶.

Su crítica se basó en que la pena no debía ser entendida de manera negativa como un mal que se impone al infractor de la norma, sino de manera positiva ya que con ella se estaría confirmando la vigencia de la norma quebrantada debido a la comisión de un hecho delictivo; y que el Derecho Penal interviene cuando el bien ya ha sido lesionado o puesto en peligro, de manera irreparable en algunos casos, siendo ilógica su supuesta función protectora. Es así que, atribuir al Derecho Penal la función de impedir todo resultado lesivo de

³³ Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., p. 64; MEINI MÉNDEZ, Iván. *Lecciones de Derecho Penal parte General: teoría jurídica del delito*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2014, p.33.

³⁴ Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte general*. Ob.cit., pp. 119-121.

³⁵ Vid. MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Ob. cit., pp. 162-164.

³⁶ Vid. JAKOBS, Günther. *Sobre la Teoría de la pena*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 33; JAKOBS, Günther. *Dogmática del Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*. Thomson Civitas, Madrid 2004, pp.75-77; JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*. Civitas, Madrid 2000, p.19.

los bienes personales y colectivos sería incorrecto, al considerar que la criminalidad es propia de todos los estados modernos, siendo irreal la consecución de dicho fin, debiendo limitarse su intervención a mantenerla dentro de ciertos límites tolerables para la sociedad; y así el Estado pueda controlar sus índices de comisión mediante el despliegue de una razonable y eficaz Política Criminal que permita prevenir lesiones futuras que impidan la convivencia social³⁷.

Por otro lado, los asiduos defensores de la función protectora proponen conciliar ambas teorías, al considerar que los conceptos de bien jurídico y de norma más que excluirse, son el complemento de la función auténtica del Derecho Penal, que no sería otra que la protección de los bienes jurídicos y la prevención de ataques lesivos contra los mismos, y como consecuencia la confirmación de la vigencia de la norma quebrantada, ya que mediante la imposición de una pena al infractor se reafirma el Derecho ante los ojos expectantes de los ciudadanos que buscan el respeto y fidelidad al ordenamiento y a las normas de convivencia impuestas para garantizar la paz y armonía en la comunidad³⁸.

B. Principio de legalidad

El Principio de Legalidad, reconocido en nuestro ordenamiento en el artículo 2º inciso 24 literal d) de la CP³⁹ y

³⁷ Vid. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 44- 61; POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO ORTS, Miguel. *Bien Jurídico, vigencia de la norma y daño social*. Ob. cit., pp. 33-35; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Ob. cit., pp. 2-3; MIR PUIG, Santiago. *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas bases constitucionales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 163-230.

³⁸ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel. “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿Dos funciones excluyentes? en JAKOBS, Günther; POLAINO NAVARRETE, Miguel; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp.116-117.

³⁹ CONSTITUCIÓN DEL PERÚ.- Artículo 2 inciso 24 literal d): “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal⁴⁰, supone que únicamente mediante ley previa aprobada por el Poder Legislativo, como representante de la voluntad general, pueden definirse las conductas que se consideran delictivas y establecer su sanción penal. Así, las normas penales deben determinar de manera previa a la realización del delito, las características del hecho prohibido y la reacción penal que cabe imponer contra el sujeto responsable⁴¹.

Su fundamento, hunde sus raíces en el pensamiento liberal de la ilustración, caracterizado por el imperio de la ley, la división de poderes, la garantía de derechos y libertades fundamentales y la legalidad en la actuación estatal, que concebía al mencionado principio como garantía formal de libertades y de seguridad jurídica del ciudadano frente a la administración de justicia, al considerar que la gravedad de los medios que el Estado emplea para la represión del delito, suponen una drástica intervención sobre los derechos fundamentales de los individuos y por su carácter de última ratio⁴².

Como señalaba FEUERBACH quien acuñó la formulación latina “Nullum Crimen, nulla poena sine lege” para referirse al principio, no existe delito y no pueden imponerse penas no previstas en la ley. Con su teoría de la “coacción psicológica” proponía que tanto los delitos como la pena debían aparecer clara y exactamente definidos en la ley escrita de manera previa, siendo de conocimiento del potencial delincuente quien podía adecuar su comportamiento, bajo la amenaza de la imposición de una sanción penal, y decidirse por una

⁴⁰ CÓDIGO PENAL.- Artículo II del Título Preliminar: “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”.

⁴¹ Vid. LUZON PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Ob. cit., p. 81; GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal: Parte general*. Ob. cit., p.95; BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*. Ara Editores, Lima, 2004, pp. 99-103.

⁴² Vid. LUZON PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Ob. cit., p. 81; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general: fundamentos*. Ob. cit., p.453; GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal: Parte general*. Ob. cit., pp.95-98.

conducta adecuada al Derecho. Así, el jurista VON LISZT consideró a la ley penal como la Magna Carta del delincuente quien podía ser castigado únicamente por el hecho y con la pena prevista en la ley⁴³.

En el Estado Social y Democrático, el principio de legalidad es la base sobre la cual se construye el sistema penal, al considerar al Poder Legislativo como la única instancia legitimada para decidir sobre la creación o agravación de la responsabilidad penal, y al limitar la función judicial encargada de comprobar dicha responsabilidad, debiendo sancionar al autor del hecho delictivo en la forma establecida en la ley⁴⁴. De esta manera, el principio constitucional de legalidad contribuye a la eficacia de la función de prevención general del Derecho Penal en su lucha contra la criminalidad respetando siempre las garantías mínimas de los ciudadanos.

La doctrina penal acepta que el principio de legalidad tiene cuatro formas de manifestación o consecuencias prácticas: en primer lugar, la llamada reserva de ley que impone que la ley penal, dictada por el Poder Legislativo, es la única vía legitimada para crear delitos y establecer penas, siendo aprobada en nuestro país por una Ley Ordinaria, incluidos los Decretos Leyes y los Decretos Legislativos, excluyendo la posibilidad de que la costumbre se convierta en fuente del Derecho Penal; en segundo lugar, con el mandato de certeza o determinación se exige al legislador penal que precise en la ley penal de manera general todos los presupuestos que configuran la conducta penalmente sancionada y la pena aplicable; en tercer lugar, la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal al regir en nuestro Ordenamiento el principio de aplicación inmediata de las normas que determina que a un hecho punible se le aplique la

⁴³ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte general*. Ob. Cit., pp. 85-95; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp. 105-107; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp. 21-22; BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., p.103.

⁴⁴ Vid. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp. 104-120.

pena vigente al momento de su comisión⁴⁵, con la excepción de la retroactividad benigna⁴⁶; y por último, la prohibición de la analogía, referida a la actividad interpretativa de los jueces en la medida que se les impide recurrir a la analogía para sancionar una conducta⁴⁷.

C. Principio de culpabilidad

El Principio de culpabilidad está reconocido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal⁴⁸, y exige para la imposición de una pena o medida de seguridad la responsabilidad penal del autor del injusto. Si bien el legislador optó por utilizar el término de “responsabilidad” y no “culpabilidad”, lo hizo únicamente por un marcado distanciamiento con la postura retribucionista de la pena, que tuvo como aporte la introducción de la culpabilidad en el Derecho Penal⁴⁹.

La culpabilidad se entiende como el reproche social a un sujeto determinado, que habiendo estado en las posibilidades de actuar conforme a Derecho, al conocer las prohibiciones penales y su sanción, no lo hizo, optando por la infracción de la norma penal, siendo merecedor del mal que supone la sanción. Su fundamento lo constituye el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona regulados en los artículos 1º y 2º de la CP, conforme a los

⁴⁵EXP. N° 1300-2002-HC/TC, de fecha 27 de agosto de 2003, F.J. 7. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2006-AI.html>. Consultada el 22 de Noviembre 2016.

⁴⁶EXP. N° 02283-2006-HC/TC, de fecha 11 de setiembre de 2007, F.J. 5. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/02283-2006-HC.html>. Consultada el 22 de Noviembre de 2016.

⁴⁷ Vid. ROXIN, Claus. *Introducción al Derecho Penal y el Derecho Penal Procesal*. Ob. cit., pp. 33-36; GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal: Parte general*. Ob. cit., pp.99-117; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general: fundamentos*. Ob. cit., pp.449-455; BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp. 121-129.

⁴⁸ CÓDIGO PENAL.- Artículo VII del Título Preliminar: “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”.

⁴⁹ Vid. GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal: Parte general*. Ob. cit., pp. 123-124.

cuales no puede castigarse a un inocente por un hecho ajeno o un hecho no querido ni imprudente, ni mucho menos basar su imputación en aspectos personales del autor como sus conductas y modo de su vida, siendo ilegítima la concepción del Derecho Penal del Autor, que determina las penas en atención a la personalidad del reo y no según su culpabilidad en la comisión de los hechos⁵⁰.

En estrecha conexión con el principio de igualdad que prohíbe tratar igual a los culpables que a los inculpables o semi culpables⁵¹, se exige tener en cuenta el nivel de motivación de la ley en los ciudadanos para considerarlos autores de un injusto y por ende culpables. Éstos deben contar con determinadas condiciones psíquicas que les permitan conocer las normas prohibitorias y que su infracción los hace merecedores de una sanción, teniendo la libertad de actuar conforme o en contra de ellas. Bajo este pensamiento, se excluyen los supuestos en que concurren causales de inimputabilidad y el error de prohibición invencible, es decir, condiciones síquicas, personales o situaciones que le imposibilitan al sujeto el acceso normal a la norma y una correcta motivación de la misma⁵².

De esta manera, el principio impone una doble limitación a la reacción punitiva del Estado: no hay pena sin culpabilidad, en la terminología latina “nulla poena sine culpa”, y la pena ha de ser proporcional al grado de culpabilidad, protegiendo la libertad individual al no sancionar al inocente sino únicamente al culpable en la

⁵⁰ Vid. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp. 159-161; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Ob. cit., pp. 19-21; ROXIN, Claus. *Dogmática Penal y Política criminal*. IDEMSA, Lima, 1998, p. 176.

⁵¹ Cfr. LUZON PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Ob. cit., p.86.

⁵² Vid. GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal: Parte general*. Ob. cit., pp.129-130; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp.123-127; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp. 85-95; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general: fundamentos*. Ob. cit., pp.522-525; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho Penal*. Tecno, Madrid, 1990, pp. 175-179; LUZON PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Ob. cit., p.86.

medida de su culpabilidad y no más allá.

Como consecuencia, la doctrina penal considera que el principio se manifiesta en dos formas. Por un lado, exige la presencia de una imputación subjetiva, esto es, que el hecho haya sido cometido dolosamente o culposamente por un sujeto, es decir, que lo haya querido o se haya debido a una imprudencia o negligencia suya, proscribiéndose la “responsabilidad objetiva o por el resultado” en la que basta la causación del resultado para fundamentar la responsabilidad; y por otro, que el injusto haya sido cometido por un sujeto penalmente responsable, capaz de dirigir su comportamiento de acuerdo a la norma penal⁵³.

D. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad, proclamado formalmente en el artículo 12° de la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano al establecer que “La Ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito”, está regulado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal⁵⁴ y en el último párrafo del artículo 200° de la CP⁵⁵.

Exige al legislador penal y al juez que entre la naturaleza del delito y su sanción penal debe existir una proporción o medida según su gravedad, considerando la importancia del bien jurídico y la forma de ataque, dolo o ataque imprudente, con el fin de salvaguardar al individuo de los excesos del poder punitivo estatal y para una prevención eficaz de delitos, ya que si se castigasen igual los hechos

⁵³ Vid. GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal: Parte general*. Ob. cit., pp.124-130; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general: fundamentos*. Ob. cit., pp.521-527.

⁵⁴ CÓDIGO PENAL.- Artículo VIII del Título Preliminar: “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)”.

⁵⁵ CONSTITUCIÓN DEL PERU.- Artículo 200°: “(...) cuando se interponen acciones de esa naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendido, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo (...)”

poco graves que los graves, fracasaría el mecanismo intimidatorio al no existir mayor intimación para la comisión de delitos más graves aumentando su frecuencia en la sociedad y a la vez produciría una confusión de valores en los ciudadanos y en la sociedad⁵⁶.

De este modo, el criterio que ha de utilizarse como medida de proporcionalidad debe tener en cuenta la realidad social, y la gravedad de las penas habrá de sujetarse a la nocividad social de las conductas incriminadas, a través de un juicio lógico y una ponderación entre la gravedad del hecho, entendido también como el desvalor social de la acción y del resultado, y la gravedad de la pena⁵⁷.

Como principio rector de la actividad punitiva del Estado se manifiesta de dos maneras; en primer lugar, la proporcionalidad abstracta tiene lugar en la creación de las leyes penales siendo observada por el Poder Legislativo que a través de un juicio de proporcionalidad determina si la reacción penal, en atención a los demás medios con los que cuenta el Estado para la protección de los bienes jurídicos, es necesaria precisando los presupuestos del delito, el tipo de pena y su cantidad dentro del marco de límites mínimos y máximos fijados junto a los criterios del artículo 46º del Código Penal sobre la individualización de la pena⁵⁸.

Respecto a la gravedad de la pena, en ningún momento y bajo ninguna circunstancia puede afectar la dignidad humana o impedir la resocialización del sujeto infractor, en atención al principio de humanidad de las penas que intenta

⁵⁶ Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp. 127-129; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general: fundamentos*. Ob. cit., p.529; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., p. 85; GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal: Parte general*. Ob. cit., p.134; LUZON PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho penal*. Ob. cit., p.86.

⁵⁷ Vid. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general: fundamentos*. Ob. cit., p.531; GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal: Parte general*. Ob. cit., pp. 139-140.

⁵⁸ Vid. GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal: Parte general*. Ob. cit., pp.135-138; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp.122-123.

excluir del espectro de reacciones penales las penas más denigrantes como lo serían: la pena de muerte, torturas o trabajos forzosos, reservando el uso de la pena privativa de libertad a los hechos más graves, recurriendo a otras clases de penas como la multa, la inhabilitación, la prestación de servicios a la comunidad o la limitación de días libres para hechos socialmente menos lesivos⁵⁹.

En segundo lugar, la proporcionalidad concreta se presenta en la actividad judicial, en la que el juez penal goza de cierta discrecionalidad al sancionar la conducta delictiva, demostrada la responsabilidad del sujeto, moviéndose dentro del marco legal, de forma proporcional a la gravedad del delito⁶⁰.

E. Principio de última ratio o mínima intervención del Derecho Penal

La protección de bienes jurídicos imprescindibles para garantizar la vida en común, es función de todo el Ordenamiento Jurídico, y al Derecho Penal como parte de él, le corresponde una parte, específicamente la última, interviniendo únicamente ante el fracaso de las otras ramas del Derecho y de los demás controles sociales existentes en la solución de un determinado conflicto social⁶¹. En otras palabras, el Derecho Penal es la última medida o última ratio por la cual la Política Social del Estado debe optar debido a la dureza de sus recursos sancionadores que implican una grave intromisión en la libertad individual del ciudadano⁶².

⁵⁹ Vid. GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal: Parte general*. Ob. cit., pp.140-141.

⁶⁰ Vid. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general: fundamentos*. Ob. cit., p.528; GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal: Parte general*. Ob. cit., pp.138-139.

⁶¹ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., p.108; ZIPF, Heinz. *Introducción a la Política criminal*. Ob.cit., p.58.

⁶² Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., p.65; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp.117-119.

Su origen se encuentra en el Estado Liberal con la doctrina del contrato social, que atendiendo el impacto negativo e irreversible que produce la intervención penal sobre los bienes fundamentales de la persona, exige la necesidad de minimizarla⁶³.

La “libertad individual”, consagrada como derecho fundamental por nuestra Constitución, constituye su fundamento, siendo función primordial del Estado su resguardo, garantizando las menores injerencias estatales sobre ella. De esta manera, relacionado el principio al carácter humanitario del Derecho Penal, rechaza tajantemente la idea de un Estado represivo siendo la intervención penal legítima y tolerable únicamente cuando sea estrictamente necesaria e inevitable para la sociedad, al ser considerado como el instrumento idóneo y eficaz para la lucha contra la criminalidad⁶⁴.

Este principio contiene a la vez dos sub principios: subsidiariedad o Derecho Penal como última ratio y fragmentariedad o intervención selectiva que orientan la labor del legislador penal.

E.1. Sub principio de subsidiariedad

Según el sub principio de subsidiariedad, la intervención del Derecho Penal es legítima únicamente cuando esté destinada a la protección de bienes jurídicos, entendidos como las condiciones básicas y elementales para la autorrealización del individuo y el funcionamiento del sistema social, y en los casos en que sea necesario e inevitable recurrir a él para controlar las conductas socialmente nocivas y no deseables, que atacan y trasgreden dichos bienes, al resultar ineficaces otros medios de control

⁶³ Vid. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general: fundamentos*. Ob. cit., p.508.

⁶⁴ Vid. ABEL SOUTO, Miguel. *Teorías de la pena y límites al Ius Puniendi desde el Estado democrático*. Ob. cit., p.74; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., p.84.

menos lesivos⁶⁵.

Por tanto, el poder estatal en su tarea de protección de bienes jurídicos, deberá optar siempre a favor de la intervención menos lesiva o limitativa de los derechos individuales, dejando al Derecho Penal en el último lugar de sus planes de Política Social, interviniendo solo ante el fracaso de los demás instrumentos protectores⁶⁶.

Sería un error considerarlo como la respuesta estatal primaria ante todos los hechos o acciones realizadas por los individuos que impliquen una dañosidad al orden social, al tener en cuenta que con su aplicación y la respectiva imposición de una sanción, se estaría limitando la libertad individual y vulnerando derechos fundamentales consagrados como tales en nuestra Constitución.

E.2. Sub principio de fragmentariedad

De toda la gama de bienes jurídicos protegidos por el Ordenamiento Jurídico y de acciones prohibidas, el Derecho Penal solo se ocupa de una parte, protegiendo únicamente los bienes jurídicos fundamentales, conforme al principio de lesividad, frente a los ataques más intolerables que puedan amenazarles⁶⁷.

De esta manera, la fragmentariedad se entiende como una necesidad político- criminal basada en la tutela parcial y selectiva de los bienes jurídicos más relevantes de los ataques más graves al orden social, limitando las acciones u omisiones que por el daño y reproche social que generan,

⁶⁵ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp. 72-85; ROXIN, Claus. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*. Ob. cit., p.23; GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal: Parte general*. Ob. cit., pp.93-94.

⁶⁶ Vid. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general: fundamentos*. Ob. cit., pp. 512- 514.

⁶⁷ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., p. 124; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general: fundamentos*. Ob. cit., p. 515.

merecen y requieren la sanción penal⁶⁸.

Los códigos penales modernos suelen proteger fragmentaria o selectivamente los principales bienes jurídicos en sus Partes Especiales, incluido el Código Penal Peruano en el que el legislador selecciona los bienes jurídicos y determina las conductas concretas que impliquen una grave amenaza para los mismos, bajo la ideología de que cuanto menor sea el número de disposiciones legales y prohibiciones, más eficaz será la tutela de los bienes jurídicos evitando una inflación punitiva⁶⁹.

E.3. El Derecho Penal Moderno y la expansión del Derecho Penal

La sociedad moderna se identifica como una sociedad compleja, de riesgo y de inseguridad, como resultado del fenómeno de globalización y del avance tecnológico, económico, político y cultural, que si bien han significado un incremento del bienestar individual y del conjunto social, han desencadenado también efectos negativos, con la aparición de nuevos riesgos sociales en sectores como el uso de la energía nuclear, la utilización del ambiente natural, la seguridad del tráfico, la salud pública etc., que generan una sensación general de inseguridad en los ciudadanos al considerarse como víctimas potenciales⁷⁰.

⁶⁸ Vid. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general: fundamentos*. Ob. cit., p.516; GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal: Parte general*. Ob. cit., p.94.

⁶⁹ Vid. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general: fundamentos*. Ob. cit., pp. 517-518; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., p.127.

⁷⁰ Vid. MIR PUIG, Santiago. “Constitución, Derecho penal y globalización” en GOMEZ MARTIN, Víctor. *Política criminal y reforma penal*. Ob. cit., pp.9-12; CARO CORIO, Dino Carlos. “Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos” en SILVA SANCHEZ, Jesús María; CARO CORIA, Dino Carlos; GARCIA CAVERO, Percy; MEINI MENDEZ, Iván; PASTOR, Nuria; PASMA, Carlos; REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Estudios de Derecho Penal*. Ara Editores, Lima, 2005, pp. 35-36; SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. B de f, Montevideo, 2006, pp. 13- 33.

En este contexto, la seguridad se ha convertido en la principal necesidad social a la que el Estado y en particular el Derecho Penal deben dar respuesta, al ser considerado como la vía más rápida y eficaz en la solución de los conflictos sociales actuales que alteran la convivencia pacífica, y como el instrumento ideal para hacer frente a las nuevas formas de criminalidad organizada y para la reducción deseable del porcentaje de criminalidad existente en nuestra sociedad⁷¹.

De este modo, han surgido nuevas necesidades de protección, que han ocasionado la ampliación del ámbito de protección del Derecho Penal con la inclusión de los bienes jurídicos colectivos, entendidos como valores fundamentales del orden social que junto a los bienes jurídicos individuales hacen posible la vida en común, y el incremento de la legislación punitiva con la tipificación de nuevas modalidades delictivas; muchas veces imprecisas, innecesarias y contraproducentes que implican el abandonando al mandato de determinación; la ampliación de las ya existentes y la agravación de las penas, alejándose de los principios político-criminales, sobretodo del de mínima intervención o última ratio⁷².

⁷¹ Vid. ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos del derecho penal: parte general*. Ob. cit., p.29; BECK, Ulrich. *Sociedad de riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*. Paidós Ibérica, Barcelona, 2008, p.29; SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Ob.cit., pp. 58- 64; HERRERA GUERRERO, Mercedes. *La negociación en el nuevo Proceso Penal*. Palestra, Lima, 2014, pp.28.

⁷² Vid. ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos del derecho penal: parte general*. Ob. cit., p.30; MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y delito*. Ob. cit., p.154; SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Ob. cit., pp. 131-134; HERRERA GUERRERO, Mercedes. *La negociación en el nuevo Proceso Penal*. Ob. Cit., pp.31-34; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general: fundamentos*. Ob. cit., p.164; CARO CORIO, Dino Carlos. “Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos” en SILVA SANCHEZ, Jesús María; CARO CORIA, Dino Carlos; GARCIA CAVERO, Percy; MEINI MENDEZ, Iván; PASTOR, Nuria; PASMA, Carlos; REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Estudios de Derecho Penal*. Ob. cit., pp.38-46; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general: fundamentos*. Ob. cit., p.164.

El Derecho Penal preventivo de la sociedad moderna, tiende a hacer un uso mediático y político del mismo, atribuyéndole una función simbólica y promocional, propias de otras ramas del ordenamiento jurídico menos lesivas, al considerarlo como activo impulsor del cambio social y como un simple instrumento de comunicación dirigido a la opinión pública transmitiéndole una falsa impresión tranquilizadora de un legislador atento, precavido y decidido, que atiende las demandas sociales, aunque en realidad no prevenga de manera eficaz la comisión de delitos⁷³. Simplemente se trata de una estrategia del legislador penal para aplacar las reacciones sociales de los modernos gestores de la moral colectiva como son las organizaciones ecologistas, feministas, antidiscriminatorias, etc., que plantean una progresiva ampliación del Derecho en pro de la protección de sus respectivos intereses⁷⁴.

Sin embargo, esta fe desmedida hacia la supuesta eficacia del Derecho Penal, resulta debatible si se analiza la realidad social que refleja la no idoneidad de la intervención penal en la disminución de la tasa de criminalidad, y considerando los efectos irreversibles y estigmatizadores de sus sanciones, en la intromisión que suponen en la libertad individual, y su naturaleza fragmentaria y subsidiaria que limitan su ámbito de injerencia a los ataques más intolerables y contra los bienes jurídicos más relevantes, al resultar ineficaces para su protección otros sectores del ordenamiento menos lesivos.

⁷³ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp. 80-83; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general: fundamentos*. Ob. cit., pp. 155-171; LUZON PEÑA, Diego Manuel. *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho*. Ob. cit., p. 86; ROXIN, Claus y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Nuevas tendencias en el Tercer Milenio*. Universidad de Lima, Lima, 2000, pp.11-27; MIR PUIG, Santiago. “Constitución, Derecho penal y globalización” en GOMEZ MARTIN, Víctor. *Política criminal y reforma penal*. Ob. cit., p.12.

⁷⁴ Vid. SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Ob. cit., pp. 64-68.

Por estas razones, si bien es indiscutible la necesidad de recurrir al Derecho Penal en la sociedad moderna y en el futuro para garantizar una convivencia social soportable, al constituir el instrumento de control social más racional, previsible, limitado, seguro y altamente especializado y formalizado, demanda su continua actualización y mejora acorde a los cambios y transformaciones sociales, sin alterar la Dogmática jurídico-penal clásica⁷⁵, la revisión y comprobación de la efectividad de sus instrumentos y su progresiva racionalización, que implica optar por un Derecho Penal mínimo y garantista, es decir, que asegure la mínima intervención penal en salvaguarda de los derechos del ciudadano y de los principios rectores, frenando la moderna política- criminal intervencionista y expansiva⁷⁶.

⁷⁵ Vid. ROXIN, Claus y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal nuevas tendencias en el Tercer Milenio*. Ob.cit., pp.29-49; CARO CORIO, Dino Carlos. “Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos” en SILVA SANCHEZ, Jesús María; CARO CORIA, Dino Carlos; GARCIA CAVERO, Percy; MEINI MENDEZ, Iván; PASTOR, Nuria; PASMA, Carlos; REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Estudios de Derecho Penal*. Ob. cit., p.37.

⁷⁶ Vid. ABEL SOUTO, Miguel. *Teorías de la pena y límites al Ius Puniendi desde el Estado democrático*. Ob. cit., pp.55-58; ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos del derecho penal: parte general*. Ob. cit., p.29; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general: fundamentos*. Ob. cit., pp.159-164; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp. 58-65.

CAPÍTULO II

LA TEORÍA DE PREVENCIÓN GENERAL EN EL DERECHO PENAL

1. Fundamentación de la pena en el Derecho Penal

El Derecho Penal, como instrumento de control social que garantiza la paz social y la vida en comunidad, se ha servido tradicionalmente de la pena como principal herramienta para combatir la delincuencia y asegurar la seguridad ciudadana, al constituir el medio coactivo más contundente con el que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas, reforzar su respeto y exigir el cumplimiento de las reglas fundamentales del sistema social.

La pena constituye la consecuencia jurídica del delito, establecida por la ley penal e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al sujeto que comete un delito o realiza una conducta punible. En ella se expresa un juicio de reproche hacia la conducta antijurídica del delincuente que viola y transgrede la norma alterando la estabilidad del sistema penal por su actitud de rechazo y negación del carácter obligatorio de la misma. Por ello, implica la imposición de un mal que supone la restricción o privación de sus derechos o bienes jurídicos (libertad, patrimonio, derechos políticos, profesión, etc.), justificado en la protección del Derecho y de los bienes jurídicos vulnerados con su acción típica, antijurídica y culpable, asegurando una protección eficaz de la sociedad⁷⁷.

⁷⁷ Vid. LUZON PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Ob. cit., p.54; VELASQUEZ V., Fernando. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Temis S.A. 2da

De esta manera, en concordancia con el principio de legalidad y por exigencias de seguridad jurídica, el legislador penal deberá expresar de manera precisa y concisa el tipo de pena aplicable que corresponde a cada tipo penal y el tiempo de su duración fijando el margen de mínimos y máximos dentro del cual el juez penal podrá moverse para determinar la pena en el caso en concreto, siendo excluidas las penas que vulneren la dignidad e integridad de la persona humana como la pena de muerte, las penas privativas excesivas, etc., que dificulten al delincuente el camino de su resocialización o reinserción en la sociedad⁷⁸.

Y, teniendo en cuenta los efectos inherentes a la pena que estigmatizan al delincuente, tras recibir una sentencia condenatoria y con la creación de sus antecedentes penales que mancillan su imagen como ciudadano respetuoso de las normas y lo excluyen del grupo social, su imposición debe responder a un criterio de necesidad o merecimiento, es decir, será legítima la imposición de la pena sobre los transgresores de la ley penal, únicamente cuando con su comportamiento se amenacen o lesionen gravemente los bienes jurídicos indispensables para la convivencia, por su elevado grado de nocividad y daño social.

Por lo tanto, es indiscutible que su justificación reside en su necesidad social, al ser el instrumento ideal y efectivo para la solución de los conflictos sociales y para la prevención y represión de los delitos, permitiendo la subsistencia del orden jurídico implantado en la sociedad, indispensable para su existencia y para asegurar la vida en común⁷⁹.

Sin embargo, en el Derecho Penal Moderno se han incluido por razones político-criminales como otra consecuencia jurídica del delito a las medidas de seguridad, al comprobarse que la pena es insuficiente en

ed., Bogotá, 2004, pp.111-112; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general fundamentos*. Ob. cit., p.189; COBO DEL ROSAL, M; VIVES ANTON, T.S. *Derecho Penal Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pp. 615-616.

⁷⁸ Vid. ALBERTO DONNA, Edgardo. *Teoría del delito y de la pena. Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad*. Astrea 2da ed., Buenos Aires, 1996, pp. 6-18; JAKOBS, Günther. *Sobre la Teoría de la Pena*. Ob. Cit., p.10.

⁷⁹ Vid. ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos del Derecho Penal*. Ob. cit., p.61; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. Tirant lo Blanch 5ta ed., Valencia, 2002, p.46; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general fundamentos*. Ob. cit., p.191; JAKOBS, Günther. *Sobre la Teoría de la Pena*. Ob. cit., p.16-25.

situaciones en las que no exista el presupuesto de culpabilidad que se exige para atribuir responsabilidad penal a un sujeto, y para no dejar la acción excluida de punición si el sujeto resultase peligroso, se le deberá imponer una medida de seguridad entendida como un tratamiento corrector para impedir la comisión de otros hechos punibles futuros⁸⁰.

Así, la pena y las medidas de seguridad son las consecuencias jurídicas que pueden imponerse al sujeto que comete un delito, siendo sus presupuestos la culpabilidad y la peligrosidad para la colectividad respectivamente. Ambas pueden aplicarse sobre el sujeto al mismo tiempo conforme al sistema vicarial, que permite descontar de la duración de la pena el tiempo de cumplimiento de la medida de seguridad que se ejecutó primero⁸¹.

2. Las Teorías justificadoras de la Pena

El fin de la pena, esto es, el para qué y por qué se pena, se justifica a través de las teorías penales que intentan legitimar la facultad del Estado de imponer el mal que representa la pena sobre los infractores de la ley penal, distinguiéndose las teorías absolutas, las relativas y las de la unión o mixtas⁸².

Mientras las primeras entienden la pena como un fin en sí misma para la realización de la justicia, justificando el castigo como retribución del delito cometido sin vincularlo a alguna utilidad social; las teorías relativas, en cambio, entienden que la pena debe cumplir necesariamente un función social a través de la prevención para posibilitar la convivencia y evitar la comisión de futuros delitos. Por último, las teorías de la unión, mixtas o eclécticas pretenden la unión de las teorías absolutas y las relativas bajo la concepción de que la pena cumple una pluralidad de fines en las diferentes fases de su existencia.

⁸⁰ Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp.41-43; LUZON PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Ob. cit., p.55.

⁸¹ Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte general*. Ob. cit., pp. 92-93; ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp.103-107.

⁸² Vid. ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos del Derecho Penal*. Ob. cit., p.60-61; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general fundamentos*. Ob. cit., p.194.

2.1. Las Teorías Absolutas de la pena o retribucionistas

Para las teorías absolutas, la pena tiene como misión asignada la realización del valor universal de justicia, desligándola de toda utilidad social. Así, se concibe a la pena como la simple retribución del mal o lesión culpable, causado por la comisión de un delito, con otro mal que por justicia merece el sujeto infractor de la norma⁸³.

Estas teorías parten de la concepción del hombre como un ser racional y libre, que al hacer mal uso de su libertad, se hace acreedor en justicia del mal que representa la pena que será igual a la ofensa. La pena será justa, siempre que sea proporcional al grado de culpabilidad del infractor y no más allá⁸⁴.

Están influenciadas por las concepciones religiosas del cristianismo y de otras religiones, que ven a la pena como la expiación necesaria del mal, al vincularla con la justicia divina. De esta manera, se entiende a la pena como el medio a través de cual se neutraliza y compensa el mal causado, permitiendo al infractor saldar su deuda con la sociedad⁸⁵.

Sus principales exponentes son Kant y Hegel, ambos pertenecientes a las corrientes del idealismo alemán.

En primer lugar, KANT en su obra “La metafísica de las costumbres”, considera a la ley penal como un imperativo categórico y a la pena como una necesidad absoluta que por mandato de la justicia debe ser impuesta al delincuente por el

⁸³ Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., pp.81-85; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALIAGA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Ediar 2da ed., Buenos Aires, 2006, pp. 37-38; GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Ob.cit., p. 42; COBO DEL ROSAL, M; VIVES ANTON, T.S. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., pp. 625-628.

⁸⁴ Vid. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Ob. cit., pp. 21-25; VELASQUEZ V., Fernando. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., p.112; ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos del Derecho Penal*. Ob. cit., pp. 67-70; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general fundamentos*. Ob. cit., p.197-198.

⁸⁵ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., pp.47-48; ALBERTO DONNA, Edgardo. *Teoría del delito y de la pena. Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad*. Ob. cit., p.41.

simple hecho de haber delinquido, sin ningún fin utilitarista. Rechazando cualquier referencia a las teorías de prevención que implican la instrumentalización del hombre por razones de utilidad social, al considerarlo como un fin en sí mismo, y no como un medio para la consecución de otros fines en provecho del mismo condenado o de la comunidad en general⁸⁶.

De manera que ningún delito puede quedar sin castigo, y para determinar el tipo y cantidad de la pena deberá aplicarse la ley de talión, al considerar que el delincuente se merece el mismo mal que ha causado, debiendo ser ejecutado en su totalidad como lo explica con su ejemplo de la isla, donde si la sociedad decide disolverse debe ejecutarse hasta el último asesino que se encuentre en prisión⁸⁷.

Y en segundo lugar, HEGEL fundamenta la pena a través de su método dialéctico que proponía que el delito es la negación del Derecho y la pena la negación de esa negación, anulando con su imposición el delito y restableciendo el derecho. Así, la pena se justifica al ser necesaria para restablecer la vigencia de la norma penal negada por el sujeto infractor, considerando como absurda e irracional la afirmación kantiana de la pena como un mal al haber tenido lugar otro mal previamente, rechazando tajantemente que la pena se determine en virtud de la ley de talión, sino que depende de una valoración de las características de la lesión concreta, de los factores sociales que pueden influir en la conducta del delincuente y en las circunstancias o necesidades sociales de cada momento histórico⁸⁸.

⁸⁶ Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., pp.77-78; ABEL SOUTO, Miguel. *Teorías de la Pena y límites al Ius Puniendi desde el Estado Democrático*. Ob. cit., pp.24-27; ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., p.82; GORRA, Daniel Gustavo. *Fundamentos fines de la pena. Una visión desde la dogmática penal*. Ediciones Jurídicas del Centro 1era edición., Lima, 2008, pp.34-35; LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Dykinson, Madrid, 1999, pp.9-11.

⁸⁷ Vid. GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Ob.cit., p.43; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general fundamentos*. Ob. cit., p.199.

⁸⁸ Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., p.83; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general fundamentos*. Ob. cit., pp.200-201; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., pp.79-80; GORRA, Daniel Gustavo. *Fundamentos fines de la pena*. Ob. cit., p.35-37; LESCH, Heiko H. *La*

Al igual que KANT, afirma que la pena no puede perseguir como fin la prevención del delito, ya que se estaría vulnerando la dignidad humana, al imponerse una pena al delincuente para que no vuelva a delinquir al igual que a un perro se le enseña con el palo a obedecer, de manera que se estaría sacrificando al individuo a favor de la generalidad.

Si bien, la concepción retributiva de la pena de las teorías absolutas tendría como aspectos positivos la exigencia de una pena proporcional a la gravedad del delito y a la culpabilidad de su autor como garantía para el ciudadano al actuar como límite de la actividad punitiva y la prohibición de la instrumentalización del hombre para la consecución de fines meramente utilitarios o preventivos reforzando así el respeto de la dignidad humana; ha sido objeto de una serie de críticas que no hacen posible que justifique por sí sola la necesidad de la pena, al no considerar que el Estado a través del Derecho Penal no persigue la realización de un ideal metafísico como es la justicia en la tierra, sino una función social que consiste en hacer posible la convivencia de los hombres⁸⁹, y que la pena, como su principal herramienta, tiene atribuidos unos fines sociales, utilitarios o preventivos.

Por esta razón, las teorías absolutas carecerían de utilidad y de racionalidad al no entenderse como es que se puede borrar un mal cometido añadiendo un segundo mal como postula Kant ni saber con certeza si realmente el delito ha desaparecido como señala Hegel al recobrar la norma vulnerada su plena vigencia. Es más, ambos justifican el rechazo a los fines utilitaristas de la pena al significar una instrumentalización del hombre, sin darse cuenta que caen en el mismo juego al castigar por castigar al sujeto culpable autor del delito, sacrificando su libertad individual en aras a sus concepciones éticas y normativas⁹⁰. Es así, que la pena

función de la pena. Ob. cit., pp.16-20.

⁸⁹ Vid. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general fundamentos*. Ob. cit., pp. 212; COBO DEL ROSAL, M; VIVES ANTON, T.S. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., pp. 618.

⁹⁰ Vid. GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Ob.cit., pp.44-45; ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., p.83; ABEL SOUTO, Miguel. *Teorías de la Pena y límites al Ius Puniendi desde el Estado Democrático*. Ob. cit., pp.27-31; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte*

entendida bajo esta ideología no resulta ser el medio adecuado para luchar contra la delincuencia, al no reparar el daño causado por el delito, ni impedir su continuación.

Y por último, la presencia permanente del Derecho Penal que propugnan las teorías absolutas, al castigar todos los hechos considerados como ilícitos sin excepción, entraría en contradicción con el principio de mínima intervención asumido por la mayoría de las legislaciones de nuestro entorno jurídico y que sugiere una tipificación selectiva de los ataques considerados como más graves y peligrosos a los bienes jurídicos esenciales para la convivencia social⁹¹.

2.2. Teoría de Prevención o relativas

A diferencia de las teorías absolutas, las teorías relativas asignan a la pena una función social que se traduce en la prevención del delito a través de la motivación que ejerce sobre el delincuente y los ciudadanos en general para que se abstengan de lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos penalmente protegidos, al ser considerada, no como un fin en sí misma, sino como el medio o instrumento más idóneo, eficaz y necesario para mantener los índices del fenómeno social de la delincuencia dentro de límites tolerables y así hacer posible la convivencia⁹².

Sus orígenes los encontramos en Protágoras y reciben el nombre de teorías relativas al ser las necesidades de prevención relativas y circunstanciales, no absolutas como lo es la justicia en las teorías absolutas⁹³.

general fundamentos. Ob. cit., pp. 211-213.

⁹¹ Vid. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general fundamentos*. Ob. cit., pp. 209.

⁹² Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., p.81; ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., p.85; VELASQUEZ V., Fernando. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., p.113; ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos del Derecho Penal*. Ob. cit., p. 71.

⁹³ Vid. GORRA, Daniel Gustavo. *Fundamentos fines de la pena. Una visión desde la dogmática penal*. Ob. cit., pp. 37-39; LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Ob. cit., p. 21.

El efecto motivador de la pena distingue dos formas de prevención según quién sea su destinatario: la prevención general si es la sociedad y la prevención especial si es el delincuente.

2.2.1. Teoría de Prevención general

Establece que la función motivadora del Derecho Penal se dirige a todos los ciudadanos en general considerados como potenciales autores de un delito, que si bien aún no han delinquido se les disuade a que no lo hagan, bajo la amenaza de imponerles por su conducta desviada el mal que implica la pena⁹⁴.

La forma en que se realiza la motivación da lugar a dos variantes al interior de esta teoría: la prevención general negativa mediante la mera intimidación o coacción psicológica, y la prevención general positiva o integradora mediante la imposición de un orden de valores éticos-sociales en la conciencia ciudadana para fortalecer una actitud de respeto hacia el Derecho.

A. Prevención general negativa

Se concibe a la pena como un mecanismo de intimidación para motivar a todos los ciudadanos a no delinquir mediante la conminación penal y su ejecución. De manera que se les instruye sobre las prohibiciones legales, y en uso de su libertad pueden optar por comportarse de acuerdo al Derecho, apartándose de la transgresión de la norma penal, y así evitar sufrir el mal que implica la pena⁹⁵.

Se verifica en dos momentos del sistema penal: en la

⁹⁴ Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., p.89; ABEL SOUTO, Miguel. *Teorías de la Pena y límites al Ius Puniendi desde el Estado Democrático*. Ob. cit., pp.32-33; ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos del Derecho Penal*. Ob. cit., p. 72.

⁹⁵ Vid. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Ob. cit., pp.26-28; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., pp.82-84; ABEL SOUTO, Miguel. *Teorías de la Pena y límites al Ius Puniendi desde el Estado Democrático*. Ob. cit., p. 35.

conminación penal y en su ejecución que confirma la seriedad de la amenaza legal.

En primer lugar, la prevención general negativa mediante la conminación o amenaza penal contenida en la norma penal fue formulada por el alemán FEUERBACH en su teoría de la coacción psicológica, al considerar que entre la norma y el ciudadano se crea un vínculo psicológico que lo motiva al respeto de la norma.

Para FEUERBACH, el Estado impide la violación del Derecho implantado en la sociedad que garantiza la convivencia pacífica de los hombres, no a través de la coerción física, que resulta insuficiente al no poder conocer y detectar a tiempo todas las probabilidades de lesión y reparar el daño en el caso de derechos irreparables, sino a través de la coerción de índole psicológica recurriendo a la conminación penal que expresa y anuncia anticipadamente a los ciudadanos el mal que se les impondría en caso de realizar un acto prohibido. Así, la pena actuaría como un factor inhibitorio que pretende evitar que delincan, reprimiendo su impulso sensual a cometer lesiones jurídicas⁹⁶.

Su teoría ha sido criticada, por el hecho de que la supuesta coerción psicológica no es posible en toda la población ya que solo un número reducido de ciudadanos tendría conocimiento de la norma jurídico-penal, y por la falta de eficacia de su función motivadora ya que el delincuente antes de delinquir puede evaluar los costes y beneficios de su acción, y si resultasen los beneficios mayores que el mal a infligirle, por ejemplo cuando se va a obtener una suma de dinero exorbitante mediante la defraudación, cometería el delito, no viéndose amenazado por la pena. En este sentido la prevención general negativa se limitaría a los delitos en los que el agente hace efectivamente dicha ponderación, excluyéndose los delitos pasionales en los

⁹⁶ Vid. FEUERBACH. *Tratado de Derecho penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 1899, pp. 58-62; LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Ob. cit., pp.22-25; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general fundamentos*. Ob. cit., pp. 218-219.

que no existe. Además se le refuta que lo que verdaderamente influye sobre la persona antes de delinquir no es la amenaza de la magnitud de la pena, sino el riesgo a ser atrapados y condenados⁹⁷.

En segundo lugar, la prevención general negativa en la ejecución de la pena, fue desarrollada por el filósofo inglés BENTHAM con el diseño de un modelo de cárcel llamada “panóptica” que permitía a los ciudadanos observar como los condenados cumplían su condena, disuadiéndoles a cometer delitos, de lo contrario les sucedería lo mismo. Si bien ha sido duramente criticada y rechazada por nuestra tradición jurídica al suponer la instrumentalización de la persona por fines meramente preventivos, ha sido acogida en la filosofía utilitarista de Estados Unidos al considerar que el sufrimiento de uno se justifica si con ello se obtiene la felicidad de la mayoría⁹⁸.

En fin, la teoría de prevención general negativa o puramente intimidatoria ha sido objeto de numerosas críticas que se resumen en su tendencia al terror penal o estatal, caracterizada por la instrumentalización de la persona, llegando incluso a castigar a inocentes sólo para que sean ejemplo para no delinquir; y por la progresiva agravación de la amenaza penal al ser la lógica que mientras más duras sean las penas, mayor será su efecto intimidatorio.

Bajo este razonamiento, el criterio que se adopta para determinar la clase y magnitud de las penas es la frecuencia con que el delito se da en la sociedad, respondiendo exclusivamente a fines sociales y políticos del Estado, y no la gravedad del daño social causado ni el grado de culpabilidad del autor. De esta manera, los delitos más

⁹⁷ Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., p.91; GORRA, Daniel Gustavo. *Fundamentos fines de la pena. Una visión desde la dogmática penal*. Ob. cit., pp. 40-41; GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Ob.cit., pp.47-49.

⁹⁸ Vid. GORRA, Daniel Gustavo. *Fundamentos fines de la pena. Una visión desde la dogmática penal*. Ob. cit., pp. 42-44; GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Ob.cit., pp.49-50.

frecuentes pero de poca gravedad se castigan con penas más altas con el fin de contrarrestar su realización, y los delitos infrecuentes pero más graves con penas leves, cuando en realidad la ley debería tener mayor interés en evitar los delitos más graves amenazándolos con sanciones superiores⁹⁹.

B. Prevención general positiva o integradora

La teoría de prevención general positiva formulada por WELZEL y desarrollada por JAKOBS, aparece para superar el fracaso de la prevención general negativa, al considerar que la intimidación con la amenaza penal no es la única vía a través de la cual la pena puede cumplir su función social de motivar a los ciudadanos a abstenerse de cometer delitos, sino también mediante la afirmación positiva del Derecho.

WELZEL propone que a través de la imposición de una pena justa se afirma el contenido valorativo de la norma transgredida, es decir, los valores ético- sociales contenidos en ella, recuperando su plena vigencia¹⁰⁰. Así, se refuerza la confianza de los ciudadanos sobre la inviolabilidad del sistema, y de su efectiva protección frente a los distintos ataques criminales, asegurando la actitud de respeto que deben conservar todos hacia las normas jurídicas fundamentales¹⁰¹.

⁹⁹ Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., pp.82-84; ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., p.92-93; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general fundamentos*. Ob. cit., pp.220-226; ABEL SOUTO, Miguel. *Teorías de la Pena y límites al Ius Puniendi desde el Estado Democrático*. Ob. cit., p. 43-45; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALIAGA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., pp.39-42; VELASQUEZ V., Fernando. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., pp.113-114.

¹⁰⁰ Cfr. WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987, pp. 330-331.

¹⁰¹ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y control social*. Ob. cit., pp. 41; ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., p.91; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALIAGA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Ob.cit., pp.43-46; GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Ob.cit., p. 50.

De este modo, la teoría implica que el Derecho Penal realiza una labor pedagógica y educativa en los ciudadanos fieles y cumplidores del Derecho mediante la imposición de un conjunto de valores éticos-sociales que tiene como fin fortalecer el respeto hacia los bienes jurídicos y así evitar que delincan. De ahí que se cuestione la ampliación de la injerencia del Derecho Penal en la esfera de la actitud interna del ciudadano, ya que al imponerle esos valores se vulnera su derecho al libre desarrollo de la personalidad¹⁰².

Para JAKOBS, con su sistema funcionalista-normativista, las normas jurídico-penales contienen unas expectativas sociales de no realizar conductas socialmente perturbadoras que deberán respetar los ciudadanos, y el delito su defraudación que ocasiona que la norma pierda su vigencia, siendo la misión del Derecho Penal y de la pena, con la que se retribuye al autor del delito el haber cuestionado las normas y haber atentado contra la confianza de la sociedad en las mismas, reafirmar su vigencia, recuperando esa confianza y la fidelidad de los ciudadanos hacia el Derecho¹⁰³.

Así, propone que la función primordial de la pena es la confirmación de la vigencia de la norma defraudada, al ser entendida como modelo orientador del comportamiento y de las relaciones sociales, y no motivar a las personas a proteger los bienes jurídicos evitando su lesión al considerar que aparece en escena cuando ya han sido lesionado¹⁰⁴.

Si bien, esta teoría ha significado la limitación del *Ius Puniendi* al evitar la tendencia peligrosa de la prevención general negativa hacia el terror penal, no ha sido ajena a varias objeciones. En primer lugar, se le cuestiona haber desvinculado de la pena la función protectora de bienes

¹⁰² Vid. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general fundamentos*. Ob. cit., pp.230-233; GORRA, Daniel Gustavo. *Fundamentos fines de la pena. Una visión desde la dogmática penal*. Ob. cit., pp. 45-46; GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Ob.cit., p. 51.

¹⁰³ Cfr. JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Ob. cit., pp. 32-33.

¹⁰⁴ Vid. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Ob. cit., p. 29.

jurídicos al definir al delito no como la lesión de uno de ellos sino como expresión de falta de lealtad o fidelidad al Derecho que cuestiona la confianza en el sistema, corriendo el riesgo de anteponer la preservación del mismo a los derechos y garantías del individuo, resultando más asfixiante e irracional que la prevención general negativa. En segundo lugar, al no orientar a la pena en la culpabilidad ni en los daños sociales causados sino en las manifestaciones de criminalidad más desestabilizadoras del sistema que suelen generar mayor alarma social, y por último pretender la formación de una conciencia jurídica en el ciudadano que no corresponde al Derecho Penal, debiendo limitarse a exigir el cumplimiento externo de sus mandatos y prohibiciones¹⁰⁵.

2.2.2. Teoría de Prevención especial

La teoría de prevención especial, desarrollada en la política-criminal de VON LISZT con su Programa de Marburgo de 1882 y por el positivismo italiano, surgió como reacción contra los planteamientos retribucionistas incapaces de frenar el aumento de la criminalidad y contra los excesos de la teoría de prevención general.

Esta teoría plantea que el efecto motivador de la pena no se dirige a la colectividad sino al delincuente, al sujeto que ya ha delinquido y sobre el que resultó ineficaz la prevención general, para evitar que vuelva a cometer hechos delictivos (reincidencia) a través de la ejecución de la pena impuesta¹⁰⁶, que opera de distinta forma según la clase de delincuente que se trate: para el delincuente ocasional que no requiere

¹⁰⁵ Vid. LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Ob. cit., pp.28-31. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general fundamentos*. Ob. cit., pp.235-236; ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos del Derecho Penal*. Ob. cit., pp. 76-80; COBO DEL ROSAL, M; VIVES ANTON, T.S. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., p.619; ABEL SOUTO, Miguel. *Teorías de la Pena y límites al Ius Puniendi desde el Estado Democrático*. Ob. cit., pp. 46-47.

¹⁰⁶ Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., pp. 85-88; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Ob. cit., pp. 29-34; ABEL SOUTO, Miguel. *Teorías de la Pena y límites al Ius Puniendi desde el Estado Democrático*. Ob. cit., pp. 33-34; ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos del Derecho Penal*. Ob. cit., pp. 73-74.

corrección, la intimidación, para el delincuente corregible, la corrección y su resocialización, y para el delincuente habitual incorregible la inocuización, que consiste en aislarlo de la sociedad para asegurar la vida en común¹⁰⁷.

El criterio que utiliza para diferenciar a los delincuentes ha sido el juicio sobre su predisposición a la criminalidad, es decir, la peligrosidad que representan en la comisión de futuros delitos, que de resultar positivo exige que se le imponga una pena, o mejor dicho, se le someta a un tratamiento terapéutico, mediante el cual el Estado imparte una educación forzosa, con el fin de frenar y eliminar su inclinación a delinquir. De manera que considera al delito como una patología social que debe prevenirse, actuando el Estado como un médico de cabecera que no espera a que la enfermedad se manifieste en su paciente, sino que trata a la misma preventivamente¹⁰⁸.

Al tener acogida en la corriente resocializadora, sobre todo en los Estados Unidos y en los países escandinavos, la resocialización se vuelve el fundamento y fin de la pena que implica que el tratamiento terapéutico al que se someta al delincuente debe brindarle la posibilidad de poder reinsertarse en la sociedad una vez cumplido su castigo. También dio lugar a las medidas de seguridad que se asentaron sobre la lógica de la peligrosidad del autor y el tratamiento¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Vid. GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Ob.cit., p. 51; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., p.85; ALBERTO DONNA, Edgardo. *Teoría del delito y de la pena. Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad*. Ob. cit., 64-67; LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Ob. cit., pp. 32-33; LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal*. Reus S.A. 2da ed., Madrid, 1926-1927, pp. 5-7.

¹⁰⁸ Vid. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general fundamentos*. Ob. cit., p.240; LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Ob. cit., p.34.

¹⁰⁹ Vid. GORRA, Daniel Gustavo. *Fundamentos fines de la pena. Una visión desde la dogmática penal*. Ob. cit., pp. 48-49; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general fundamentos*. Ob. cit., pp.241-243.

Si bien la teoría preventivo-especial sirvió de base para las reformas legislativas de los Códigos Penales del siglo XIX, en cuanto a que la ejecución de la pena debe crear posibilidades de resocialización, se le ha cuestionado que ésta no es fin ni fundamento de la pena sino una garantía más que el Estado le ofrece al delincuente y que dependerá su aceptación de su libre voluntad¹¹⁰.

La crítica hacia esta teoría radica en que no establece los parámetros dentro de los cuales se entiende que el delincuente ha quedado resocializado y como consecuencia se imponen penas o tratamientos indeterminados y de mayor dureza, sin respetar la proporcionalidad que debe existir entre el delito y la pena; y en que se cuestiona si la supuesta reconciliación con la sociedad es posible teniendo en cuenta el estado actual de los centros penitenciarios y que los efectos de la pena más que resocializar, estigmatizan al delincuente con la creación de sus antecedentes penales que se presentan como obstáculos para establecer relaciones sociales, incentivando su tendencia a la reincidencia¹¹¹.

Además, al basar la imposición de la pena en la peligrosidad que representa el delincuente en contra de la seguridad y no en el hecho penal ni en el daño causado, vulnera el principio de hecho y el de culpabilidad, al considerar que el proceso resocializador debe iniciarse cuando se compruebe la predisposición para delinquir aunque aún no se haya cometido el delito¹¹².

Lo que supone en primer lugar, la ampliación de la intervención punitiva en los ámbitos de la vida privada del autor ya que en base a consideraciones personales, como su

¹¹⁰ Vid. LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Ob. cit., p.39.

¹¹¹ Vid. GORRA, Daniel Gustavo. *Fundamentos fines de la pena. Una visión desde la dogmática penal*. Ob. cit., pp. 49-52; GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Ob.cit., p. 52; ABEL SOUTO, Miguel. *Teorías de la Pena y límites al Ius Puniendi desde el Estado Democrático*. Ob. cit., pp. 47-49.

¹¹² Vid. LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Ob. cit., pp.37-38; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general fundamentos*. Ob. cit., p. 247.

estilo de vida, sus problemas familiares etc., efectúa el juicio de peligrosidad, y en segundo lugar, el error de considerar que los delitos ocasionales, pequeños e imprudentes deben quedar impunes al no existir peligro de reincidencia, cuando en realidad representan gran parte del porcentaje de criminalidad, y que en cambio, los delitos de poca importancia pero más frecuentes que expresan mayor peligrosidad deben ser penados mediante un tratamiento terapéutico¹¹³, siendo su aplicación inaceptable al implicar que el Estado ejerza una educación forzosa sobre el delincuente vulnerando su derecho al libre desarrollo de la personalidad¹¹⁴.

2.3. Teorías mixtas, de la unión o eclécticas

Las teorías mixtas aparecen con el objetivo de conciliar y corregir los excesos de las teorías absolutas y relativas, al considerar que por sí solas no pueden determinar el fundamento y fin de la pena, y proponen que el Derecho Penal cumple su función de protección de la sociedad a través de la combinación de los planteamientos retribucionistas y los fines de prevención que lleva a la imposición de una pena justa y útil al mismo tiempo. Dentro de ellas destacan la teoría de la unión o unificadora y la teoría dialéctica de la unión formulada por ROXIN.

Mientras la teoría de la unión o unificadora pretende la síntesis de ambas con la mera yuxtaposición y acumulación de la función retributiva, preventivo-general y resocializadora sin establecer el orden en que deben presentarse en el momento de la conminación penal, imposición y ejecución de la pena, originando que el legislador y el juez recurran a cualquiera de ellas para legitimar y justificar la pena que desean imponer según el fin que persigan; la teoría dialéctica de ROXIN, en cambio, considerada como la más idónea frente a la arbitrariedad que origina la simple suma desordenada, busca ordenar el recurso a dichas funciones mediante la asignación de cada una de ellas a cada momento de

¹¹³ Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., pp.86-87; LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Ob. cit., pp.36-37; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general fundamentos*. Ob. cit., pp.244-252.

¹¹⁴ Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., p.88.

existencia de la pena¹¹⁵.

Bajo este razonamiento, la pena no tiene un fin único y exclusivo, sino que como afirma MUÑOZ CONDE “es un fenómeno pluridimensional”¹¹⁶ que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que aparece.

En el momento de la conminación penal, la pena cumpliría la función de prevención general, mediante la amenaza de imponer un mal a quien transgreda la norma, justificada en la protección subsidiaria de bienes jurídicos; en la imposición judicial, que confirma la seriedad de la amenaza expresada en la ley, cumple la función de retribución y de prevención especial, ya que la medida de la pena debe retribuir el daño causado de acuerdo al grado de culpabilidad del autor del delito no pudiendo sobrepasarse pero si ser inferior atendiendo a sus circunstancias personales; y en la ejecución de la pena, la prevención especial de manera que posibilite su resocialización y reinserción en la sociedad, con la salvedad que la aceptación del programa resocializador depende de la voluntad del penado y no puede ser coaccionado en respeto a su dignidad y libertad individual¹¹⁷.

Si bien se le cuestiona a la teoría haber admitido a la culpabilidad como límite de la intervención punitiva del Estado, al ser un presupuesto metafísico no demostrable que fundamenta a la pena en las teorías absolutas, ROXIN considera que la crítica procedería en el caso de fundamentar a la pena con la culpabilidad, pero no si se le concibe como principio limitador de la injerencia estatal en beneficio del individuo, defendiéndolo de los posibles excesos de la prevención general y especial. Así, la magnitud de la pena no puede sobrepasar la culpabilidad del autor del delito, pero

¹¹⁵ Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp. 93-98.

¹¹⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., p.50.

¹¹⁷ Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., pp.97-98; GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Ob.cit., p. 54; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., pp.87-91; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Ob. cit., pp.29-34; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general fundamentos*. Ob. cit., pp. 264-266.

si quedar por debajo por un fin preventivo, en respeto a la dignidad y libertad del hombre y en contra de su instrumentalización¹¹⁸.

De allí, la aceptación de la teoría de la unión por la legislación penal vigente de nuestro entorno jurídico al considerar a la pena como una necesidad social para la protección de bienes jurídicos, que debe ser justa, es decir, acorde al grado de culpabilidad del autor del delito y estar encaminada a la resocialización del penado¹¹⁹.

3. La función de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho

La pena, como principal instrumento de intervención penal, ha variado en su función en las diversas concepciones del Estado y del Derecho Penal que han aparecido a lo largo de la historia, según la teoría de la pena a la que se hayan adscrito.

En un inicio, en el Estado teocrático la pena se justificó como la realización de la justicia en la tierra al considerar su imposición como un castigo divino. En el Estado absoluto, o época de terror penal, se le atribuyó una función de prevención general del delito sin límites, que originó una serie de abusos y excesos por parte del poder estatal que atentaron contra la libertad y dignidad de las personas al haberseles instrumentalizado bajo fines meramente preventivos. En el Estado liberal, en cambio, caracterizado por someter el poder al Derecho y por la igualdad de los hombres ante la ley entendida en forma absoluta, la pena buscó no sólo la prevención de delitos sino también la retribución del mal cometido que actuaría como límite de la potestad punitiva, castigando al delincuente según su grado de culpabilidad y no más allá¹²⁰.

¹¹⁸ Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., pp.99-100; DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Culpabilidad y fines de la pena. Con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*. Grijley, Lima, 2008, pp. 69- 83; LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Ob. cit., pp.41-42; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general fundamentos*. Ob. cit., pp. 267-269.

¹¹⁹ Vid. VELASQUEZ V., Fernando. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., pp. 119-120; DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Culpabilidad y fines de la pena. Con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*. Ob. cit., pp. 39- 50.

¹²⁰ Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte general*. Ob. cit., pp.93-94.

Con la aparición del Estado social intervencionista, que reforzó la lucha contra la delincuencia que iba en aumento, se le atribuyó la función de prevención del delito acogiendo a la función de prevención especial y a las medidas de seguridad. Pero, en algunos países condujo a sistemas políticos totalitarios preocupados más por la eficiencia y vigencia del sistema penal que por servir a los ciudadanos, optando por una mayor represión penal ante el incremento de la criminalidad y por una intromisión penal excesiva en la esfera privada de las personas, al no existir un control riguroso que limitara la intervención punitiva¹²¹.

Para contrarrestar esas situaciones de horror, surgió el Estado social y democrático de Derecho que, en cuanto social, no renuncia a su incidencia activa en la lucha contra la delincuencia a través de la prevención del delito para la protección de los bienes jurídicos y como consecuencia la confirmación de la vigencia de la norma transgredida, conduciéndola al servicio real de todos los ciudadanos; y en cuanto democrático, somete dicha prevención a una serie de límites jurídicos que impidan su perversión, en respeto a la dignidad de todos, mayorías y minorías, incluido el condenado, a quien se le ofrece la posibilidad de su resocialización y reinserción en la sociedad¹²².

Así, la pena tiene asignada la función de prevención del delito, midiendo su eficacia no en los delitos que se siguen cometiendo sino en los muchos otros que gracias a la intimidación no llegan a cometerse, ya que sería una pretensión ilusoria la erradicación del delito en la sociedad al ser inevitables los conflictos sociales y por la existencia de delincuentes profesionales, habituales e impulsivos ocasionales que no son intimidables. Siendo necesario imponer una serie de límites al poder punitivo del Estado de naturaleza retributiva, refiriéndonos al principio de culpabilidad y proporcionalidad de las penas, que eviten posibles excesos en garantía de la libertad individual y de la sociedad en general, advirtiendo que la clave para luchar contra la delincuencia y prevenir que los ciudadanos delincan, no está en agravar la magnitud de las penas sino en intensificar la persecución penal¹²³.

¹²¹ Vid. MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Bosch 2da ed., Barcelona, 1982, pp.27-29.

¹²² Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte general*. Ob. cit., pp. 95; MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Ob. cit., pp.29-40.

¹²³ Vid. LESCH, Heiko H. La función de la pena. Ob. cit., pp.26-27; ROXIN, Claus.

Y en cuanto a las medidas de seguridad, como otra consecuencia jurídica del delito, tienen asignada la función de prevención especial, al incidir sobre el sujeto que resulte inimputable pero peligroso para evitar futuras lesiones de bienes jurídicos, a través de la imposición de un tratamiento correctivo. Su medida deberá ser proporcional en relación a su peligrosidad delictiva, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado¹²⁴.

4. La función de la pena en la legislación penal peruana

El Estado peruano, conforme al artículo 44° de la CP, tiene como deber primordial proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general a través de las distintas ramas que conforman el ordenamiento jurídico, siendo una de ellas el Derecho Penal, encargado de regular el Ius Puniendi de titularidad del Estado.

Por la función social que desempeña, de garantizar la seguridad de la población y el orden público interno, es el único facultado a limitar o restringir el derecho fundamental a la libertad personal, mediante la descripción de las conductas consideradas como antijurídicas, de las sanciones penales y de su ejecución, estando obligado a diseñar la política criminal en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1° de la CP que asigna como fin supremo de la sociedad y del Estado “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad”¹²⁵.

De manera que la legitimidad del poder punitivo, dependerá de su sometimiento a determinados límites establecidos en la CP y en el Código Penal, que tienen como fin evitar que tanto el legislador como el juez penal pequen de excesos en su lucha contra el fenómeno de la delincuencia, y del uso de instrumentos adecuados para ello, y al mismo tiempo, para la protección y defensa de los derechos fundamentales de

Derecho Penal Parte General. Ob. cit., p.93; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general fundamentos*. Ob. cit., p.228; ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos del Derecho penal*. Ob. cit., p.75; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., pp. 116-117.

¹²⁴ Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte general*. Ob. cit., pp.92-93; GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Ob.cit., p. 63-64.

¹²⁵EXP. N° 00033-2007-PI/TC, de fecha 13 de febrero del 2009, F.J. 36-37. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00033-2007-AI.html> . Consultada el 22 de Noviembre 2016.

los ciudadanos que en ningún momento pueden verse mermados.

Respecto a los instrumentos utilizados, que en concreto son la pena y las medidas de seguridad, cabe identificar a cuál de las teorías, descritas en líneas anteriores, se ha adscrito el ordenamiento peruano.

A primera vista, podría afirmarse que el Código Penal es retribucionista, al considerar a la pena como un mal que se impone como respuesta a la comisión de un delito. Sin embargo, la equiparación conceptual de pena con castigo, no implica que su función se agote en generar un mal al penado sin ninguna utilidad social. Por ello la teoría absoluta de la pena defendida por los idealistas alemanes ha sido rechazada por nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 0019-2005 sobre Acción de Inconstitucionalidad, al constituir la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana reconocido en el artículo 1° de la CP y al no generar ningún beneficio, ni para la sociedad ni para el autor del delito¹²⁶.

Como manifestaciones del rechazo de nuestro Código Penal a las teorías absolutas, tenemos en primer lugar la protección fragmentaria que hace de los bienes jurídicos, castigando únicamente los ataques más intolerables que puedan amenazarlos, al considerar que la pena no tiene como función la realización de la Justicia a través de la reparación del mal causado según su gravedad, sino la prevención de dichos ataques teniendo en cuenta su peligrosidad conforme a la cual variará la levedad o severidad de las penas; y en segundo lugar la regulación de instituciones para la determinación y cumplimiento de las penas, como la reserva del fallo condenatorio, la exención de la pena, la suspensión de la ejecución de la pena, los beneficios penitenciarios, el mecanismo del dos por uno, los indultos, entre otros, que implican que la pena impuesta no necesariamente debe ser igual a la ofensa, ni ser ejecutada en su totalidad pudiendo quedar en suspenso su cumplimiento, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas y personales en las cuales se dio el hecho en concreto¹²⁷.

¹²⁶EXP. N° 0019-2005-PI/TC, de fecha 21 de julio del 2005, F.J. 37. Disponible en <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00019-2005-AI.html> Consultada el 22 de Noviembre de 2016.

¹²⁷ Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte general*. Ob. cit., pp. 96-97.

Ahora, si tomamos de referencia el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, podríamos afirmar que el ordenamiento peruano se adscribe a las teorías relativas de la pena, al atribuirle las funciones de prevención, protección y resocialización y a las medidas de seguridad los fines de curación, tutela y rehabilitación, de modo que la pena cumpliría una función preventiva tanto especial como general.

Una función de prevención general al servir su imposición de ejemplo para evitar la comisión de delitos, influyendo en el comportamiento de la comunidad en general para que opten por actuar conforme al Derecho, y una función de prevención especial dirigida al autor del delito con la que se le brinda la posibilidad de su reeducación y resocialización.

Pues bien, conociendo los excesos y errores en los que han sucumbido las teorías relativas, no deben ser acogidas tal y como fueron formuladas. Más bien, la función de prevención de la pena debe estar orientada por los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad, siendo los dos últimos el principal aporte de las teorías absolutas, que si bien no sirven como fundamento de su función, actúan como sus límites.

De allí, puede deducirse que la pena no cumple una única función, sino varias que tienden al mismo objetivo: la evitación de delitos como forma de proteger a la sociedad, y para su cabal cumplimiento necesitan organizarse mediante la teoría dialéctica de la unión de ROXIN, acogida por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia N° 0019-2005, en la que procede a armar una teoría de la pena que unifica las teorías de prevención general y especial, asignando las funciones que proponen a cada momento de existencia de la pena, la conminación penal, la individualización judicial y su ejecución, limitándolas con los principios de cuño retribucionista¹²⁸.

En primer lugar, en el momento de la conminación penal, cumple la función de prevención general con la tipificación que hace el legislador de la conducta delictiva junto a las circunstancias que lo fundamentan (como su forma de realización, agravantes, atenuantes) teniendo en cuenta su gravedad y peligrosidad; y de la sanción penal respectiva. Se

¹²⁸ EXP. N° 0019-2005-PI/TC. Ob. Cit., F.J. 33.

dirige a la colectividad, con la amenaza de imponer un mal sobre el ciudadano que incurra en una conducta antijurídica, con el fin de evitar ataques a los bienes jurídicos penalmente tutelados. De esta manera, la norma transgredida recupera su vigencia y se renueva la confianza de la ciudadanía en la eficacia del sistema penal para perseguir y sancionar la comisión de delitos.

En cuanto a la pena, establece su clase y duración dentro de un marco de mínimos y máximos acordes a los fines preventivos. El artículo 28° del Código Penal regula cuatro clases de penas: privativa de libertad, restrictivas de libertad, limitativas de derechos y multas, siendo la primera la más recurrida en los delitos de la Parte Especial del Código que puede ser temporal, con una duración mínima de dos días y máxima de 35 años, o de cadena perpetua. Si tenemos en consideración que uno de los fines de la pena es la resocialización del penado, se podría cuestionar si en los 35 años de duración máxima es posible y verificable, y si puede alcanzarse en el caso de una pena excesivamente corta de dos días y en el de cadena perpetua asignada por ejemplo al delito de feminicidio cuando concurren dos o más agravantes (artículo 108°-B), al de violación sexual de menor de 10 años (artículo 173°.1), etc.

En segundo lugar, en la individualización judicial de la pena, cumple la función de prevención especial limitada por los principios de culpabilidad y proporcionalidad de las penas de naturaleza retribucionista. Al poder judicial le corresponde reprimir las conductas delictivas comprobadas en un debido proceso, con la pena que resulte correspondiente dentro del marco de mínimos y máximos que el legislador ha establecido para cada tipo penal, teniendo en cuenta las condiciones personales del autor, su participación en el hecho, el daño causado con su acción a los bienes protegidos, etc., no pudiendo sobrepasar el grado de su culpabilidad en resguardo de su dignidad, como indica el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal.

Es así, que el juez dependiendo de las circunstancias del caso en concreto, puede optar por aplicar las causales que eximen o atenúan la responsabilidad penal conforme a los artículos del 20° al 22° del Código Penal y por otras instituciones reguladas para la determinación y cumplimiento de las penas acordes a los fines preventivos, como la reserva del fallo condenatorio, la exención de la pena, la sustitución de penas, etc., que permiten al autor de determinados delitos escapar de los

efectos negativos y estigmatizadores que la pena genera en su vida con la creación de sus antecedentes penales, que en palabras coloquiales serán su cruz por el resto de sus existencia.

Y por último, en la ejecución de la pena, desempeña la función de prevención especial con la resocialización del penado, garantizándole un tratamiento penitenciario acorde a su condición de ser humano y en respeto a su dignidad aunque se encuentre privado de su libertad, conforme al artículo 139° inciso 22 de la CP que establece que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, que a su vez es congruente con el artículo 10°.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al señalar que el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.

En otras palabras, se busca que el penado adquiera actitudes de respeto hacia el Derecho que le permitan actuar correctamente durante su vida en libertad, para su introducción en la sociedad y la recuperación de todos sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos¹²⁹, mediante la creación de programas resocializadores en los centros penitenciarios o cárceles que deberán ser adecuadas para el desenvolvimiento personal del penado y la concesión de beneficios penitenciarios considerados como garantías a su favor, que implican que antes de la culminación de las penas que se les hayan impuesto, puedan recobrar su libertad si los propósitos de la pena hubiesen sido cumplidos, como por ejemplo, la redención de la pena por el trabajo y la educación, la semilibertad, la libertad condicional, entre otros. En sí, su fin es concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del penado, dependiendo su aplicación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley, de su personalidad y de los bienes que se busca proteger¹³⁰.

En fin, podemos concluir que la pena en el Derecho Penal Peruano tiene una esencia retributiva, al suponer la imposición de un mal por la acción típica, antijurídica y culpable del delincuente, sin agotarse en ella, teniendo además una naturaleza preventiva que le asigna la función de

¹²⁹EXP. N° 00033-2007-PI/TC. Ob. cit., F.J. 31.

¹³⁰EXP. N° 00010-2002-AI/TC, de fecha 03 de enero del 2003, F.J. 208. Disponible en <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html> Consultada el 22 de Noviembre de 2016.

luchar contra el delito mediante su prevención con la intimidación y el restablecimiento de la confianza de los ciudadanos en la norma transgredida, limitada por el principio de culpabilidad y proporcionalidad de las penas, debiendo incidir directamente en el sujeto penado para su reeducación, reconciliación y reinserción a la sociedad, fomentando en él una actitud de respeto a las normas jurídicas.

CAPÍTULO III

EL FEMINICIDIO Y SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

1. Aspectos Generales: La violencia contra la mujer por cuestión de género

La violencia ejercida contra las mujeres por el simple hecho de “ser mujeres”, constituye la máxima manifestación del reparto inequitativo de roles que las sociedades modernas han heredado, caracterizado por la primacía de las relaciones de desigualdad y discriminación entre ellas y los hombres; y que ha incidido en la construcción de un sistema social en el que se atribuye a estos últimos una posición de superioridad con respecto al género femenino en base a diferencias meramente biológicas, y en la propagación de una cultura machista cada vez más cimentada en la mentalidad social¹³¹.

En consecuencia, la posición de inferioridad y subordinación en la que el sistema coloca a la mujer, vista como un objeto más de propiedad del varón sobre el cual ejerce su dominio, la convierte en una víctima potencial de actos violentos y agresiones a manos de éste que se cree con la autoridad para someterla; al dar origen a la formación de prejuicios sociales y estereotipos culturales arraigados desde las sociedades más primitivas, que tienen como objeto denigrar y discriminar en razón al

¹³¹ Vid. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe N° 04-2010/DP-ADM. Femicidio en el Perú: Estudio de expedientes judiciales*. Lima, diciembre de 2010, p. 33-34. Disponible en <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/varios/2010/informe-femicidio.pdf>. Consultado el 12 de mayo de 2015.

género, y que propician la vulneración abierta de los derechos y libertades que como miembros del conjunto social deben gozar a plenitud.

Conforme al artículo 1° de la Convención Belém do Pará, se entiende por violencia contra la mujer a cualquier acción o conducta que basada en su género, le cause la muerte, o un daño, sufrimiento físico, sexual o psicológico tanto en el ámbito público como en el privado¹³², es decir, que impliquen la efectiva violación de los derechos y libertades fundamentales que al igual que al varón les han sido reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y en otros instrumentos internacionales y nacionales, siendo éstos la vida, la integridad, la libertad y la dignidad, al suponer la limitación de su goce y ejercicio, ya sea de manera total o parcial¹³³.

Esta actitud de rechazo y discriminación hacia la mujer, trasciende en todos los sectores de la sociedad, independientemente de la raza, cultura o grupo étnico al que pertenezca, de su nivel de educación, edad, religión, etc., y suele manifestarse bajo las modalidades de violación sexual, tortura, prostitución obligada, hostigamiento sexual, esterilización forzada, violencia intrafamiliar, acoso laboral, entre otras¹³⁴, que pueden en el peor de los casos culminar con su muerte, momento en el que el acto de violencia se convierte en feminicidio.

Frente a esta realidad, cada vez más frecuente en la sociedad y que bajo ningún contexto ni circunstancia debe ser tolerada, se han llevado a cabo una serie de conferencias y reuniones a nivel mundial con el objetivo de resaltar la importancia de eliminar la violencia contra la mujer y los prejuicios sexistas existentes en la administración de justicia, imponiendo como deber a los distintos estados, la implementación de un sistema de protección y defensa de los derechos de la mujer, que se

¹³² Artículo 1° de Convención Belém do Pará, adoptada por la OEA, y ratificada por Perú en 1996.

¹³³ Vid. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *I Informe Regional: Situación y análisis del feminicidio en la región centroamericana*. Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, San José, Agosto 2006, pp. 30-31. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24585.pdf>. Consultado el 13 de mayo de 2015.

¹³⁴ *Ibíd.*, p. 34.

muestre efectivo en su función de frenar, disminuir y eliminar los actos de violencia, a fin de garantizarles una vida libre de violencia y una plena e igualitaria participación en todas las esferas de la vida social.

1.1 El Derecho Internacional de Derechos Humanos y la violencia contra la mujer

Los primeros tratados y documentos del Derecho Internacional de Derechos Humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) proclamaron la defensa y protección de los derechos humanos de manera neutral, es decir, de manera equitativa y objetiva, sin hacer distinciones entre hombres y mujeres, y sin incluir la perspectiva de género, al considerar que el término “derechos humanos” o “derechos del hombre” eran suficientes para englobar a ambos.

Sin embargo, durante su desarrollo y evolución han sido incluidas nuevas perspectivas orientadas a la mejor y mayor protección de los derechos de las personas y a la lucha contra la discriminación, entre las que destaca la perspectiva de género considerada como un nuevo punto de partida para el estudio de las causas y consecuencias de las violaciones de los derechos humanos, y que han dado lugar a otros documentos que tienen como objetivos recuperar la vigencia y respeto de los derechos y libertades de las mujeres, así como eliminar la cultura de violencia por cuestión de género existente en la sociedad.

Es así, que bajo esta tendencia en el año 1979 la Asamblea General de la ONU aprobó la “Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer” denominada CEDAW por sus siglas en inglés (Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women) que se convertiría en palabras de CASTILLO APARICIO en el principal instrumento jurídico internacional de derechos humanos de carácter vinculante para las mujeres¹³⁵, y que consistiría en una serie de normas y obligaciones dirigidas hacia ellas con el propósito de reafirmar y defender su

¹³⁵ CASTILLO APARICIO, Jhonny E. *El delito de feminicidio. Análisis doctrinal y comentarios a la Ley N°30068*. Ediciones Normas Jurídicas, 2014, pp.34-35.

dignidad y derechos, a fin de garantizarles una plena participación en las esferas de la vida social en igualdad de condiciones con el varón y una vida libre de violencia, indispensables para el desarrollo social, para lo cual exige por parte del aparato estatal una pronta reacción frente a este fenómeno social y el despliegue de medidas apropiadas y eficaces, proponiendo en su artículo 4º inciso 1 la adopción de medidas de discriminación positiva, es decir, de acciones temporales que mediante un trato jurídico diferenciado a aquellas personas que en la realidad padecen desigualdades, permiten corregir situaciones de discriminación en un corto plazo, y cuya utilización ha resultado útil en la incorporación de las mujeres a los niveles de decisión, y en el acceso a cargos de representación, al Poder Judicial, y otros¹³⁶. De las recomendaciones que conforman la CEDAW, cabe hacer referencia a la Recomendación General N° 19 que marcó un precedente en la lucha contra la violencia de género, al definirla como una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre¹³⁷, y al exhortar a los Estados a luchar por su prevención y erradicación, imponiendo sobre ellos la responsabilidad por los actos de violencia que se cometan, al evidenciar su falta de diligencia.

En septiembre del año 1993 se llevó a cabo la Segunda Conferencia de Derechos Humanos en la ciudad de Viena, en la que se hizo especial referencia a los derechos de las mujeres y de las niñas, sobre los cuales se afirmó que son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales, y que por ende gozan de reconocimiento y protección internacional. Asimismo, abordó la preocupante situación de discriminación y violencia basada en el género, a la que vienen siendo expuestas las mujeres en todo el mundo, proponiendo su inclusión en los objetivos prioritarios de la comunidad internacional al considerarla incompatible con la dignidad y valor de la persona humana. De manera que instó a los Estados a trabajar y luchar por su pronta erradicación, mediante la adopción de medidas legislativas y con

¹³⁶ *Ibid.*, pp. 35-36.

¹³⁷ Recomendación General N° 19 CEDAW. Disponible en http://www.ipu.org/splze/cuenca10/cedaw_19.pdf. Consultada el 11 de Julio de 2016.

actividades nacionales y de cooperación internacional que tengan como fin garantizar el respeto a sus derechos a la vida, salud, integridad, libertad y seguridad¹³⁸.

En diciembre del mismo año, la Asamblea General de la ONU aprobó la “Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer” con la que se pretendía complementar y reforzar la protección que venía siendo otorgada por la CEDAW al considerar que la violencia contra la mujer constituye uno de los principales obstáculos para el logro de la igualdad, el desarrollo y la paz, y que debe ser superado de manera eficaz.

Por último, en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en el año 1994 se aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belem do Pará, creada específicamente para condenar las diversas formas de violencia a las que se encuentran sometidas y para imponer a los Estados la obligación de crear e implementar políticas que aseguren la debida diligencia en su prevención, investigación y sanción a través de procedimientos legales, justos y eficaces¹³⁹. Esta Convención tiene dos notas características: la definición que ofrece en su artículo 1° de “violencia contra la mujer” y la responsabilidad que impone al Estado que propicie la impunidad de estos actos violentos en razón al género.

En primer lugar, para efectos de esta Convención se entiende por violencia contra la mujer a cualquier acción o conducta que basada en una cuestión de género le cause la muerte, o el padecimiento de un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico tanto en el ámbito privado como en el público, al poder tener lugar dentro de la propia familia o en cualquier otra relación interpersonal, en la comunidad y por parte del Estado o de sus agentes que los toleran; y en segundo lugar, respecto a la

¹³⁸Declaración y Programa de Acción de Viena. Disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf. Consultado el 03 de Julio de 2016.

¹³⁹ Vid. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe N° 04-2010/DP-ADM. Femicidio en el Perú (...)*. Ob. cit., p. 15-16; DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Sobre género, derecho y discriminación*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 72-80.

responsabilidad del Estado, sanciona su falta de diligencia para prevenir, investigar y sancionar estos actos de violencia, es decir, la actuación ineficaz por parte de los operadores de la justicia en garantizar a las mujeres sus derechos de acceso a la justicia y de un debido proceso que sancione a los responsables y asegure el pago de una reparación por el daño causado, en base a estereotipos socioculturales que afectan su juicio¹⁴⁰.

Es así, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus pronunciamientos sobre los casos de violencia contra la mujer, ha defendido a capa y espada el derecho de la mujer a vivir una vida libre de violencia, en la que esté garantizado el goce y libre ejercicio de los otros derechos fundamentales que le han sido reconocidos¹⁴¹. Cabe hacer una breve referencia a la sentencia dictada en el caso *Claudia Ivette Gonzales, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez* contra el Estado de México del 16 de noviembre de 2009 sobre la desaparición y muerte de tres jóvenes cuyos cuerpos fueron encontrados en el campo algodonnero de la Ciudad Juárez el 6 de noviembre de 2001, en la que el Órgano de Justicia Internacional no solo condenó al Estado mexicano por incumplir sus deberes de protección a la víctimas y por las graves irregularidades detectadas en el proceso de investigación de los hechos¹⁴², sino que también reconoció a la

¹⁴⁰ Vid. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe N° 04-2010/DP-ADM. Femicidio en el Perú (...)*. Ob. cit., pp. 21-32; GARITA VILCHEZ, Ana Isabel. *La regulación de delito de femicidio/femicidio en América Latina y el Caribe*. En el marco de la Consultoría de la Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres, Panamá. Disponible en http://www.un.org/es/women/endviolence/pdf/reg_del_femicidio.pdf. Consultado el 19 de mayo de 2015.

¹⁴¹ Entre los pronunciamientos de la Corte Interamericana destacan el caso *María da Penha Fernández Vs. Brasil* de 16 de abril de 2001, el caso *del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú* del 25 de noviembre de 2006, el caso *Claudia Ivette Gonzales, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez Vs. México* del 16 de noviembre de 2009, el caso de la *Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala* del 24 de noviembre de 2009, el caso *Fernández Ortega y otros Vs. México* del 30 de agosto de 2010, entre otros.

¹⁴² Vid. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDDDH), *Caso Claudia Ivette Gonzales, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez vs. México*, 16 de noviembre de 2009, Fj. 164. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf. Consultado el 14 de mayo de 2015.

figura del feminicidio o homicidio de mujeres por razón de género como la máxima expresión de la violencia misógina, es decir, como el atentado más grave contra sus derechos y libertades vinculado directamente a la discriminación por razón de su sexo que englobaría las desapariciones y homicidios de niñas y mujeres¹⁴³.

Si bien la propuesta de la Corte Interamericana parecería exagerada e innecesaria al contar ya las legislaciones penales con los tipos penales de secuestro, desaparición y homicidio en sus distintas modalidades que brindarían una protección cabal a los bienes jurídicos vida y libertad de las mujeres, encuentra su justificación en la incapacidad de los tipos existentes para frenar la comisión de estos actos de violencia, reflejada en el incremento de las cifras de mujeres que se ven privadas de su libertad al ser sometidas a una serie de vejaciones y sufrimientos físicos y psicológicos, y que en la mayoría de los casos culminan con su muerte, debido a una cultura machista y de discriminación impregnada aún en las sociedades modernas, en las que a pesar de los cambios sociales que han experimentado los roles que la mujer desempeña ya sea a nivel familiar, profesional o personal, conservan aún la visión estereotipada sobre la mujer, de subordinación e inferioridad. Realidad que debe frenarse con urgencia al valorar el derecho a la vida como el presupuesto esencial para el ejercicio de todos sus demás derechos y libertades, siendo una obligación de los Estados garantizar y adoptar las medidas apropiadas para proteger y preservar su pleno y libre ejercicio, ya sean de carácter jurídico, político, administrativo o cultural con el fin de prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia.

2. El Feminicidio

El feminicidio, entendido como la forma más extrema de violencia de género o como el último eslabón de una larga vida de violencia que padecen las mujeres, se ha convertido en los últimos años en un fenómeno social que aqueja a las sociedades modernas, cuyos alcances se han propagado a nivel mundial, generando un ambiente de inseguridad

¹⁴³ *Ibid.*, fjs. 137-145.

que se ha visto reforzado por la desprotección estatal, y que resulta necesario ser enfrentado con rapidez, mediante la adopción de medidas y mecanismos oportunos que permitan la defensa del derecho de las mujeres a una vida sin violencia.

Su inclusión en las legislaciones penales ha tenido como fin dar nombre a un crimen específico que atenta contra el primero de los derechos fundamentales reconocidos al hombre y a la mujer, la vida humana, al implicar la muerte de una mujer a manos de un varón por su simple pertenencia al género femenino, y contra otros bienes jurídicos indispensables para su vida en sociedad, como la integridad personal, la libertad y la dignidad humana.

A continuación, procederé a analizar el significado del término feminicidio, y cómo ha sido introducido como un nuevo delito en nuestra ley penal.

2.1 Marco conceptual del feminicidio

El término feminicidio deriva de “*femicide*” cuya traducción es femicidio o feminicidio. La primera feminista en utilizar el término fue Diana Russell en 1976, al denunciar ante el Tribunal sobre Crímenes contra las Mujeres en Bruselas las muertes que se venían cometiendo por cuestión del sexo de la persona, denominando como feminicidio “al asesinato de mujeres por el hecho de ser mujeres”. En 1992, junto a Jill Radforden concluyeron que el feminicidio constituye el último eslabón de una larga vida de violencia contra las mujeres, es decir, como el punto final de una serie de abusos psicológicos, físicos y sexuales de los cuales son víctimas¹⁴⁴.

El feminicidio es el crimen contra las mujeres por razones de género, es decir, la privación arbitraria de la vida de una mujer por el simple hecho de ser mujer a manos de un varón en su deseo de obtener poder, dominación y control. Se le ha considerado también como el “genocidio contra las mujeres” o “crimen de odio contra la

¹⁴⁴ Vid. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe N° 04-2010/DP-ADM. Feminicidio en el Perú (...)*. Ob. cit., p. 36; CASTILLO APARICIO, Jhonny E. El delito de feminicidio. Análisis doctrinal y comentarios a la Ley N°30068. Ob.cit, pp.41-42.

mujer” por la crueldad y ensañamiento con la que actúa el género masculino, motivado por su falsa creencia de superioridad y por la cultura machista impregnada en la mentalidad social¹⁴⁵.

Usualmente es el resultado de una violencia reiterada y sistemática ejercida sobre la mujer, por lo que se considera como el último capítulo de toda una historia de violencia, que puede tener lugar en el ámbito público y privado, pudiendo ser cometido por conocidos, es decir, personas del sexo opuesto con los que la víctima mantiene un vínculo afectivo, amical o social, o simplemente desconocidos en condiciones de discriminación, del cual son víctimas potenciales todas las mujeres, sin importar la edad o la condición socioeconómica en la que viven¹⁴⁶.

Es así, que el feminicidio se presenta como un fenómeno social que constituye la mayor violación a los derechos humanos de las mujeres, al atentar directamente contra su vida, y como la forma más extrema de violencia que puede ejercerse sobre ellas, y que en la actualidad resulta imparables debido a la ausencia de una política pública eficaz que en vez de prevenir, sancionar y erradicar estos actos de violencia, ha incitado su tolerancia e impunidad.

Frente a esta cruda realidad, los Estados han optado por implementar medidas legislativas que tienen como objeto frenar los actos feminicidas y garantizar una vida libre de violencia para todas las mujeres sin distinción alguna, siendo una de ellas la creación e inclusión de un nuevo tipo penal a las legislaciones penales que llevaría por nombre “Feminicidio”, con la intención de que la sociedad conozca y reconozca la gravedad de este problema social, producto de la sumisión y discriminación en la que el hombre coloca a la mujer, y asuma ante él una posición de total rechazo al estar en juego derechos humanos que bajo ninguna circunstancia pueden verse vulnerados¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Vid. CASTILLO APARICIO, Jhonny E. *El delito de feminicidio. Análisis doctrinal y comentarios a la Ley N°30068*. Ob. cit., pp.43-45.

¹⁴⁶ Vid. FLORA TRISTÁN, Centro de la Mujer Peruana. *La violencia contra la Mujer. El Feminicidio en el Perú*. Lima, 2005, p. 14. Disponible en <http://www.flora.org.pe/pdfs/Feminicidio.pdf>. Consultado el 11 de Julio de 2016.

¹⁴⁷ Vid. LAURENZO COPELLO, Patricia. *Apuntes sobre el feminicidio*. Revista de Derecho Penal y Criminología N° 8, UNED, 2012, p. 121.

2.2 Clases de feminicidio

Como resultado de la evolución que ha experimentado el término feminicidio, se han establecido diversas clases o tipologías a través de las cuales puede manifestarse y que responden a las relaciones existentes entre el agresor y su víctima, variando su incidencia en cada país¹⁴⁸.

En primer lugar, el feminicidio íntimo se manifiesta cuando el agresor ha mantenido o mantiene una relación de pareja, de convivencia, familiar o afines a cualquiera de éstas con la víctima. El entorno doméstico y las relaciones de pareja se presentan como los principales escenarios en los que se dan con mayor intensidad las agresiones a las mujeres.

En segundo lugar, en el feminicidio no íntimo no existe una relación de pareja, de convivencia, familiar o afín a éstas, previa al homicidio. El autor es un extraño y las formas más frecuentes son las vinculadas a agresiones sexuales, asesinatos por motivos misóginos -desprecio hacia la mujer y voluntad de humillarlas- o relacionados con la elaboración de material pornográfico con componentes sádicos, el uso de mujeres como instrumento de guerra para sembrar el terror entre la población civil y desmoralizar al enemigo o como medio de venganza en el ámbito de la criminalidad organizada como en el tráfico de drogas.

Y en tercer lugar, el feminicidio por conexión ocurre contra las mujeres que teniendo una relación familiar o de amistad con otra mujer a quien el agresor intenta asesinar o agredir, intervienen para evitar los hechos de violencia o son atrapadas en la acción del feminicida.

¹⁴⁸ Vid. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *I Informe Regional: Situación y análisis del feminicidio en la región centroamericana*. Ob. cit., pp. 41-42; DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe N° 04-2010/DP-ADM. Feminicidio en el Perú (...)*. Ob. cit., p. 39; CASTILLO APARICIO, Jhonny E. *El delito de feminicidio. Análisis doctrinal y comentarios a la Ley N°30068*. Ob. cit., p.47.

2.3 La regulación del feminicidio en América Latina

El feminicidio, como la máxima expresión de violencia contra la mujer por su género, se ha convertido en uno de los problemas sociales que afecta en gran magnitud al género femenino en todo el mundo, siendo común que en los países latinos se reporten con frecuencia muertes violentas de mujeres a manos del hombre, sobre todo en el entorno doméstico y en las relaciones de pareja.

En respuesta a esta situación generalizada de violencia, y ante las demandas de las organizaciones de mujeres que exigen el respeto de sus derechos y libertades y al amparo de los instrumentos legales de carácter internacional que se han promulgado en los últimos años en los cuales han quedado plasmadas las bases y principios sobre los cuales los distintos Estados, en cumplimiento de su deber de prevenir y erradicar cualquier forma de amenaza y afectación a los derechos humanos de las mujeres, elaborarán sus propias legislaciones y programas, que deberán contener eficaces estrategias de persecución y sanción de estos actos de violencia y que garanticen la reparación y compensación de los daños causados, han sido distintas las medidas adoptadas en los países latinoamericanos siendo una de ellas la inclusión de la figura del feminicidio en sus legislaciones penales.

Es así, que el término “feminicidio” ha sido incluido de manera progresiva en los sistemas penales de varios países latinoamericanos como un nuevo tipo penal, adaptado a las exigencias de cada realidad social, con el cual se busca diferenciar los atentados cometidos contra la integridad, la salud, las libertades y la vida de las mujeres del concepto general de homicidio y de sus modalidades ya existentes en la ley penal, que sancionan los asesinatos cometidos contra cualquier persona sin distinción alguna. En países como Costa Rica, Honduras y el Ecuador, se ha adoptado el concepto de “femicidio” para describir los asesinatos de las mujeres, mientras que en Perú, México, Panamá y República Dominicana se utiliza el término “feminicidio” y en El Salvador, Guatemala, Bolivia y Paraguay ambos.

Algunos recogen al tipo penal en un sentido amplio, genérico e indirecto, sin su tipificación específica en los Códigos Penales al considerar que dentro de los tipos ya existentes puede incluirse perfectamente esta conducta antijurídica; mientras que otros han optado por su tipificación de manera independiente como una nueva modalidad del delito de homicidio con un articulado propio en razón al sexo del sujeto pasivo que experimenta la privación de sus derechos y libertades, de manera que este nuevo tipo penal tendría como agresor al hombre y como víctima a la mujer, englobando todas las formas posibles de dar muerte a una mujer, y una sanción específica aplicable únicamente en estos casos, la cual en atención a su frecuencia e implicancias sociales será más severa y gravosa que las sanciones ya impuestas al homicidio¹⁴⁹. Dentro del primer grupo están México, Guatemala, El Salvador y Nicaragua, y en el segundo Costa Rica, Chile y Perú, siendo Costa Rica el primer país latinoamericano en tipificar el delito de feminicidio¹⁵⁰, al considerar que es la forma idónea para proteger y defender los derechos de las mujeres, a través de la prevención y sanción efectiva de estos actos de violencia, con el fin de disminuir los índices de su comisión y conseguir su total erradicación¹⁵¹.

3. El feminicidio en el Perú: Una nueva legislación Penal represiva del delito

En concordancia con lo dispuesto en el artículo 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos firmada en 1948, en el artículo 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en 1948 y en el artículo 6°.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado en 1966 que prescriben que todo ser humano tiene derecho a la vida, la Constitución del Perú prescribe en los incisos 1 y 2 del artículo 2°¹⁵² que todas las personas tenemos derecho a

¹⁴⁹ Vid. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe N° 04-2010/DP-ADM. Feminicidio en el Perú (...)*. Ob. cit., p. 37.

¹⁵⁰ Vid. HUGO VIZCARDO, Silfredo. *El nuevo delito de feminicidio y sus implicancias político-criminales*. Revista Gaceta Penal & Procesal Penal N° 52, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, pp. 111-112.

¹⁵¹ Vid. LAURENZO COPELLO, Patricia. *Apuntes sobre el feminicidio*. Ob. cit., pp. 132-136.

¹⁵² CONSTITUCIÓN DEL PERÚ.- Artículo 2°: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. 2. A la

la vida, a la identidad, a la integridad moral, psíquica y física, y al libre desarrollo en igualdad de condiciones, siendo obligación del Estado garantizar su ejercicio y respeto para todos los ciudadanos, sin distinción alguna por razón de sexo o género¹⁵³.

En esta línea, el Perú se ha adscrito y ratificado a la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer –CEDAW- y a la Convención Belem do Pará, al reconocer y proteger el derecho de la mujer a una vida libre de violencia, que en aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria¹⁵⁴ y del artículo 3º¹⁵⁵ de la CP, le atribuye la calidad de derecho fundamental, y como tal debe ser respetado tanto en el ámbito público como en el privado, siendo condenada su vulneración, al no existir justificación alguna que permita la amenaza y vulneración de los derechos y libertades del género femenino¹⁵⁶.

En este sentido, el Estado peruano opta por reconocer a la violencia contra la mujer y al feminicidio, que constituye su máxima expresión, como un problema social que afecta gravemente a la seguridad y al bienestar de la sociedad, y asume el deber de implementar políticas de seguridad ciudadana que permitan garantizar su derecho a una vida libre de violencia y evitar el nocivo impacto que origina en sus vidas, refiriéndonos no solo a las lesiones físicas, y psicológicas que sufren, incluida la muerte, sino también al daño que se genera en las personas de su entorno y en la sociedad, al ser privada de los aportes que las mujeres son capaces de brindar para el correcto funcionamiento del sistema¹⁵⁷.

igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. (...)”

¹⁵³ Vid. VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal: Parte Especial*. San Marcos, Lima, 1997, p. 40.

¹⁵⁴ CONSTITUCIÓN DEL PERÚ.- Cuarta Disposición Final y Transitoria: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

¹⁵⁵ CONSTITUCIÓN DEL PERÚ.- Artículo 3º: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

¹⁵⁶ Vid. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe N° 04-2010/DP-ADM. Feminicidio en el Perú (...)*. Ob. cit., pp. 21-32.

¹⁵⁷ Vid. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe N° 04-2010/DP-ADM. Feminicidio en*

3.1. Antecedentes del feminicidio en el Derecho Peruano

En base a los lineamientos establecidos por la ONU y la OEA para el desarrollo del tema de la violencia contra la mujer, la respuesta inicial del legislador peruano en regular normativamente este problema fue oportuna, aunque criticable al haberse enfocado en la violencia familiar y no en la violencia de género, entendida como la discriminación que sufren las mujeres por el simple hecho de ser mujeres como consecuencia de la desigualdad en la distribución de los roles sociales¹⁵⁸.

Así, la protección contra la violencia familiar en el Perú, se inició con la promulgación de la Ley de Protección frente a la Violencia familiar, Ley N° 26260, del 24 de diciembre de 1993, modificada mediante la Ley N° 26763, que autorizó al Poder Ejecutivo para que mediante el Decreto Supremo N° 006-97-JUS del 25 de junio de 1997 dicte el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley N° 26260, y la Ley N° 27306 del 14 de julio de 2000. En ella se define la violencia en el ámbito familiar como cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual, que puede configurarse entre cónyuges, convivientes, ex cónyuges, ex convivientes, ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, quienes habiten en el mismo hogar siempre que no medien relaciones contractuales y laborales, y quienes hayan procreado hijos en común independientemente de que convivan o no al momento de producirse la violencia.

Más adelante, se promulgó la Ley N° 29282 el 25 de noviembre del 2008, que modificó nuevamente el TUO de la Ley N° 26260 al incluir en su artículo 1 un supuesto más dentro de la violencia familiar respecto a las uniones de hecho, entre uno de los convivientes y los parientes del otro hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, y por primera vez el

el Perú (...). Ob. cit., pp.51-52.

¹⁵⁸ Vid. BENDEZÚ BARNUEVO, Rocci. *La violencia contra la mujer y la perspectiva de género en el Código Penal Peruano: El feminicidio*. Revista Gaceta Penal & Procesal Penal N° 36, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, pp. 90-93.

Código Penal con el fin de reforzar la protección de las víctimas de esta violencia, mediante la reforma de los artículos 121-A° referido a lesiones graves y 122-A° relativo a lesiones leves en los que se incrementa la pena si el perjudicado es un menor y se introduce en ambos, la agravante de lesiones por violencia familiar en el artículo 121-B° y 122-B° respectivamente. Asimismo se modificó el artículo 441°, a establecer que en el caso que la lesión dolosa requiera hasta diez días de asistencia descanso según prescripción facultativa, será considerada como falta salvo que la lesión se produzca por violencia familiar que constituiría una agravante y su conversión a delito¹⁵⁹.

Fue hasta la promulgación de la Ley N°29819 del 5 de diciembre del 2011, que incorporó el delito de feminicidio en el artículo 107° del Código Penal que comprendía al parricidio, que la protección contra la violencia de la mujer cambió de enfoque, dejando de reducirse al ámbito familiar, para referirse al homicidio de mujeres por razón de género, es decir, por su condición de mujer¹⁶⁰.

3.2 El feminicidio en el Código Penal

En efecto, la opción político-criminal asumida por el legislador ha sido proyectar una nueva legislación penal represiva del feminicidio en atención al género de la víctima, que garantice la persecución y sanción de los responsables, la reducción de la impunidad existente en nuestra realidad respecto a estos hechos, y el derecho de las víctimas a una reparación por los daños causados; al considerar inadecuados e ineficaces al tipo homicida y a sus modalidades en el cumplimiento de su función de prevención general y especial de la criminalidad, al resultar alarmantes e incontrolables las cifras de muertes de mujeres a manos del hombre.

¹⁵⁹ Vid. BENDEZÚ BARNUEVO, Rocci. *La violencia contra la mujer y la perspectiva de género en el Código Penal Peruano: El feminicidio*. Ob. cit., p. 95.

¹⁶⁰ *Ibid.*, pp.96-97.

Inicialmente, mediante la Ley N° 29819 publicada en el Diario El Peruano el 27 de diciembre de 2011, se incluyó el feminicidio dentro del tipo penal de parricidio tipificado en el artículo 107° del Código Penal, y posteriormente, mediante la Ley N°30068 del 18 de julio de 2013, se le incorporó de manera específica e independiente en el artículo 108-B°.

3.2.1. El feminicidio como una modalidad del delito de parricidio: Ley N° 29819

3.2.1.1. Antecedentes de la Ley N° 29819

Los primeros intentos por incluir a la figura del feminicidio en el catálogo de delitos de nuestro Código Penal se dieron en el año 2011 con los Proyectos de Ley N° 008/2011-CR, N° 224/2011-CR, N° 350/2011-CR y N° 537/2011-PE en los que con marcadas diferencias y desde distintos puntos de partida se intentó regular esta figura, que concluyeron el 27 de diciembre de 2011 con la publicación de la Ley N° 29819 que modificó el artículo 107° del Código Penal e incorporó por primera vez el término Feminicidio como una modalidad del delito de parricidio.

Antes de analizar la modificatoria, resulta pertinente hacer mención a los Proyectos de Ley que inspiraron y propiciaron su emisión a fin de conocer cuáles fueron los motivos y fundamentos por los cuales se propuso la misma.

En primer lugar, se ubica el Proyecto de Ley N° 08/2011-CR presentado ante el Congreso de la República con fecha 04 de Agosto de 2011 con el que se buscó incorporar como un nuevo inciso al artículo 108° del Código Penal que prevé el delito de homicidio calificado, el hecho de “si la víctima es una mujer con quien el agente mantiene o mantuvo vínculo sentimental”, teniendo como sustento normativo el artículo 1° de la Constitución Política del Perú que establece que la defensa de la persona humana y el

respeto de su dignidad son el fin supremos de la sociedad y del Estado, y el artículo 3° y el inciso a) del artículo 4° de la Convención de Belém do Pará, los que señalan que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia tanto en el ámbito público como privado, así como el derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos. Esta propuesta indicaba que si bien el Estado Peruano había adoptado una serie de políticas que tenían como fin prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, éstas habrían resultado insuficientes en atención al alarmante incremento de las cifras de muertes de mujeres en los últimos años conforme a lo advertido por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social – MIMDES cuyas estadísticas reflejaban que entre los meses de enero a junio del año 2011 se habían registrado 38 casos de feminicidio y 25 tentativas, y por el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público que registró durante los meses de enero a junio del año 2010, 130 víctimas de feminicidio; por lo cual era necesario poner en evidencia esta situación de violencia sistemática y silenciada que tenía como origen la idiosincrasia discriminatoria por el género¹⁶¹.

En segundo lugar, el Proyecto de Ley N° 224/2011-CR titulado “Mujeres a una vida sin violencia” presentado ante el Congreso de la República con fecha 16 de Setiembre de 2011 con el que se pretendió incorporar el artículo 107°-A al Código Penal para sancionar al delito de feminicidio de manera autónoma en base a la creciente cultura de violencia contra la mujer, haciendo énfasis a los datos estadísticos registrados por los Centros de Emergencia de la Mujer en el país durante los años 2010 y 2011 que mostraban un aumento progresivo de las cifras de feminicidio y tentativas, sobre todo al interior de las relaciones de pareja presentes y pasadas, y en la escasa

¹⁶¹ Proyecto de Ley N° 08/2011-CR. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/index.php?K=55>. Consultado el 06 de Enero de 2017.

reacción por parte del sistema jurisdiccional frente a esta problemática social que exigía una actuación diligente del Estado¹⁶².

En tercer lugar, el Proyecto de Ley N° 350/2011-CR presentado ante el Congreso de la República con fecha 11 de Octubre de 2011, que al igual que al anterior propuso incorporar al feminicidio de manera autónoma como una modalidad agravante del homicidio simple en el artículo 107° - A del Código Penal, tomando como referencia el vacío legal existente en la legislación penal con respecto a la protección de la vida de la mujer, es decir, la falta de un tipo penal que de manera específica sancionara las muertes de mujeres a manos de un varón, al no resultar suficientes las figuras clásicas de homicidio simple con sus agravantes y atenuantes, siendo necesario la incorporación de una modalidad agravada en atención al vínculo o relación existente entre el autor y su víctima, y la motivación personal que lo guiaba a cometer el ilícito, lo cual generaba aun mayor reprochabilidad a su comportamiento¹⁶³.

En cuarto lugar, el Proyecto de Ley N° 537/2011-PE presentado ante el Congreso de la República con fecha 23 de Noviembre de 2011, en el que se propuso modificar el artículo 107° del Código Penal para incorporar otro supuesto de homicidio que se produce en el ámbito de pareja o de ex pareja que llevaría el nombre de feminicidio, en base a los datos estadísticos de mujeres presuntamente asesinadas por sus parejas o ex parejas entre los años 2009 y 2011 conforme al Registro de Feminicidios del Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público que reflejaban que del total de mujeres víctimas de homicidio (705), el 34.8% fue a manos de su pareja o ex pareja, superando

¹⁶² Proyecto de Ley N° 224/2011-CR. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/index.php?K=55>. Consultado el 06 de Enero de 2017.

¹⁶³ Proyecto de Ley N° 350/2011-CR. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/index.php?K=55>. Consultado el 06 de Enero de 2017.

al 1.6% que representaban los homicidios de varones por sus parejas o ex parejas, situación que denotaba que estos hechos se daban por razones de género. Asimismo, hacía referencia en su Exposición de Motivos a la calificación penal de las denuncias de los homicidios de mujeres por parte de su pareja o ex pareja que en su mayoría habían sido calificados como homicidios simples siendo sancionados con una pena privativa de libertad no menor de 6 años, y no con su modalidad agravada regulada en el artículo 107° que establecía una pena no menor de 15 años, debido a que éste sólo regulaba determinadas relaciones de pareja refiriéndose al “cónyuge o concubino” y no al ex cónyuge o ex concubino, por lo cual el MIMDES propuso ampliar los supuestos del artículo 107° a los ex cónyuges, ex concubinos, convivientes y a quienes tengan o hayan tenido relaciones análogas de afectividad con las víctimas (enamorados, novios, ex enamorados, etc.) en atención a que todos estos comportamientos merecían igual reproche y sanción al suponer un quebrantamiento de expectativas de la víctima en relación a los deberes de consideración y respeto propios de toda relación de pareja. Y además, indicaba que ya existían cinco Códigos Penales en Latinoamérica que habían tipificado el delito de feminicidio: Guatemala, Costa Rica, Colombia, El Salvador y Chile, con lo que se advertía una tendencia a sancionar severamente los homicidios por razones de género¹⁶⁴.

Y por último, previo Dictamen de la Comisión de la Mujer y Familia recaído en los Proyectos de Ley N° 008/2011-CR y N°224-2011-CR PE presentado ante el Congreso de la República con fecha 3 de Noviembre de 2011 mediante el cual se recomendó la aprobación de ambos proyectos con los que se incorporaría el artículo 107-A° al Código Penal tipificando el delito de

¹⁶⁴ Proyecto de Ley N° 537/2011-PE. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/index.php?K=55>. Consultado el 06 de Enero de 2017.

feminicidio y se modificaría el artículo 109° de la misma norma adjetiva¹⁶⁵, se remitió la Autógrafa de Ley al Poder Ejecutivo que cambio de manera sutil la propuesta del Proyecto de Ley N° 537/2011-PE adaptándose al texto sustitutorio que presentaron la Comisión de Justicia y Derechos Humanos y la Comisión de la Mujer y Familia que finalmente fue publicada el 27 de diciembre de 2011 en el Diario el Peruano.

3.2.1.2. Ley N° 29819: Modificación del artículo 107° del Código Penal e incorporación de la figura del feminicidio

Como parte de la política de promoción de los derechos inalienables e irrenunciables del género femenino, asumida por el Estado peruano, el legislador penal optó por incluir por primera vez el término “feminicidio” en el artículo 107° del Código Penal – parricidio- mediante la Ley N° 29819, con el fin de calmar y satisfacer las expectativas de los movimientos feministas existentes en nuestro país y así mostrar una actitud prudente y atenta en la búsqueda de soluciones al problema social de la violencia contra la mujer.

La tipificación inicial del delito de parricidio en el artículo 107°, también llamado homicidio de autor, comprendía la conducta de quien a sabiendas, mataba a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a su cónyuge o concubino, exigiendo para su configuración que el sujeto activo, que podía ser mujer o varón, actuara con pleno conocimiento de los vínculos consanguíneos –padre, hijo natural, etc.- o jurídicos – hijo adoptivo, cónyuge, concubino- que mantenían con su víctima, los mismos que debían estar vigentes al momento de su comisión¹⁶⁶.

¹⁶⁵Dictamen de la Comisión de la Mujer y Familia. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/index.php?K=55>. Consultado el 06 de Enero de 2017.

¹⁶⁶ Tipificación inicial del Artículo 107°.- “El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a su cónyuge o concubino, será reprimido con pena

La sobrecriminalización de la conducta parricida, como modalidad agravada del homicidio simple, se fundamentó en la infracción que supone de los deberes de consideración, respeto, ayuda mutua, afecto y cuidado, que derivan de las relaciones de parentesco y de las relaciones de convivencia. Así, si el parricida no era capaz de respetar la vida de las personas con las que hacía vida en común o mantenía una relación afectiva, menos lo haría con la vida de terceros, significando una mayor peligrosidad para la sociedad¹⁶⁷.

Tras la reforma penal, las bases del parricidio clásico sufren una serie de transformaciones¹⁶⁸. En primer lugar, con el cambio del término “concubino” por “conviviente”¹⁶⁹ y el uso de la frase “relación análoga”, que admitiría cualquier tipo de acercamiento sentimental sexual, se incluyen nuevos supuestos delictivos, al admitir no sólo a la convivencia propia, entendida como la unión de hecho, voluntariamente

privativa de libertad no menor de quince años”.

¹⁶⁷ Vid. SALINAS SICCHA, Ramiro. *El delito del parricidio en el Perú luego de la Ley N° 29819: ¿Y el delito de feminicidio?* Revista Gaceta Penal & Procesal Penal N° 36, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 72; HUGO VIZCARDO, Silfredo. *El nuevo delito de feminicidio y sus implicancias político-criminales*. Ob. cit., pp. 114; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Derecho Penal: Parte Especial*. Jurista Editores, Lima, 2011, p. 378- 380.

¹⁶⁸ CÓDIGO PENAL PERUANO.- Artículo 107º: ““El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a quien es o ha sido su cónyuge, su conviviente, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años. La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurren cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108º. Si la víctima del delito descrito es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga el delito tendrá el nombre de feminicidio.”

¹⁶⁹ El tipo penal se refiere al concubinato, al constituir actualmente la mayoría de las uniones familiares, utilizando el término “conviviente”, el cual vía interpretación del artículo 5º de la CP puede definirse como la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. Sin embargo, no establece con claridad cuál de los dos tipos de concubinato – propio o impropio- es objeto de su protección, o si en realidad incluye a ambos.

realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial durante dos años continuos en conformidad con el artículo 326° del Código Civil -como indicaba su tipificación inicial- sino también a la convivencia impropia¹⁷⁰, en la que por el contrario si existen dichos impedimentos; al igual que a los noviazgos, los enamoramientos e incluso a los amantes¹⁷¹.

En segundo lugar, la permanencia o vigencia del vínculo entre el agresor y la víctima al momento de cometerse la conducta dolosa deja de ser un criterio imprescindible para su configuración, al incluirse en el tipo penal a los ex cónyuges, ex convivientes, y a las personas que hayan mantenido una relación análoga. Por tanto, así el vínculo haya fenecido, por ejemplo con el divorcio en el caso de los cónyuges, la muerte de uno a manos del otro por su deseo de contraer nuevas nupcias, constituiría el parricidio¹⁷².

Y por último, se incorporan las circunstancias agravantes del delito y la nueva figura del feminicidio, desdoblado al tipo penal en tres modalidades: en el primer párrafo el parricidio simple; en el segundo el parricidio agravado, que incrementa las penas en caso concurren las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108° -asesinato- y en el tercero el feminicidio en atención al género femenino de la víctima, con el propósito de equilibrar la situación de desventaja en la que se encontraban las mujeres a causa de la discriminación y la cultura machista imperante en nuestro país, reflejada en las alarmantes cifras de mujeres asesinadas por sus parejas y ex parejas, proporcionadas por el MIMDES y el Ministerio Público, que a comparación de los homicidios de

¹⁷⁰ La legislación civil lo entiende como el simple hecho de hacer vida de casados sin estarlo y le ha reconocido algunos efectos jurídicos en el inciso 3 del artículo 402°.

¹⁷¹ Vid. SALINAS SICCHA, Ramiro. *El delito del parricidio en el Perú luego de la Ley N° 29819: ¿Y el delito de feminicidio?* Ob. cit., p. 73.

¹⁷² *Ibíd.*, p. 75.

hombres a manos de su pareja, se daban en mayor proporción¹⁷³.

El parricidio simple y agravado, comprendería la conducta de quien, a sabiendas, mataba a su ascendiente, descendiente natural o adoptivo, pudiendo ser el sujeto activo tanto el hombre como la mujer, o a quien es o haya sido su cónyuge, su conviviente, o con quien este sosteniendo o haya sostenido una relación análoga, situando como sujeto activo sólo a la mujer; y el feminicidio, la acción del varón, que a sabiendas mataba a quien es o haya sido su cónyuge, su conviviente o la persona con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga¹⁷⁴.

En esta línea, el feminicidio no constituye un nuevo delito, autónomo e independiente que tipifique un hecho que antes era atípico, sino una nueva nomenclatura para designar los supuestos de parricidio en los que el sujeto pasivo estaría comprendido por la cónyuge, la conviviente, la ex cónyuge, la ex conviviente y la mujer con la que se mantiene o haya mantenido una relación similar, y el sujeto activo únicamente por el varón, basada en la infracción que supone de los deberes de consideración, respeto, ayuda mutua, afecto y cuidado, que derivan de las relaciones matrimoniales, de convivencia y otras¹⁷⁵.

Respecto a la tipología de feminicidio acogida, el legislador penal propone un feminicidio íntimo restringido, al contemplar que entre el agresor y su

¹⁷³ *Ibíd.*, p. 70.

¹⁷⁴ De esta manera, se excluye la posibilidad de que otra mujer sea el sujeto activo en el feminicidio, en el caso de relaciones sentimentales de lesbianas, basados en una interpretación gramatical del tercer párrafo del artículo 107º del Código Penal que señala que el único sujeto activo viene a ser el varón y en una interpretación del sistema jurídico nacional que no contempla el matrimonio civil ni la convivencia legal entre parejas del mismo sexo.

¹⁷⁵ Vid. GUEVARA VASQUEZ, Iván Pedro. *El parricidio: entre la infracción del deber y el feminicidio*. IDEMSA, Lima, 2012, pp.120-125.

víctima debe existir una relación de pareja, de convivencia o afín a éstas, al establecer que la acción de matar se dirige contra la cónyuge, la conviviente, e incluso la novia, enamorada u otra pareja sentimental, dejando así de lado las relaciones familiares, al considerar que los casos de muerte de mujeres a manos de sus parejas son lo más frecuentes. Por consiguiente, se excluyen los casos de muerte de mujeres a manos de un miembro de la familia como el padre, padrastro, hermano o primo, y que de darse configurarían el homicidio en sus modalidades de simple, calificado o parricidio¹⁷⁶.

Si bien, la inclusión del feminicidio como una modalidad del parricidio, significó un gran avance en la protección reforzada que le podía otorgar el Derecho Penal a los derechos y libertades de la mujer, no fue ajena a críticas al considerar que la manera en la que fue regulado, no era la adecuada para lograr su fin, las mismas que motivaron su posterior nueva regulación.

En primer lugar, se criticó su falta de consecuencia con el feminicidio defendido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entendido como el homicidio contra la mujer por razones de género, al haber restringido su ámbito de aplicación a la existencia de relaciones afectivas entre la víctima y su agresor, descartando los lazos de parentesco consanguíneo y otros contextos en los cuales es posible dar muerte a una mujer. Así, se caería en el error de identificar como feminicidio únicamente los casos en los que se acredite la existencia de ese vínculo afectivo, mientras que en otros, en los que dicho vínculo no existe, se configurarían como homicidio simple, agravado o parricidio¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Vid. SALINAS SICCHA, Ramiro. *El delito del parricidio en el Perú luego de la Ley N° 29819: ¿Y el delito de feminicidio?* Ob.cit., pp. 75-76.

¹⁷⁷ Vid. GUEVARA VASQUEZ, Iván Pedro. *El parricidio: entre la infracción del deber y el feminicidio*. Ob. cit., pp.127-128.

En segundo lugar, el ámbito del tipo subjetivo se limitó a la existencia del dolo entendido como la voluntad del sujeto activo de causar la muerte y el conocimiento del vínculo sentimental que lo unía con su víctima, exigido también por el parricidio, sin añadir algún elemento adicional respecto a las razones de género que animan al varón a terminar con la vida de una mujer¹⁷⁸.

Y por último, la innecesaridad de hacer distinciones en la nomenclatura del ilícito penal del parricidio con la inclusión del nomen iuris de feminicidio, ya que en ambos las consecuencias jurídicas son las mismas, es decir, la sanción penal en ambos casos es la privación de la libertad por un periodo no menor de veinticinco años. Con lo que se demostraría que la supuesta protección reforzada de las mujeres no tendría lugar, al seguir teniendo la misma protección penal que los varones, y lo único que se conseguiría sería tener una estadística para saber cuántos feminicidios ocurren en el país en un determinado espacio de tiempo¹⁷⁹.

3.2.2. El feminicidio como una modalidad agravada del homicidio

En consideración a las limitaciones que implicó la regulación del feminicidio como una simple modalidad del parricidio para la efectiva protección de la mujer y sus derechos, el legislador penal consideró como oportuno y necesario proponer una legislación modificatoria del delito de feminicidio, que culminaría con la publicación de la Ley N° 30068 el 18 de julio del 2013 con la que se incorporó dicha figura de manera autónoma como una modalidad agravada

¹⁷⁸ Vid. JUÁREZ MUÑOZ, Carlos Alberto. *Alcances sobre los elementos típicos del delito de feminicidio*. Revista Gaceta Penal & Procesal Penal N° 46, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p.120-121.

¹⁷⁹ Vid. SALINAS SICCHA, Ramiro. *El delito del parricidio en el Perú luego de la Ley N° 29819: ¿Y el delito de feminicidio?* Ob.cit., p. 77; JUÁREZ MUÑOZ, Carlos Alberto. *Alcances sobre los elementos típicos del delito de feminicidio*. Ob.cit., p.111.

del homicidio simple.

Antes de analizar la modificatoria, resulta pertinente hacer mención a los Proyectos de Ley que inspiraron y propiciaron su emisión a fin de conocer cuáles fueron los motivos y fundamentos por los cuales se propuso la misma.

3.2.2.1. Antecedentes de la Ley N° 30068

En primer lugar, se ubica el Proyecto de Ley N° 287-2011-CR presentado ante el Congreso de la República con fecha 04 de Octubre de 2011 con el que se buscó incorporar el inciso 6 al artículo 108° del Código Penal, que convertiría en una nueva agravante del homicidio calificado el hecho de “Si la víctima varón o mujer es con quien el agente pretende, mantiene o mantuvo vínculo sentimental”, en base a que la Constitución del Perú consagra como fin supremo de la sociedad y del Estado la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, así como al derecho a la igualdad como un derecho fundamental, y a los índices de criminalidad conforme al Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público que reflejaban la cruda realidad de la violencia contra la mujer y el varón y el aumento indiscriminado de homicidios, que obligaba a que se establezcan lineamientos jurídicos a fin de proteger tanto la vida de la mujer como la del varón dentro de la vivencia de una relación sentimental, en atención a que el Código Penal vigente no regulaba esta conducta delictiva de manera textual, siendo muchas veces enmarcada por el juzgador en tipos penales que no tenían una penalidad adecuada a su gravedad¹⁸⁰.

En segundo lugar, el Proyecto de Ley N° 1323-2011-CR presentado ante el Congreso de la República con fecha 10 de Julio de 2012 que tenía como objeto

¹⁸⁰ Proyecto de Ley N° 287-2011-CR. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/index.php?K=55>. Consultado el 06 de Enero de 2017.

precisar la suspensión, extinción o pérdida de Patria Potestad por la comisión del delito de feminicidio y en virtud del cual se adicionaría un último párrafo al artículo 107° del Código Penal, y se modificarían los artículos 75° y 77° del Código de Niños y Adolescentes, así como el artículo 471° del Código Civil, en base al principio del interés superior del niño y del adolescente y al respeto de sus derechos, al no resultar beneficioso que una criatura quede bajo protección y crianza de quien asesinó a su progenitora¹⁸¹.

En tercer lugar, el Proyecto de Ley N° 1561-2012-CR presentado ante el Congreso de la República con fecha 11 de Octubre de 2012 que pretendía la modificación del artículo 46° del Código de Ejecución Penal respecto a los beneficios penitenciarios para el delito de Parricidio-Feminicidio al haberse evidenciado una incongruencia en la ley penal ya que una persona que comete parricidio o feminicidio tendría mayores beneficios penitenciarios que aquella que comete homicidio calificado, lo cual a todas luces resultaría una injusticia si con el 2 por 1 el reo no cumple muchas veces ni la mitad de su condena, siendo necesaria la imposición de penas ejemplares a los que vulneran la ley, sobre todo si se atenta contra el bien más preciado del ser humano que es la vida¹⁸².

En cuarto lugar, tenemos el Proyecto de Ley N° 1616-2012-PE presentado ante el Congreso de la República con fecha 31 de Mayo de 2013 con el que se buscó incorporar el artículo 107-A° al Código Penal y modificar los artículos 107°, 46-B° y 46-C° del Código Penal, así como el artículo 46° del Código de Ejecución Penal que tenían como propósito sancionar el

¹⁸¹Proyecto de Ley N° 1323-2011-CR. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/index.php?K=55>. Consultado el 06 de Enero de 2017.

¹⁸²Proyecto de Ley N° 1561-2012-CR. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/index.php?K=55>. Consultado el 06 de Enero de 2017.

feminicidio y brindar mayor protección a las mujeres, teniendo como fundamento los altos porcentajes de homicidios de mujeres por cuestión de género conforme a los datos estadísticos proporcionados por el Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público y por Programas como Encuestas demográficas y de salud familiar – EMDES, el Programa Nacional contra la violencia familiar y sexual – PNCVFS, y el Perfil de Género y Salud de la Subregión Andina elaborado por la Organización Panamericana de la Salud, que reflejaban que esta conducta delictiva había dejado de ceñirse al ámbito de una relación afectiva para propagarse a todos los espectros de la sociedad, es decir, dejaron de ser únicamente los agentes perpetradores las parejas o ex parejas, para incluir a terceros quienes sin tener ningún tipo de vinculación con la víctima le arrebataban su vida. Es por ello, que ante el incremento de homicidios y tentativas, y al haberse ampliado la esfera de agentes activos que de lo contrario quedarían fuera del ámbito de regulación de la Ley N°29819, resultaba necesaria una regulación de manera amplia de la figura del feminicidio, siguiendo el ejemplo de otros países latinoamericanos que ya habían recogido esta modalidad delictiva en su leyes penales¹⁸³.

En quinto lugar el Proyecto de Ley N° 2307-2012-CR presentado ante el Congreso de la República con fecha 31 de Mayo de 2013 mediante el cual se modifica el artículo 107° y se incorpora el artículo 108° - A que recoge a la figura del feminicidio que definen como el asesinato de mujeres que se vincula con situaciones de violencia familiar, violencia sexual, discriminación y hostigamiento cuya base se encuentra en la discriminación de género. Este proyecto toma como fundamento los altos índices de víctimas en la escala nacional, la mayor relevancia que merece esta

¹⁸³Proyecto de Ley N° 1616-2012-PE. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/index.php?K=55>. Consultado el 06 de Enero de 2017.

figura delictiva cada vez más recurrente en el escenario social a la cual se debe atribuir penas más altas en atención a que la víctima son las mujeres que con su muerte dejan a sus hijos huérfanos, y a que no es cualquiera el agresor sino un hombre con el cual ha estado vinculada sentimentalmente; a que otros países en la región ya habían recogido de manera autónoma al delito, y a que resultó insuficiente su regulación dentro del tipo penal de parricidio mereciendo un tipo propio que describa la acción penal y sus agravantes¹⁸⁴.

Y por último, el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos presentado ante el Congreso de la República con fecha 04 de Abril de 2013 mediante el cual se aprueban los Proyectos de Ley antes mencionados al considerar que la inclusión del tipo penal de “Feminicidio” al Código Penal permite que el Perú avance en el cumplimiento de sus obligaciones en la prevención, sanción y erradicación de esta expresión más severa de violencia contra la mujer, haciendo referencia a que si bien su regulación dentro del tipo penal de parricidio fue óptima y que tuvo las mejores intenciones, ésta presentó una serie de inconvenientes que impedían la consecución de su fin como Estado obligado a reconocer y garantizar el derecho a la vida, libre desarrollo, bienestar, igualdad y no discriminación de todos sus ciudadanos, de manera que se necesitaba de un tipo penal que describiera de manera total la conducta delictiva, la cual dejaría de circunscribirse al ámbito doméstico para abarcar al feminicidio cometido tanto en el ámbito privado como público, permitiendo la imposición de una adecuada sanción y la eliminación de esa impunidad imperante hasta el momento por parte del sistema judicial plagado aún de estereotipos sociales y falsas concepciones de que el hombre es superior a la mujer¹⁸⁵.

¹⁸⁴Proyecto de Ley N° 2307-2012-CR. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/index.php?K=55>. Consultado el 06 de Enero de 2017.

¹⁸⁵Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/index.php?K=55>. Consultado el 06 de Enero de 2017.

3.2.2.2. La Ley N° 30068: Ley que incorpora el artículo 108°-A al Código Penal y modifica los artículos 107°, 46°-B y 46°-C con la finalidad de prevenir, sancionar y erradicar el Femicidio.

Así, mediante la Ley N° 30068 publicada el 18 de julio del 2013 y orientada a la prevención, sanción y erradicación de los casos de muerte de mujeres en nuestro país, se incorporó el artículo 108-B° al Código Penal con el cual se tipificaría de modo independiente el delito de feminicidio que deja de ser una modalidad del parricidio para convertirse en una nueva modalidad agravada del homicidio. Asimismo, se modificó el artículo 107° que regularía únicamente al parricidio, el 46-B° y 46-C° referidos a la reincidencia y habitualidad en el caso de feminicidio, y el artículo 46° del Código de Ejecución Penal sobre la redención de la pena mediante el trabajo o la educación.

La pretensión del legislador fue reforzar la protección de los derechos y libertades de las mujeres con la creación de un tipo penal que llevara el título de feminicidio, legislando en un artículo propio y con un tipo objetivo y subjetivo distinto al asesinato de mujeres a manos de género masculino. El artículo 108-B° comprendería exclusivamente la conducta del varón que por cuestión de género mata a una mujer, es decir, por su simple pertenencia al género femenino¹⁸⁶.

¹⁸⁶ CÓDIGO PENAL.- Artículo 108-B°: Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos: 1. Violencia familiar; 2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual; 3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente; 4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente. La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes: 1. Si la víctima era menor de edad; 2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación; 3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente; 4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación; 5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima padeciera cualquier tipo de discapacidad; 6. Si la víctima

Las principales novedades de esta legislación fueron que a diferencia de la regulación anterior, el tipo penal de feminicidio no se limitaría a la existencia de una relación afectiva o sentimental entre la víctima y su agresor, sino que haría referencia a todas las posibles circunstancias que pueden motivar al género masculino a arrebatarse la vida a una mujer, basadas en su sentimiento de rechazo hacia las féminas como parte del orden social, como consecuencia de prejuicios sociales y de la cultura machista imperante en nuestra sociedad; y la agravación de las consecuencias jurídicas al incluir la pena de cadena perpetua, que será aplicable en los casos en los que concurran dos o más circunstancias agravantes que el tipo establece.

De manera que establece los presupuestos fácticos o contextos dentro de los cuales se configura el delito, en los que deberá quedar enmarcada la conducta del feminicida, como son la violencia familiar, el acoso sexual, el abuso de poder, la discriminación, entre otros, y señala las circunstancias que agravan la conducta de las que dependerá el aumento de la sanción penal.

Por consiguiente, el nuevo feminicidio peruano acogería las tres clases de feminicidio: el íntimo en toda su amplitud, al incluir junto a las relaciones de pareja a las de convivencia, de familia y afines a cualquiera de éstas; el no íntimo y por conexión al admitir como sujetos activos del delito a terceros extraños a la víctima, es decir, hombres con los cuales no mantenía ningún vínculo ni relación, como en el caso de agresiones sexuales y la muerte de mujeres cercanas a la víctima que en su intento de evitar su muerte o por venganza fueron atacadas por el agresor.

fue sometida para fines de trata de personas; 7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108°. La pena será de cadena perpetua cuando concurran dos o más circunstancias agravantes.

Si bien, según los datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), aportados por el Informe N° 04-2010 de la Defensoría del Pueblo sobre el Femicidio en el Perú¹⁸⁷, el femicidio íntimo es el más frecuente en nuestro país, ya que la mayoría de casos de muerte de mujeres registrados tienen la característica de ser perpetrados por las parejas, ex parejas o familiares cercanos de la víctima, con los que mantenía una relación sentimental, afectiva o íntima; también existe un margen, aunque más reducido, de femicidios no íntimos y por conexión.

La reforma del tipo penal significó para una parte de la doctrina un gran avance en la legislación peruana, al suponer que con ella se conseguiría disminuir las cifras alarmantes de femicidios y su progresiva erradicación, y para otros un fracaso total, negando su supuesta efectividad y afirmando y cuestionando la contravención que implicaba al principio constitucional de igualdad de los hombres ante la ley.

Por un lado, se identificó a la protección penal reforzada de la vida de la mujer como un acto puro de discriminación negativa del hombre, al ser excluido de ella y al sancionarle con penas más severas en el caso de agredir a una mujer, sin otra razón que su pertenencia al género masculino, atentando así gravemente contra el principio-derecho de igualdad reconocido como tal en el artículo 2° inciso 2 de la CP¹⁸⁸.

Sin embargo, el legislador penal defendió la sobrecriminalización de la muerte de las mujeres como una decisión político-criminal necesaria, como parte de la Política Social del Estado orientada a ordenar la vida social mediante la elaboración de estrategias para la

¹⁸⁷ Vid. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe N° 04-2010/DP-ADM. Femicidio en el Perú* (...). Ob. cit., pp. 51 y ss.

¹⁸⁸ Vid. HUGO VIZCARDO, Silfredo. *El nuevo delito de femicidio y sus implicancias político-criminales*. Ob. cit., pp. 113.

lucha contra el delito y a la reforma del Derecho Penal vigente con el fin de hacerlo más eficaz y acorde con la evolución social, más respetuoso de los derechos humanos y protector de la sociedad y de la seguridad ciudadana¹⁸⁹.

Así, la creación e incorporación del nuevo tipo penal de feminicidio en el artículo 108-B° del Código Penal vigente se hizo con la finalidad de prevenir, prohibir y sancionar estas conductas en todas sus modalidades, en atención a la conmoción social generada, a los datos y estadísticas criminológicas aportadas por el Ministerio Público y a las exigencias de los grupos feministas sobre la intervención del Derecho Penal para contrarrestar y erradicar las cifras exorbitantes de muerte de mujeres en manos de los varones por una mera cuestión de género, al considerarlo como el medio más idóneo¹⁹⁰.

Bajo este razonamiento se señaló que si bien el tipo penal implicaba una distinción en el tratamiento de la vida de la mujer y del hombre, no lo hace con la finalidad de atribuir indiscriminadamente mayor valor a una en detrimento de la otra, sino para compensar las cifras impresionantes de crímenes que se comenten contra ellas en comparación a los cometidos contra los hombres y así lograr colocar en pie de igualdad tanto al género masculino como al femenino.

Por otro lado, generaría la mutilación del contenido típico de los delitos de parricidio y de asesinato, regulados en el artículo 107° y 108° del Código Penal respectivamente. En el parricidio, al extraer la conducta del varón que mata a quien es o haya sido su cónyuge, conviviente o con quien mantiene o mantuvo una relación afín que pasará a

¹⁸⁹ Vid. *Infra*. Capítulo 1, pp. 7-9.

¹⁹⁰ Vid. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Estudios críticos de derecho penal y política criminal: a partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales*. Ideas, Lima, 2013, pp. 278-285.

configurarse como feminicidio en el artículo 108-B°, dejando en su tipo únicamente la conducta de la mujer que mata a quien es o haya sido su cónyuge, conviviente o con quien mantiene o mantuvo una relación afin, de manera que estaríamos hablando de un parricidio exclusivo de mujeres y un feminicidio exclusivo del varón, que resultarían innecesarios.

Al igual que en el asesinato, ya que al indicar en el artículo 108-B° que se configura como feminicidio el hecho de matar a una mujer por su condición de tal incluso cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108, se estaría desmembrando su contenido en base a una condición discriminatoria, al diferenciar un asesinato cometido contra los hombres, que seguiría recibiendo el nombre de asesinato, y otro cometido contra las mujeres, que recibiría el nombre de feminicidio¹⁹¹.

3.2.3. Descripción del tipo penal

El delito de feminicidio, ubicado en la sección de Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud del Código Penal y tipificado en el artículo 108-B° como una modalidad derivada y agravada del homicidio, constituye un delito de resultado al requerir para su consumación la producción de un resultado lesivo, es decir, la muerte de la víctima, como concreción del riesgo no permitido generado por la conducta libre, consiente y responsable del autor¹⁹².

Así, la conducta típica del tipo penal consiste en quitar, arrebatar la vida a una mujer de manera dolosa por su condición de tal en los contextos que la norma establece

¹⁹¹ Vid. HUGO VIZCARDO, Silfredo. *El nuevo delito de feminicidio y sus implicancias político-criminales*. Ob. cit., pp. 103-104.

¹⁹² Vid. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte Especial*. Ob. cit., p. 205; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal: Parte Especial*. Idemsa, Lima, 2008, pp. 77-79; CASTILLO ALVA, José Luis. *Derecho Penal: Parte Especial*. Grijley, Lima, 2008, pp. 87-88.

como la violencia familiar, la coacción, hostigamiento o acoso sexual, la discriminación, etc, y si bien, el tipo no hace referencia a la forma, se entiende que puede ser por acción o por omisión, siempre que la voluntad del sujeto activo esté motivada por su deseo de anular el derecho a la vida a las mujeres por su condición de tal¹⁹³.

Por acción se entiende una determinada actividad dirigida a la consumación del resultado lesivo, es decir, un acto de comisión o un “hacer” como apuñalar, estrangular, disparar con un revólver o ahogar a la víctima, y por omisión impropia un “no hacer” o una inacción para evitar su muerte. En este último, conforme al inciso 2 del artículo 13° del Código Penal, el sujeto debe tener una posición de garante respecto a su víctima que puede derivar de una obligación legal o contractual, y que le impone el deber jurídico de actuar y así evitar su muerte, siempre que haya tenido con seguridad la posibilidad de hacerlo prestando socorro o auxilio a la víctima o avisando a la autoridad correspondiente. Un claro ejemplo sería cuando el esposo deja morir de hambre a su mujer discapacitada¹⁹⁴.

A. Bien jurídico tutelado

Como una modalidad agravada del homicidio, podríamos afirmar que el bien jurídico protegido mediante el feminicidio es la vida humana independiente, específicamente la de la mujer, comprendida desde el instante del parto hasta su muerte, entendida como la cesación definitiva e irreversible de la actividad cerebral.

Sin embargo, teniendo en cuenta algunas de las circunstancias agravantes que recoge el tipo penal, nos percatamos que la conducta feminicida no solo implica la

¹⁹³ Vid. HUGO VIZCARDO, Silfredo. *El nuevo delito de feminicidio y sus implicancias político-criminales*. Ob. cit., p. 116.

¹⁹⁴ Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp. 318- 331; SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal: Parte Especial*. Grijley 2da ed., Lima, 2007, p.10; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., pp. 74-84.

afectación del derecho a la vida de la mujer, sino también de otros bienes y derechos de la víctima. Así, en los casos de haber sido sometida previamente a una violación sexual, a actos de mutilación o para fines de trata de personas, se habrían lesionado también otros bienes jurídicos ya protegidos por el Derecho Penal, como son la libertad sexual, la integridad corporal y la libertad personal, al tipificar el Código Penal los delitos de violación sexual, lesiones graves y trata de personas en los artículos 170º, 121º y 153º respectivamente.

En consecuencia, la conducta feminicida incluiría en estos casos la lesión de varios bienes jurídicos al momento de su consumación, constituyéndose en una figura delictiva “pluriofensiva” en la que el legislador nacional ha realizado una valoración conjunta de los bienes vulnerados y ha establecido una sanción adecuada para estos casos, como parte de la Política criminal asumida por el Estado Peruano para prevenir, prohibir, sancionar y erradicar los casos de feminicidio en el país.

Cabe preguntarnos ahora, si los bienes jurídicos mencionados que constituyen conforme al principio de lesividad algunos de los presupuestos necesarios para la autorrealización del individuo y su participación efectiva dentro del grupo social y que por tanto deben ser objeto de protección penal a través de la sanción de los hechos que los lesionen, se encontraban desprotegidos al momento de la inclusión de la figura del feminicidio y por tanto era necesaria su regulación, o si por el contrario ya existía un tipo penal específico que los contemplara¹⁹⁵.

Pues bien, de una revisión del catálogo de delitos especiales que el Código Penal nos proporciona, observamos que efectivamente dichos bienes jurídicos ya han sido abarcados por tipos penales autónomos en toda su magnitud, refiriéndonos al delito de homicidio y sus modalidades atenuantes y agravantes, al de violación sexual, lesiones

¹⁹⁵ Vid. *Infra*. Capítulo 1, pp. 12-14.

graves y trata de personas, por tanto resultaría redundante e innecesaria su sobreprotección. Sin embargo, la decisión del legislador penal se justificaría al ser parte de su política-criminal de sobrecriminalizar los homicidios contra las mujeres por cuestión de su género, que tiene como fin erradicar los abusos que se vienen cometiendo contra las mujeres en defensa de su derecho a una vida libre de violencia.

B. Sujeto activo

En cuanto al círculo de autores del delito, se configura como un delito especial al exigir el tipo penal que el autor reúna una determinada calidad especial: su condición de pertenencia al género masculino. Se trata así de un sujeto activo cualificado o específico al ser únicamente el varón¹⁹⁶, que puede actuar por sí mismo o valiéndose de terceros para la consecución de su fin. En el caso de la omisión impropia, se exige además que el varón tenga una posición de garante sobre la vida de la fallecida¹⁹⁷.

Su conducta, motivada por el rechazo al género femenino, deberá encuadrarse en alguno de los contextos fijados por el tipo penal. Usualmente, los entornos en los que tiene lugar son las relaciones familiares, sentimentales – cónyuges, ex cónyuges, convivientes, ex convivientes, novios, etc.-, amicales, laborales y educativas. En estos últimos, el acoso sexual hacia la mujer se ha convertido en una práctica frecuente en nuestra sociedad.

El tipo no indica los medios que el autor debe utilizar pudiendo ser cualquiera, siempre que sea idóneo para dar muerte a su víctima¹⁹⁸. Generalmente las víctimas son golpeadas, drogadas, secuestradas, amenazadas e incluso torturadas, con el fin de anular sus capacidades de defensa,

¹⁹⁶ Vid. HUGO VIZCARDO, Silfredo. *El nuevo delito de feminicidio y sus implicancias político-criminales*. Ob. cit., p.115.

¹⁹⁷ Vid. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., p.11.

¹⁹⁸ Vid. PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal: Parte Especial*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1992, p.74.

usando sustancias alucinógenas, cuerpos duros, contundentes y peligrosos como armas de fuego, corto punzantes, objetos domésticos como cuchillos de cocina, hachas, martillos y palos, prendas de vestir como correas, corbatas y chompas empleados para asfixiarla o estrangularla, entre otros; y en los casos más extremos las queman, descuartizan o decapitan.

Si el agente ejecutara el delito conforme a las modalidades o medios propios del asesinato como el fuego, veneno y explosivos, el tipo penal se agrava, produciéndose un concurso de leyes entre el feminicidio y el asesinato, que en virtud del principio de alternatividad, que explicaré más adelante, se resolverá aplicando el delito que contenga la pena más grave y que sería el feminicidio¹⁹⁹.

El móvil del crimen, conforme a los datos y estadísticas proporcionados por el Ministerio Público sobre el feminicidio, suelen ser una situación de celos por una infidelidad por parte de la mujer, su respuesta negativa para iniciar o continuar con una relación de pareja, su negativa de mantener relaciones sexuales, motivos económicos, venganza, discriminación, entre otros²⁰⁰. Los que en su conjunto, reflejan la actitud de desprecio que tienen los varones hacia la vida de las mujeres y su deseo de ejercer un control sobre ellas al considerarlas como seres inferiores y al atribuirse una supuesta autoridad que los lleva a doblegar su autonomía y voluntad, cometiendo una serie de agresiones y vejaciones en contra de sus derechos y libertades que les han sido consagrados constitucionalmente.

¹⁹⁹ Vid. MINISTERIO PÚBLICO. *Estadísticas sobre feminicidio según las características de víctimas y el presunto victimario Cuadro N° 02 – 2009-2014*. Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público, Lima, julio de 2014, p. 1. Disponible en <http://portal.mpfn.gob.pe/descargas/01%20Feminicidio%20%282009-2014%29.pdf>. Consultado el día 09 de julio de 2015.

²⁰⁰ Vid. MINISTERIO PÚBLICO. *Estadísticas sobre feminicidio según las características de víctimas y el presunto victimario Cuadro N° 02 – 2009-2014*. Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público, Lima, julio de 2014, p. 1. Disponible en <http://portal.mpfn.gob.pe/descargas/01%20Feminicidio%20%282009-2014%29.pdf>. Consultado el día 09 de julio de 2015.

C. Sujeto pasivo

También es un sujeto cualificado o específico, al comprender solo a la mujer desde el momento de su nacimiento hasta su muerte²⁰¹, siendo irrelevante su edad, raza, religión, posición social y económica, etc., en los contextos que la norma señala como la violencia familiar que englobaría el parentesco y las relaciones conyugales y de convivencia, la coacción, hostigamiento y acoso sexual, la discriminación, entre otros.

Se incluiría además como víctima a la persona nacida varón pero que posteriormente hace su cambio judicial de sexo²⁰².

D. Presupuestos materiales de la imputación

Si bien la conducta punible en el feminicidio consiste en matar a una mujer, el tipo penal ha determinado las circunstancias, contextos o presupuestos en los que se configurará, fuera de los cuales no podríamos hablar propiamente del delito.

La enumeración de estos presupuestos evidencia que nuestra legislación actual ha acogido a todos los tipos de feminicidio, a los cuales nos referimos en un apartado anterior – íntimo, no íntimo y por conexión-, ampliando de esta manera su ámbito de aplicación, a diferencia de la regulación del delito anterior que se restringía al feminicidio íntimo.

El tipo penal añade también a la acción de matar a una mujer la afirmación “por su condición de tal”, es decir, por su pertenencia al género femenino, que a mi parecer constituye una condición objetiva de punibilidad con la cual se justificaría el merecimiento de la pena que se impondrá al

²⁰¹ Vid. PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. Cit., p.115.

²⁰² Vid. HUGO VIZCARDI, Silfredo. *El nuevo delito de feminicidio y sus implicancias político-criminales*. Ob. cit., p. 116.

autor del delito. Es decir, se trata de una circunstancia añadida por el legislador a la acción que realiza el injusto culpable, con el propósito de fundamentar y justificar la necesidad de la intervención del Derecho Penal para sancionar al varón que mata a una mujer por el simple hecho de ser mujer como parte de la política-criminal adoptada por el Estado de proteger de manera preferente y exclusiva el derecho a la vida de las mujeres, al haber valorado el daño y la conmoción social que genera con su conducta y al considerarla como la reacción necesaria para garantizar la paz social y lograr reducir las cifras alarmantes de feminicidios cada vez más frecuentes en nuestra sociedad²⁰³.

Así, los presupuestos materiales del delito de feminicidio son la violencia familiar, la coacción, hostigamiento y acoso sexual, el abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que confiere autoridad al agente y cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

D.1. Violencia familiar

Conforme al artículo 2° de la Ley N° 26260, Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, se entiende por violencia familiar cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual que se produzcan entre cónyuges, convivientes, ex cónyuges, ex convivientes, ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, quienes habiten en el mismo hogar siempre que no medien relaciones contractuales y laborales, quienes hayan procreado hijos en común independientemente de que convivan o no al momento de producirse la violencia y uno de los convivientes y los parientes del otro hasta el

²⁰³ Vid. GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., pp. 677-678; STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: Parte General I, El hecho punible*. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 137-138.

cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

En efecto, se considera como violencia familiar toda conducta que afecte gravemente la vida, el cuerpo, la integridad física y psicológica o la libertad causando un serio daño al desarrollo de la personalidad de las víctimas, motivada por los patrones socioculturales, la cultura patriarcal y el machismo imperante en nuestra sociedad que subordina y discrimina a la mujer²⁰⁴.

Esta violencia puede manifestarse en tres modalidades, física al concretarse en golpes, gritos, empujones o utilizando algún medio causando un sufrimiento físico siendo visible sobre el cuerpo; psicológica o moral mediante la manipulación, chantaje, burlas, amenazas que si bien no dejan huella corporal alguna generan trastornos emocionales; y sexual que incluiría el acoso o hostigamiento sexual y otros actos con propósitos sexuales²⁰⁵.

Es así que el tipo penal se refiere al feminicidio íntimo sin restricciones, al dejar de limitarse a la existencia de una relación matrimonial, de convivencia o afín a ellas para su configuración, al incluir la relación de parentesco comprendiendo a los ascendientes, descendientes²⁰⁶ y parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La razón de su inclusión fue que tanto en las relaciones afectivas como familiares es posible la infracción dolosa de los deberes de mutua protección y cuidado de los cuales el sujeto activo es garante.

²⁰⁴ Vid. AGURTO PERALTA, Roberto Carlos; HUACCHA POSADA, Carla Paola. *Manual Legal de Protección frente a la violencia familiar y los Derechos de la mujer, el niño y el adolescente: doctrina, legislación, jurisprudencia*. Gráfica San Martín, Cajamarca, 2007, pp. 44-49.

²⁰⁵ *Ibíd.*, pp. 50-53.

²⁰⁶ Al no hacer referencia el tipo penal al descendiente adoptivo, en el caso de un padre que mata a su hija adoptiva se tipificará el parricidio y no el feminicidio.

D.2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual

La coacción y el hostigamiento o acoso sexual han sido identificados por la Organización Internacional del Trabajo – OIT- y por la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las Mujeres –CEDAW- como otras manifestaciones de la discriminación de género y de la violencia contra la mujer²⁰⁷, propias de una cultura basada en estereotipos sociales y en los roles de género, que atentan contra su libertad individual, dignidad, salud e integridad física y psicológica²⁰⁸.

Por coacción sexual, entendemos a la fuerza o violencia que ejecuta cualquier varón sobre la mujer para obligarla a realizar actos sexuales en contra de su voluntad con el fin de satisfacer sus perversiones sexuales, que no solo incluirían al coito sino también los manoseos, masturbaciones, pedofilia erótica, atentados contra el pudor, exhibicionismos, entre otros.

Y por hostigamiento o acoso sexual, conforme al artículo 4° de la Ley N° 27942, Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual del 05 de febrero de 2003, modificado por la Ley N° 29430 del 27 de octubre de 2009, toda conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual, o referida al tema sexual y otros comportamientos que tengan connotación sexual, no deseada o rechazada, realizada por un varón que se aprovecha de su posición de autoridad o cualquier otra situación ventajosa en contra de una mujer que rechaza dichas conductas al considerar que afecten su dignidad y derechos²⁰⁹.

²⁰⁷ Vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *El hostigamiento o acoso sexual*. Hoja Informativa N° 4 Género, salud y seguridad en el trabajo. Disponible en <http://www.ilo.org>. Consultada el 09 de junio de 2015.

²⁰⁸ Vid. AGURTO PERALTA, Roberto Carlos; HUACCHA POSADA, Carla Paola. *Manual Legal de Protección frente a la violencia familiar y los Derechos de la mujer, el niño y el adolescente: doctrina, legislación, jurisprudencia*. Ob. cit., pp. 125-128.

²⁰⁹ Vid. BASUALDO HILARIO, Arturo Francisco. *Hostigamiento sexual en el ámbito laboral público: Comentarios al precedente vinculante establecido en la Casación N° 3804-2010 del Santa*. Revista Soluciones Laborales N° 68, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, pp. 103-107.

Es decir, toda conducta no deseada de naturaleza sexual o referida al tema sexual que tiene por objeto obtener favores sexuales, manifestándose principalmente en los ámbitos en donde existen relaciones jerárquicas o de poder, como el escolar y el laboral, que hacen que la mujer se sienta ofendida, humillada e intimidada.

D.3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que confiere autoridad al agente

Este presupuesto fáctico supone el uso excesivo, desmedido y desproporcionado de ciertas facultades y derechos que han sido atribuidos a una persona, en este caso un varón, por medio de una relación legal, contractual o de confianza por la cual ocupa una posición de superioridad, la misma que realiza su gestión con acciones totalmente opuestas a las obligaciones que le han sido impuestas manifestándose en conductas agresivas y no deseadas que buscan lesionar, humillar, degradar o expresar dominio o presión sobre las mujeres que se encuentran en una posición de inferioridad. Las que al ser puestas en una posición de indefensión y por miedo terminan por aceptar y tolerar estos abusos, siendo obligadas a realizar conductas no deseadas de cualquier índole, incluso sexuales²¹⁰. Generalmente los escenarios en los que se dan este tipo de conductas son en el en el colegio, la universidad, el trabajo, en el ambiente familiar o en la vida pública refiriéndonos a los efectivos policiales o agentes militares.

La RAE, identifica al abuso de confianza con la infidelidad al consistir en burlar o perjudicar a una mujer que por su inexperiencia, afecto, bondad o descuido le ha dado crédito, y al abuso de autoridad cuando la persona que ocupa una posición de superioridad se excede de sus atribuciones en perjuicio de un inferior.

²¹⁰ Vid. HUGO VIZCARDO, Silfredo. *El nuevo delito de feminicidio y sus implicancias político-criminales*. Ob. cit., p.120.

D.4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas conforme a las definiciones contenidas en la Convención internacional de todas las formas de discriminación racial y en la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer – CEDAW-, entiende por discriminación “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posesión económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”.

Así, el legislador penal conforme al derecho a la igualdad y a la no discriminación que ha sido consagrado en nuestra CP en el inciso 2 del artículo 2º, establece como supuestos fáctico del delito de feminicidio cualquier forma de discriminación contra la mujer, entendiendo a todo acto de hacer una distinción o segregación que atente contra su dignidad al negar su condición de persona y la igualdad de oportunidades al limitar el ejercicio de sus derechos, teniendo como base el prejuicio negativo que prima en nuestra sociedad machista de tratarlas como seres diferentes e inferiores.

Se añade que el acto de discriminación es independiente a que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente, es decir, tanto si es una extraña como si existiese o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el sujeto activo el delito de feminicidio quedará configurado²¹¹.

²¹¹ Vid. HUGO VIZCARDO, Silfredo. *El nuevo delito de feminicidio y sus implicancias*

E. Circunstancias agravantes

El tipo de feminicidio se agrava cuando concurren cualquiera de las modalidades que la Ley N° 30068 señala, las cuales revelan circunstancias especiales que incrementan el riesgo al que se somete la vida de la mujer, y las incluidas recientemente mediante el Decreto Legislativo N° 1323 que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género, publicado en el Diario el Peruano con fecha 05 de Enero de 2017²¹², siendo uno de sus objetos incorporar en la legislación penal precisiones normativas a fin de proteger de modo efectivo a las mujeres de la violencia familiar y cualquier otra forma de violencia y discriminación²¹³.

E.1. Si la víctima era menor de edad o adulta mayor

Para la configuración de este supuesto se procederá a verificar la edad de la víctima, si es inferior de 18 años o si oscila entre los 65 a 70 años refiriéndonos a las personas de tercera edad o ancianos, siendo el fundamento de su agravación que la conducta delictiva está dirigida contra la población especialmente vulnerable en razón de su edad, al tratarse de una mujer que se encuentra en las primeras etapas de su desarrollo y que con su muerte se cancela su proyecto de vida humana, o que se encuentra ya en sus últimos años de vida siendo incapaz de defenderse por sí sola de los ataques de otra persona.

político-criminales. Ob. cit., pp.121-122.

²¹² Decreto Legislativo N° 1323. Disponible en <http://busquedas.elperuano.com.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-fortalece-la-lucha-contra-el-feminic-decreto-legislativo-n-1323-1471010-2/>. Consultado el 24 de Enero de 2017.

²¹³ Vid. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. “El delito de Feminicidio en el Código Penal Peruano” en *Manual de Derecho Penal Parte Especial: Delitos contra la vida, contra el patrimonio y otros*. Instituto Pacífico S.A.C Primera Edición., Lima, 2015, pp.29-32.

E.2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación.

La agravante se refiere a los casos en que la víctima se encuentra embarazada, esto es, gestando la formación de un nuevo ser humano, situación que genera una alarma social ya que con la conducta del sujeto activo no se arrebataría una, sino dos vidas humanas; siendo necesario que éste tenga conocimiento que la mujer se encuentra gestando.

E.3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente.

El sujeto agente debe poseer una cierta posición o condición ya sea legal o fáctica que origina que la mujer se encuentre bajo su cuidado y responsabilidad, como en los casos de tutela, curatela, tenencia y patria potestad siempre y cuando no se verifiquen circunstancias de violencia familiar anteriores contra la víctima, en los que la víctima no puede valerse por sí misma – por ser menor de edad, incapaz, etc.- necesitando estar bajo el cuidado del agente, que en muchas ocasiones se aprovecha de las circunstancias para cometer esta conducta delictiva.

E.4. Si la víctima fue sometida previamente a la violación sexual o actos de mutilación, y se ocasiona su muerte con el fin de ocultar el delito.

Para su aplicación, se deben verificar tres cuestiones: la muerte de la mujer, que el agente haya ejercido contra ella actos de abuso sexual o mutilación física, y que éstos se hayan producido antes o previamente a su muerte. Es así que su fundamento de agravación radica en que la conducta del sujeto activo no está dirigida únicamente a acabar con su vida sino que planifica violentarla sexualmente en contra de su voluntad de manera previa, procediendo después de satisfacer sus bajos instintos a matarla a fin de ocultar su delito; y causarle dolores o sufrimientos innecesarios estando viva a fin de lograr la perfección de su plan criminal, actuando con gran crueldad o salvajismo con la mutilación de algunos de sus miembros u órganos vitales.

E.5. Si al momento de cometerse el delito la víctima padeciera cualquier tipo de discapacidad.

La Ley N°29973 Ley General de la Persona con Discapacidad, define a esta condición de la siguiente manera: “La persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás”, de manera que las personas con discapacidad conformarían un sector de la población en un evidente estado de vulnerabilidad. Es así, que la razón por la cual este supuesto ha sido recogido por el legislador como una agravante reside en que el sujeto activo se aprovecha de que una mujer adolece de alguna discapacidad para perpetrar el delito, la cual debe ser perceptible a sus sentidos, siendo fácil su consumación debido al estado deficitario de su víctima que no puede defenderse frente a los ataques de su agresor.

E.6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas o cualquier tipo de explotación humana.

En virtud a lo señalado en el artículo 153° del Código Penal que tipifica el delito de trata de personas, éste puede definirse como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, utilizando la amenaza, la fuerza, otras formas de coacción, raptó, fraude, engaño, abuso de poder, situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener un consentimiento "viciado", de una persona que tenga autoridad sobre otra, teniendo como fines la explotación, ya sea sexual o laboral, la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; siendo frecuente su incidencia en mujeres, niños y niñas, por ser los más vulnerables de la sociedad debido a su condición física y situación económica. Para la configuración de esta agravante es necesario que antes de producir la muerte de la mujer, el sujeto activo debe haber ejecutado de manera previa o coetánea cualquiera de los comportamientos

que establece el artículo citado, y que luego de haberla sometido a dichos fines procede a matarla.

E.7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108° del Código Penal que regula al asesinato.

E.8. Cuando se comete a sabiendas de la presencia de las hijas o hijos de la víctima o de niños, niñas o adolescentes que se encuentren bajo su cuidado.

El fundamento de su inclusión como una agravante del feminicidio radica en el trauma psicológico y sufrimiento que se origina en los hijos y los menores que se hayan encontrado bajo cuidado de la víctima, al haber presenciado de manera directa el cruel asesinato de su madre o cuidadora, imágenes que quedarán grabadas en sus memorias y que repercutirán en su desarrollo y convivencia en sociedad. Asimismo, se tiene en cuenta la situación de orfandad en que se les deja al haber perdido a la persona que les brindaba cuidados y amor dentro del seno de un hogar.

La conducta se agrava aún más cuando el sujeto activo realiza el delito concurriendo dos o más de las circunstancias antes mencionadas y se le imputará la pena de cadena perpetua. En el caso de habitualidad y reincidencia reguladas en los artículos 46-B° y 46-C° respectivamente, también se incrementarán las penas.

F. Tipicidad Subjetiva

En atención a la Teoría del conocimiento, el feminicidio se presenta como un tipo eminentemente doloso al implicar que se imputará el hecho delictivo al sujeto que con pleno y suficiente conocimiento de que con su actuación cuestiona la vigencia de una expectativa social elemental contenida en la norma penal, da muerte a su víctima, habiendo tenido la posibilidad de actuar como un ciudadano fiel al Derecho y así

evitar su defraudación²¹⁴.

Es decir, el feminicida de manera consciente crea con su conducta un riesgo idóneo para la aparición de un resultado lesivo, en este caso un daño irreversible al arrebatarse la vida a una mujer por su condición de tal, y a pesar de haberse activado el deber de evitarlo que lo obligaría a desistirse o a interrumpir la conducta riesgosa, continúa con la misma.

Por tanto, la voluntad o el elemento volitivo que tradicionalmente se constituyó junto al conocimiento o el elemento cognitivo como los elementos necesarios para la configuración del dolo, deja de serlo. Con esto no queremos decir que la imputación al autor de una particular voluntad con la que actúa haya sido desterrada del Derecho Penal, al ser requerida para decidir cuestiones generales como la tentativa, el delito continuado, fundamentar determinados hechos que requieren un especial ánimo del autor para adquirir relevancia penal, o para manifestar un mayor reproche subjetivo al autor en el caso del dolo directo de primer grado²¹⁵.

Así, el delito abarcaría las tres formas en que el dolo puede manifestarse: el dolo directo de primer grado, el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual. El primero se presenta cuando el autor actúa con conocimiento del hecho y con la voluntad de producir el resultado, por ejemplo si dispara directamente sobre una parte del cuerpo que sabe causará inmediatamente la muerte de su víctima. En la segunda forma, el autor tiene igualmente conocimiento pero no quiere producir el resultado, pero lo asume como necesario, por ejemplo si coloca una bomba en el auto de su peor enemigo al que quería matar, sabiendo que va acompañado por su esposa, a quien no quiere matar. Y en el dolo eventual, el autor tiene conocimiento sobre la

²¹⁴ Vid. GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., pp. 400-405.

²¹⁵ Vid. GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., pp. 405-406.

probabilidad de que con su conducta podría generar un resultado lesivo, pero aun así continúa con su conducta²¹⁶.

G. Antijuridicidad

Habiéndose verificado que concurren los elementos objetivos y subjetivos para la configuración del delito de feminicidio, el operador jurídico deberá determinar si la conducta es contraria al ordenamiento jurídico o si concurre alguna causa de justificación previstas en el artículo 20° del Código Penal, que tienen el efecto de exonerar de responsabilidad penal al agente, refiriéndonos a la legítima defensa o al estado de necesidad justificante o si se actuó en cumplimiento de un deber²¹⁷.

De concluirse que concurre alguna causa de justificación, la conducta feminicida será típica pero no antijurídica, eliminando así el carácter ilícito de la acción y la responsabilidad penal del sujeto activo²¹⁸. Por ejemplo, cuando el supuesto feminicida por esquivar los golpes de martillo que venía recibiendo, empuja a su cónyuge agresora, quien rueda por las escaleras y muere. Este caso constituiría un supuesto de legítima defensa si se llegara a comprobar el carácter ilegítimo de la agresión, que no existió una provocación suficiente que diera lugar a la agresión y que los medios empleados para impedirle o repelerle hayan sido racionales.

²¹⁶ Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp. 423- 430; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte Especial*. Ob. cit., pp.321-322; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., pp. 97-98; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., p. 138; CASTILLO ALVA, José Luis. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., pp. 220-221.

²¹⁷ Vid. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., pp. 16-18; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., pp. 143-147; CASTILLO ALVA, José Luis. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., pp. 179-180.

²¹⁸ Vid. SALINAS SICCHA, Ramiro. *El delito de parricidio en el Perú luego de la Ley N° 29819: ¿Y el delito de feminicidio?* Ob. cit., pp.83-84; GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., pp. 477-478.

H. Culpabilidad

Si después de analizar la conducta típica de feminicidio se llega a la conclusión de que no concurre alguna causa o circunstancia de justificación, el operador jurídico deberá determinar si la conducta feminicida puede ser atribuida o imputable a su autor; es decir, si goza de capacidad penal para responder por su acto.

En primer lugar, se determinará la edad biológica y la salud psíquico-mental del autor o partícipe, ya que la minoría de edad²¹⁹ y el estado físico y mental gravemente afectados constituyen causales de inimputabilidad criminal conforme al artículo 20º del Código Penal y suponen la aplicación de la presunción legal *iure et de iure* de excluirlos de la responsabilidad penal, al impedir que el sujeto perciba adecuadamente la realidad, comprenda el orden social y determine su actuar de acuerdo a él, y así evitar la realización del injusto penal²²⁰.

En segundo lugar, determinar si tenía conocimiento de que su actuar era antijurídico, es decir, contrario al orden jurídico el cual se desprenderá del sentido común que gozamos todas las personas normales. Como una modalidad agravada del homicidio, no sería posible invocar el error de prohibición ni el error culturalmente condicionado al

²¹⁹ En nuestro sistema penal, la capacidad de poder recibir imputaciones penales empieza a partir de los 18 años, sin admitir diferencia alguna salvo en el caso legalmente previsto en el artículo 22 del Código Penal sobre la imputabilidad restringida, según el cual cuando el agente tenga más de 18 y menos de 21 años, o más de 65 años al momento de realizar el delito, la pena a imponer puede ser reducida prudencialmente. Sin embargo, no es de aplicación en todos los delitos, ya que en el segundo párrafo señala a los que quedarían excluidos, entre ellos la violación de libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, etc., y otros sancionados con pena privativa de libertad no menor de 25 años o cadena perpetua.

Analizando la penalidad del delito de feminicidio base que es de 15 a 25 años, si constituiría un supuesto de imputabilidad restringida el caso en que la edad del feminicida esté incluida dentro del rango indicado, excluyéndose al feminicidio agravado.

²²⁰ Vid. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., p. 155; GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., p. 515.

protegerse de manera rigurosa la vida humana, la misma que en principio es apreciada en todas las culturas y sociedades civilizadas o nativas. De darse, serviría únicamente para atenuar la pena del inculpado.

Y por último, determinar si le era exigible al agente actuar conforme a Derecho y así evitar causar la muerte a su víctima, al existir determinadas situaciones que son excepcionales en las cuales se levanta la obligatoriedad del Derecho y que tienen como efecto no poder reprocharle al autor del delito haber actuado en contra de la norma penal. Por ejemplo el supuesto de estado de necesidad exculpante que tiene como contexto un peligro actual que amenaza la vida, la integridad corporal o la libertad de una persona, que al no haber tenido otra alternativa que realizar el hecho antijurídicos para alejar el peligro, no será culpable²²¹.

I. Autoría y Participación

Al constituir un tipo especial propio o cualificado, la calidad de autor está reservada solo al varón que mata a una mujer en las condiciones que la ley señala, siendo admisibles las distintas modalidades de autoría recogidas en el artículo 23° del Código Penal.

Por autor directo nos referimos al varón que de forma directa o de propia mano realiza la acción típica teniendo el dominio sobre la ejecución del hecho; por autor mediato a quien realiza el tipo penal por medio de otra persona que no responde penalmente, y si bien no ha participado de manera directa en la ejecución es responsable penalmente al ser el delito obra suya y al estar dentro de su esfera de dominio, y por coautor si son dos o más varones los que realizan el hecho punible de manera concertada al mediar entre ellos un acuerdo expreso, tácito, previo o simultáneo, actuando con dominio funcional sobre el hecho al haberse distribuido el

²²¹ Vid. GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., pp. 538-545. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., pp.19-20.

trabajo realizando cada uno un aporte esencial en la etapa de ejecución del delito²²².

Pero la realización del hecho punible puede que no sea exclusiva del autor, sino también de otras personas que sin tener dominio sobre el hecho colaboran de forma decisiva a fin de que el plan delictivo pueda ejecutarse con éxito. Nos referimos a las formas de participación que nuestro Código Penal regula en los artículos 24° y 25° que son la instigación y la complicidad respectivamente, que se definen como la cooperación o apoyo intencional en la consumación de un delito doloso de otra persona - autor, autor mediato o coautor-respecto a la cual se encuentran en una posición secundaria²²³.

En cuanto a la responsabilidad penal del partícipe, al tratarse de un solo injusto penal y en virtud de los dos principios que rigen la participación delictiva, la accesoriedad y la unidad del título de imputación, respondería penalmente al igual que el autor, es decir, se le enjuiciaría por el mismo delito común y en base al mismo marco penal.

Sin embargo, la determinación de la pena para las personas que han participado en un delito especial, como lo es el delito de feminicidio, sin tener la calidad exigida por el tipo, es decir, pertenecer al género masculino, constituye un tema debatible en nuestro país, sobre si resulta aplicable la teoría de la unidad o de la ruptura del título de imputación, ya que mientras la primera considera que la pena se determina en base al marco penal del delito especial, la segunda considera que el marco penal del delito especial solamente

²²² Vid. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., pp. 90-94; VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte Especial*. Ob. cit., p.44; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., p. 225-228; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp. 368-382; CASTILLO ALVA, José Luis. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., pp. 251-252; GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal: Parte especial*. Ob. cit., pp. 558-577.

²²³ Vid. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., p. 229; HURTADO POZO, José Manuel. *Manual de Derecho Penal: Parte especial*. Juris, Lima, 1994-1995, p.37.

sirve para determinar la pena del autor²²⁴.

En opinión de GARCÍA CAVERO “la solución no va por un camino alternativo, sino que la asunción de una u otra teoría depende de si el delito está configurado como un delito de dominio o como un delito de infracción de un deber”²²⁵. Así, en el caso del feminicidio, al constituir un delito especial de dominio y que el injusto puede ser configurado por cualquier ciudadano que infringe el deber general negativo de organizarse sin afectar las esferas privadas de otros, la pena del partícipe se determinará sobre la base del marco penal del delito especial acogiendo la teoría de la unidad del título de imputación. Lo que no significa que se les aplique la misma pena en términos cuantitativos, en aplicación del artículo 26° del Código Penal que recoge la teoría de la incomunicabilidad de las circunstancias personales, al establecer que las circunstancias o cualidades que afecten la responsabilidad penal de un autor no pueden ampliarse a los partícipes.

J. Consumación y tentativa

Por consumación de un hecho punible se entiende al total cumplimiento de los elementos constitutivos descritos en el tipo penal, así el feminicidio alcanza su consumación cuando el agente ha puesto fin a la vida del sujeto pasivo, es decir, da muerte efectiva a la mujer en las circunstancias y contextos antes comentados²²⁶.

Al constituir un tipo penal de resultado material, admite todas las formas de tentativa que sean posibles, definida por el artículo 16° del Código Penal como el inicio de la ejecución de un delito que no llega a consumarse. Su punibilidad se fundamenta en la puesta en peligro a la vida humana y en la voluntad criminal del agente la cual es totalmente contraria a la vida de las personas y por ende al

²²⁴ Vid. GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., pp. 600-603.

²²⁵ Cfr. *Ibid.*, pp. 600.

²²⁶ Vid. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., p.21.

ordenamiento jurídico²²⁷.

Si bien, el sujeto activo no logra perfeccionar su plan delictivo al no producir la muerte de su víctima, puede producir heridas en la integridad de la víctima siendo merecedor de responsabilidad penal, aunque menor a la del delito consumado, siendo necesario para su atribución la valoración de las circunstancias objetivas e indicios que rodearon el hecho punible que revelen que la dirección criminal del sujeto se dirigió a la eliminación de su víctima, a pesar de no haberla ocasionado²²⁸.

K. Penalidad

Después de comprobada la comisión del delito y el grado de responsabilidad del acusado durante un debido proceso, se le impondrá en la sentencia respectiva una pena privativa de libertad no menor de 15 años ni mayor de 25 si se tratase de feminicidio básico, y en el caso de feminicidio agravado será no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años, de concurrir dos o más circunstancias agravantes la pena será de cadena perpetua. Y si el agente tuviese hijos con la víctima, será reprimido además con la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36° del Código Penal que produce su incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela.

En el caso de la reincidencia, el juez aumentara la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el feminicidio hasta cadena perpetua, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Y en el caso de la habitualidad, se sanciona aumentando la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado siendo aplicables los beneficios penitenciarios.

²²⁷ Vid. CASTILLO ALVA, José Luis. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., p. 255.

²²⁸ Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp. 347-354; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., p. 99; VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte Especial*. Ob. cit., p.44.

Asimismo, de la comisión de hecho delictivo deriva también una responsabilidad civil ex delicto conforme al artículo 92° del Código Penal, la que deberá ser declarada en la sentencia junto a la pena impuesta y exigible ejecutoriamente, al busca reparar o compensar los efectos y daños que el delito ha ocasionado sobre la víctima y demás perjudicados. En el caso del feminicidio, la reparación civil no comprendería la restitución del bien ya que sería imposible devolverle la vida a una persona muerte, sino el pago de una indemnización de daños y perjuicios tanto en la consumación como en la tentativa del hecho por el daño psicológico que genera en sus víctimas, la misma que podrá ser exigida por los herederos de la occisa en aplicación del artículo 96° del Código Penal²²⁹.

La indemnización de los daños y perjuicios busca abarcar todo el daño que ha producido el autor del delito, tanto patrimonial como extrapatrimonial y conforme al acuerdo del Pleno Jurisdiccional Penal de 1999 debe comprender el daño económico, moral y personal. En cuanto al daño económico, está conformado por el daño emergente y el lucro cesante entendidos como la disminución de la esfera patrimonial de la víctima y su no incremento al dejar de percibir ingreso alguno.

En cuanto al daño moral, se entiende a la grave afección o preocupación que se genera sobre el afectado. La afección como consecuencia de la imposibilidad de usar o disfrutar un bien, y la preocupación por quedar en una situación de no saber la manera de subsistir o la posibilidad de sufrir un grave daño patrimonial en el futuro. Y el daño a la persona, abarcaría las situaciones a las que estaría sometido por haber sufrido una lesión en su integridad sicosomática.

²²⁹ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., p. 523; CASTILLO ALVA, José Luis. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., p.258-261; GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., p. 787-789.

En consecuencia, la indemnización que deberá imponer el juez penal en la comisión del delito del feminicidio, deberá cubrir los gastos del funeral, los gastos que se originarían por la situación de desamparo y desprotección económica de la familia si se llegara a comprobar que la víctima era el único medio de sustento, y la aflicción o angustia a la que se expone a los adeudos por la pérdida de un ser amado²³⁰.

3.3 Concurso de Leyes: Feminicidio, parricidio y asesinato

3.3.1. Concepto y principios del Concurso de Leyes

La doctrina penal define al concurso de leyes o concurso aparente de delitos como la situación en la cual la conducta del autor se encuentra abarcada en la formulación de varios tipos penales pero solo uno de ellos resulta suficiente para determinar el delito²³¹.

Es decir, ante un mismo supuesto de hecho son aplicables “aparentemente” varios tipos penales que pugnan y pretenden que sea comprendido en su ámbito, conflicto que se resolverá tras un proceso de interpretación de las normas que determinará el tipo penal que abarcará la conducta delictiva al englobar su sentido jurídico-penal, desplazando y excluyendo a los demás²³². Y a diferencia del concurso real y del concurso ideal de delitos regulados en los artículos 48° y 50° del Código Penal, no ha sido acogido de forma expresa por nuestro legislador.

Su fundamento lo encontramos en la doctrina de JAKOBS al defender que la función del Derecho Penal es la reestabilización de una expectativa normativa defraudada, la misma que puede haber sido formulada por el legislador de

²³⁰ Vid. CASTILLO ALVA, José Luis. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., p.259.

²³¹ Vid. GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., p. 634.

²³² Vid. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., pp. 273; PAVÓN VASCONSELOS, Francisco. *Concurso aparente de normas*. Porrúa, México, 1998, pp. 61-66; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., p.652.

distintas maneras ya sea en un único tipo penal o en varios, y que si bien compartirían elementos también tendrían algunos propios, siendo una sola la expectativa defraudada, resultando necesario atender a la formulación más específica que se determinará mediante los principios jurídicos que la doctrina penal ha desarrollado y que describen las distintas formas en que se vinculan o relacionan las normas penales, siendo éstas: las relaciones de especialidad, de consunción, de subsidiariedad o de alternatividad. En otras palabras, de lo que se trata es de evitar valoraciones repetidas de un mismo suceso delictivo mediante la aplicación de una sola figura delictiva y sus correspondientes consecuencias jurídicas que regule el caso concreto en el contexto más amplio y completo. Ya que de lo contrario, es decir, si se aplicasen todas las leyes concurrentes se llegaría a una imputación multiplicada y a un castigo repetido del mismo suceso delictivo²³³.

En el delito analizado, la expectativa defraudada y que se busca restablecer sería la protección al derecho a la vida del que gozamos todos los seres humanos, y que por decisión de nuestro legislador y en base a la política-criminal adoptada en el país no ha sido formulada únicamente en el tipo penal base del homicidio sino también en sus atenuantes y agravantes, en las cuales de manera independiente y autónoma se regula y sanciona la misma conducta de dar muerte a otra persona, variando en cada una de ellas las circunstancias, los contextos y el círculo de sujetos activos y pasivos; y que dependiendo del caso en concreto será pertinente optar por el tipo penal que abarque de manera más precisa y específica la conducta antijurídica, tomando como referencia las formas en que se vinculan las normas penales, que a continuación haré referencia.

En primer lugar, **la relación de especialidad** establece que debe aplicarse el tipo penal que regula más específicamente el hecho delictivo cometido, es decir, al concurrir una norma especial y una general, se optará

²³³ Vid. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit., pp. 1048-1050.

exclusivamente por la primera en virtud del principio *Lex specialis derogat legi generali*, desplazando a la general, siempre que el tipo específico esté contenido en el tipo general y que además presente un elemento o característica adicional que le permite brindar una descripción más intensa y específica del hecho²³⁴.

Esta relación de especialidad se presenta generalmente en los tipos penales privilegiados, los tipos penales agravados y los compuestos que excluyen la aplicación del tipo penal básico o de los tipos simples²³⁵. Por ejemplo, el delito de parricidio que desplaza al delito de homicidio, en el caso de una madre que mata a su hija, ya que si bien contiene la característica general del homicidio que es dar muerte a una persona, presenta además otra más específica que es la relación de parentesco que existe entre el autor y su víctima.

En segundo lugar, **la consunción o absorción**, cuando un tipo penal contiene e incluye por sí solo a otro adquiriendo preferencia en su aplicación por su mayor alcance. Es decir, el desvalor del segundo hecho que puede ser previo - delito previo-, concomitante - delito acompañante -o posterior- delito posterior- a la realización del primero, ya está contenido y consumido por su tipo y pena. El delito que consume a otro puede prescribir una pena mayor, menor o incluso puede llegar a liberar de responsabilidad²³⁶.

²³⁴ Vid. STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: Parte General I, El hecho punible*. Ob. cit., pp. 541-542; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., pp. 274; PAVÓN VASCONSELOS, Francisco. *Concurso aparente de normas*. Ob. cit., pp. 163- 166; ROMERO SOTO, Luis E. *Concurso Aparente de Leyes. Hechos copenados*. Ob. cit., pp. 24- 26.

²³⁵ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., p. 538; GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp. 637-638.

²³⁶ Vid. PAVÓN VASCONSELOS, Francisco. *Concurso aparente de normas*. Ob. cit., pp. 176-177; GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp. 640-643; STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: Parte General I, El hecho punible*. Ob. cit., p.543.

Esta relación se presenta en el hecho que acompaña normalmente a otro, por ejemplo en el delito de hurto agravado, en el que se sustrae un bien mueble y a la vez se causa daño a la puertas del domicilio del agraviado, consumiendo el tipo del hurto al de daños; en los actos posteriores impunes o copenados, y los actos preparatorios cuya sanción será consumida por la norma que sanciona al hecho consumado en su integridad²³⁷.

En tercer lugar, la relación **de subsidiariedad** implica la existencia de varios tipos penales que protegen a un mismo bien jurídico en diversos grados de punibilidad, es decir, existe un tipo principal – que tiene un mayor poder de protección- y un tipo subsidiario, y si bien por regla se supone que se aplique en primer instancia el que contemple la ofensa más grave – el principal²³⁸-, únicamente en el supuesto en que no sea factible su aplicación, operará el tipo subsidiario²³⁹. Para MUÑOZ CONDE “su fin es evitar que la no concurrencia de determinados requisitos deje sin sanción un hecho que podría ser sancionado por otro tipo penal que no los exija”²⁴⁰, es decir, ampliar o intensificar la protección jurídico-penal.

La norma subsidiaria puede estar contemplada de manera expresa al estar establecida concretamente en una norma que indica que es aplicable, como en el artículo 438 del Código Penal referido a los supuestos de falsedad genérica, o de manera tácita que deberá deducirse por vía interpretativa de la norma al constituir una forma de ataque

²³⁷ Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., pp.656-657; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., pp. 275-276.

²³⁸ Su aplicación no significa que consuma al tipo subsidiario, ya que solo desaparece por ser inoperante en el caso en concreto.

²³⁹ Vid. STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: Parte General I, El hecho punible*. Ob. cit., p. 544; PAVÓN VASCONSELOS, Francisco. *Concurso aparente de normas*. Ob. cit., pp. 207- 209; ROMERO SOTO, Luis E. *Concurso Aparente de Leyes. Hechos copenados*. Ob. cit., pp. 36-38.

²⁴⁰ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., p. 415.

más grave o acabada del mismo bien jurídico²⁴¹, por ejemplo la tentativa se considera subsidiaria respecto de la consumación del delito.

Y por último, **la alternatividad** se presenta como una relación de interferencia entre tipos penales de igual rango o equivalentes, y se establece cuando la elección del tipo no puede resolverse con los principios anteriores. Consiste en elegir a uno de ellos, siendo lo más indicado optar y aplicar el más grave. Por ejemplo si los tipos penales que concurren constituyen agravaciones diferentes de un mismo delito básico, el juez penal elegirá alternativamente el tipo penal. Si bien nuestro Código Penal no ha establecido el criterio bajo el cual se llevara a cabo dicha elección, según GARCÍA CAVERO sería aconsejable que se siguiera la regla del delito con la pena más grave²⁴².

3.3.2. ¿Existe un concurso aparente de leyes entre el feminicidio, parricidio y asesinato?

Al configurarse el delito de feminicidio como una modalidad agravada del homicidio que protege de manera exclusiva el derecho a la vida de las mujeres desde el momento de su nacimiento hasta su muerte en los supuestos que la norma penal establece, cabe preguntarnos si existe un concurso de leyes entre el delito analizado y el tipo básico del cual se desprende – homicidio- , y las otras figuras agravantes del mismo – parricidio y asesinato- y cuál sería el principio que debe aplicarse a cada caso en concreto para elegir al tipo penal que englobará la conducta antijurídica y que se imputará al autor del delito, sobre cuyo marco penal el Juez penal establecerá la pena correspondiente.

En relación al tipo básico, es decir, el delito de homicidio regulado en el artículo 106º del Código Penal que sanciona al que mata a otro, si tendría lugar un concurso de

²⁴¹ Vid. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ob. cit., pp. 278-279; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., p.655.

²⁴² Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., p.657; GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Ob. cit., pp. 644.

leyes al encuadrarse la conducta en ambos tipos penales, que se resolvería en aplicación del principio de especialidad conforme al cual la norma del delito de feminicidio constituye ley especial frente a la norma del delito de homicidio y en consecuencia la desplaza al regular de manera más específica la integridad del hecho delictivo cometido. Si bien ambas tienen elementos comunes, como el verbo rector de matar, el resultado de dar muerte a su víctima y el bien jurídico protegido que es la vida, el feminicidio tiene añadido elementos que lo especifican al reducir el círculo de sujetos activos y pasivos al género masculino y al género femenino respectivamente, y al establecer como condición objetiva de punibilidad que se dé muerte a una mujer por su condición de tal.

Y respecto a las otras agravantes del homicidio que nuestro Código Penal tipifica, el parricidio y el asesinato, existiría igualmente un concurso de leyes pero a diferencia del homicidio considero que no sería aplicable el principio de especialidad para elegir la formulación legal, al tratarse de tres agravantes de un mismo delito base respecto al cual si tendría lugar una relación de especialidad, pero no entre ellas.

En primer lugar, con respecto al delito de parricidio regulado en el artículo 107° del Código Penal, éste se configura como un delito de infracción de un deber en protección de las instituciones de la familia, el matrimonio y el concubinato, y establece que será parricida el hombre o la mujer que a sabiendas mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a la persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia; sin embargo, estas relaciones de parentesco, matrimoniales y de convivencia también han sido recogidas de manera parcial por el delito de feminicidio en uno de sus presupuestos materiales referido a la violencia familiar, en el cual se limita el círculo de sujetos activos al varón y el de sujetos pasivos a las ascendientes, descendientes naturales²⁴³, a la cónyuge,

²⁴³ No se hace referencia al descendiente adoptivo al no estar incluido en la Ley de Protección frente a la violencia familiar.

concubina, ex cónyuge y ex concubina.

Es así que nos preguntamos si la conducta antijurídica de un padre que mata a su hija debe calificarse como “parricidio” al existir entre ambos una relación de parentesco en línea recta al ser su descendiente, o como “feminicidio” al matar a una mujer por su condición de tal y al encuadrarse en el supuesto de violencia familiar.

Pues bien, conforme a los principios que la doctrina penal ha proporcionado para determinar cuál de los tipos penales que concurren será el aplicable y así resolver el conflicto, considero aplicable el principio de alternatividad²⁴⁴ al tener en cuenta que ambos tipos son equivalentes, es decir, comparten los mismos contextos y el círculo de sujetos pasivos según la existencia de un vínculo consanguíneo o jurídico que los une con el autor del delito que siempre será un varón, y además si analizamos la penalidad que se ha establecido para ambos nos damos con la sorpresa que los marcos penales son los mismos, es decir, será no menor de 15 ni mayor de 25 en el parricidio y feminicidio simple, y no menor de 25 ni mayor de 35 en el parricidio y feminicidio agravado, aplicándose de igual manera la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36° en el caso de que el agente tenga hijos con su víctima.

Así, será decisión y elección del Juez penal configurar la conducta delictiva del varón que mata a su ascendiente o descendiente mujer - su madre, hija natural, abuela, nieta, bisabuela, bisnieta etc., o a su cónyuge, concubina, o ex cónyuge o ex concubina como feminicidio o parricidio, en atención a la orientación de la política-criminal que haya sido adoptada por el Estado, ya sea para proteger a la institución de la familia, el matrimonio y el concubinato, o al género femenino.

²⁴⁴ Vid. REATÉGUI SÁNCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal: Parte General Volúmen II*. Pacífico Editores S.A.C., Lima, 2014, p. 1042-1043; VILLAVICENCIO TERRERO, Felipe A. *Derecho Penal: Parte General*. Grijley, Lima, 2007, p. 715; EXP. N° 002-01-I1, de fecha 16 de Marzo de 2005, FJ.3. Disponible en <http://actualidadpenal.com.pe>. Consultada el 21 de Febrero de 2017.

En segundo lugar, el asesinato u homicidio calificado tipificado en el artículo 108° del Código Penal establece una serie de circunstancias que de darse agravan la pena del autor de un homicidio, las mismas que han sido recogidas como circunstancias agravantes en el numeral 7 del delito de feminicidio. De manera que la conducta delictiva de matar a una mujer llevada a cabo con ferocidad, por lucro o placer, o para facilitar u ocultar otro delito, con gran crueldad o alevosía o por fuego, explosión o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vía o salud de otras personas - por ejemplo en el caso que el empleador que hostiga sexualmente a su empleada y la asesina con gran crueldad descuartizándola por su negativa a iniciar una relación amorosa - podría calificarse tanto como feminicidio o como asesinato.

Por lo que, la solución al igual que en el concurso de leyes entre el feminicidio y parricidio, sería aplicar el principio de alternatividad, al tratarse de las mismas circunstancias agravantes, pero con la diferencia de que el delito que englobaría la conducta antijurídica sería el que tenga la pena más alta, es decir, el feminicidio con un marco penal que varía entre los 25 a 35 años, más la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36° del Código Penal en el caso de que el agente tenga hijos con su víctima.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS CRÍTICO DEL TIPO DE FEMINICIDIO EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN Y A LA PREVENCIÓN GENERAL COMO FIN DE LA PENA

1. El delito de feminicidio: Protección penal reforzada por el género

Si bien el modelo de Estado adoptado por nuestra Constitución tiene como fin supremo la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, que se traduce en garantizar una esfera de igualdad y libertad a todos los individuos haciendo factible el goce y ejercicio pleno de los derechos y libertades que la norma fundamental les ha reconocido²⁴⁵, son varios los factores que impiden la plena consolidación de tales propósitos en la sociedad peruana, siendo uno de ellos los actos de violencia que motivados por una falsa ideología y errónea concepción de la realidad se han vuelto frecuentes en todos los sectores del colectivo social, sobre todo en el seno familiar y contra los grupos humanos considerados como los más débiles o inferiores, entre los cuales se identifica al género femenino.

Es así, que la mujer se ha convertido en una de las víctimas más recurrentes de la violencia que se vive en el país como consecuencia de una cultura patriarcal y machista arraigada en la mentalidad de nuestra sociedad, que cree aún que el varón por su naturaleza representa al sexo

²⁴⁵ Vid. Infra. Capítulo 1, pp. 1-4.

más fuerte y que la mujer es parte de su propiedad, sobre la cual detentaría un falso poder que lo faculta a someter, discriminar y despreciar su vida por la simple condición de ser mujer, llegando al punto de limitar a su antojo el goce de sus derechos y libertades.

En respuesta a esta realidad discriminatoria y al reconocimiento de la violencia hacia las mujeres como una violación de los Derechos Humanos por los tratados y compromisos internacionales de Derechos Humanos que el Perú ha ratificado, el Estado ha asumido como parte de su Política Social la obligación de fomentar y ejecutar políticas que tiendan a consolidar las relaciones de igualdad entre hombres y mujeres en los diversos ámbitos de la vida social con el fin de erradicar la violencia de género en sus diferentes manifestaciones, ya sea como violencia familiar, feminicidio, violación sexual, trata de mujeres y hostigamiento sexual.

Entonces, la actuación del Estado en sus distintos niveles – gobierno central, regional y local- deberá estar encaminada principalmente a promocionar no solo el cambio y la eliminación de los patrones socio-culturales discriminatorios que motivan esta cultura de violencia, sino también la formación de una sociedad inclusiva en la que impere la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y el respeto y vigencia de los Derechos Humanos, resultando necesaria la intervención y colaboración de la sociedad civil en la implementación y continuidad de sus políticas.

En el marco normativo nacional se han elaborado y promulgado una serie de leyes dirigidas a la lucha contra la violencia de género, siendo algunas de naturaleza penal, que si bien han significado un gran avance, específicamente en los ámbitos de violencia familiar, violación sexual, trata de personas y hostigamiento sexual, no han alcanzado el éxito deseado al comprobarse que los actos de violencia contra la mujer continúan siendo parte de nuestra realidad, cada vez más frecuentes y agresivos, culminando en muchos casos con su muerte.

Las alarmantes estadísticas de muertes de mujeres a manos del varón o mejor dicho feminicidios, han significado una gran conmoción para la comunidad en general que al ver afectada su tranquilidad, seguridad y la paz social, han alzado sus voces de protesta contra la inactividad y dejadez de “los padres de la patria” que poco o nada hacen

por poner freno a esta problemática social, y contra la impunidad con la que opera el sistema de administración de justicia frente a estos casos, reclamando y exigiendo un sistema de protección integral de los derechos de la mujer y una mayor represión y castigo para el feminicida.

Y como no es novedad, nuestro legislador penal se atribuyó la responsabilidad de tomar cartas en el asunto y propuso como parte de su Política-criminal para prevenir, sancionar y erradicar los homicidios de mujeres por razón de su sexo, la creación e incorporación de un delito específico que los sancione bajo el nombre de “feminicidio” con el cual de brindaría una protección reforzada a la vida de la mujer. De modo que a la lista de delitos contra la vida tipificados en el Código Penal se sumaría uno nuevo, identificado como una modalidad agravada del homicidio simple al igual que el parricidio y el asesinato.

No obstante, su tipificación no ha recibido una plena aprobación, y algunos de sus detractores la consideran como innecesaria y contraproducente al trasgredir los principios básicos del Derecho Penal y el derecho constitucional de igualdad, al suponer la sobrecriminalización de las muertes de mujeres una circunstancia discriminatoria hacia el género masculino.

Pues bien, el presente capítulo tiene como objetivo analizar si los fundamentos que justificarían el afán ultraproteccionista del legislador se condicen con los principios básicos del sistema normativo y si la intervención del Derecho Penal es idónea para dar solución a esta problemática social, o si por el contrario se estaría vulnerando alguno de ellos siendo inadmisibles e irrazonables la inclusión del feminicidio a nuestro catálogo de delitos.

2. Fundamentos de la reforma del tipo penal: El afán ultraproteccionista del legislador peruano y su justificación jurídica en la Exposición de Motivos de la Ley N° 30068

En concordancia con el artículo 2° numerales 1 y 2 de la CP que obliga al Estado a garantizar el ejercicio y respeto de los derechos a la vida e integridad y a la igualdad ante la ley para cada uno de sus ciudadanos sin distinción alguna por razón de sexo o género, y a lo ratificado en la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer –CEDAW- y en la Convención Belem do Pará, la Política

pública estatal debe estar orientada a adoptar e implementar las medidas que sean apropiadas y eficaces para condenar la violencia contra la mujer en todas sus manifestaciones. En otras palabras, para garantizar la debida diligencia en su prevención, investigación y sanción, velar por la aplicación de las normas nacionales que hayan sido creadas con el fin de proteger sus derechos, y disponer su actualización y mejora en el caso de ser necesario²⁴⁶.

En esta línea, y frente a la realidad dramática e incontenible de violencia que conmueve a la sociedad en general, el legislador penal optó por intervenir para reforzar las políticas ya adoptadas y así proponer un sistema de protección efectivo de los derechos y libertades de las mujeres a través de una nueva legislación penal represiva, que prestaría especial atención sobre los homicidios de mujeres por razón de género, al reflejarse en ellos la pérdida de los valores propios de toda comunidad civilizada y que se supone lo es la nuestra, garantizando así no solo la persecución y sanción de estos crímenes, sino también el derecho de las víctimas a recibir una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

De manera que la reforma del Derecho Penal vigente con la incorporación del delito de feminicidio, sería el mecanismo de reacción más adecuado y eficaz para la reducción de las cuotas de criminalidad existentes y para garantizar el respeto de los derechos humanos, y por consiguiente para proteger a la sociedad y a la seguridad ciudadana²⁴⁷.

Ya que si bien, el Código Penal ya tipificaba los delitos contra la vida humana en los tipos penales de homicidio simple, homicidio calificado o asesinato, parricidio, homicidio por emoción violenta e infanticidio, ninguno de ellos tomaba en cuenta la circunstancia de discriminación de género como un elemento agravante de la conducta delictiva, siendo así que los homicidios de mujeres se configuraban como un asesinato por la agravante de ferocidad, al ser entendido como un hecho brutal y cruel, o como un parricidio dependiendo de la relación que existía entre la agraviada y su agresor, aplicándose en ambos casos una pena privativa de libertad no menor de 15 años²⁴⁸.

²⁴⁶ Vid. *Infra*. Capítulo 3, pp. 8-11.

²⁴⁷ Vid. *Infra*. Capítulo 1, pp. 4-9.

²⁴⁸ Vid. DEMUS, Estudio para la defensa de los Derechos de la Mujer. *Libres de Violencia. Feminicidio Separata N°02*. Lima, 2008, pp. 16-17. Disponible en

Sin embargo, en muchos casos el procesado recibía una sanción por debajo del mínimo legal establecido, por decisión del juez al aplicar el artículo 45° del Código Penal y el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, o por admitirse la defensa del acusado que alegaba un estado de emoción violenta como estrategia para justificar el asesinato y atenuar su responsabilidad. Situaciones que evidencian la indebida actuación de los operadores de la administración de justicia al procesar estos casos sin tener en cuenta los intereses de las víctimas o de sus familiares, y al intentar cubrir su gravedad con la imposición de sanciones a todas luces injustas que contribuyeron a la continuidad de los actos de violencia contra la mujer²⁴⁹.

De modo que, el legislador nacional ante la atmósfera de impunidad generada y el incremento de los índices de la conducta delictiva conforme a los datos y estadísticas criminológicas aportadas por la Policía Nacional del Perú –PNP-, el Ministerio Público, el Poder Judicial y el Instituto Nacional Penitenciario –INPE- en los que se refleja una diferencia abismal entre el número de homicidios de mujeres a manos del hombre y los homicidios de varones a manos de una mujer; llega a considerar como necesaria y urgente la inclusión de un tipo penal específico que sancione de manera exclusiva los homicidios de mujeres por cuestión de género, en el que la discriminación por razón de sexo o de género adquiera trascendencia y con el que se impongan sanciones acordes a la gravedad de los hechos y a los intereses de las mujeres victimizadas y de sus familiares.

Es así que la sobrecriminalización de los homicidios de mujeres, justificada como parte de la Política-criminal del Estado para erradicar la violencia contra el género femenino, si bien implicaría una distinción en el tratamiento de la vida de la mujer y del hombre, su finalidad no era atribuir mayor valor a una en detrimento de la otra en respeto al derecho-principio de igualdad, sino compensar las cifras de crímenes cometidos contra ellas en comparación a los cometidos contra el hombre y así lograr colocar en pie de igualdad a ambos géneros²⁵⁰.

http://www.demus.org.pe/wp-content/uploads/2015/05/separata_libre_de_violencia_fem.pdf. Consultado el día 22 de julio de 2015.

²⁴⁹ *Ibid.*, pp. 18- 20.

²⁵⁰ *Vid. Infra.* Capítulo 3, pp. 19-20.

Asimismo, la decisión político-criminal se ha visto fuertemente influida por la reprobación ética y moral de la sociedad hacia la violencia contra la mujer en todas sus manifestaciones, de la que tiene conocimiento a través de los medios de comunicación, ya sea por prensa escrita, radial y televisiva, que destacan en sus titulares estos hechos, debido a la conmoción social que generan al perturbar su tranquilidad y seguridad. De manera que rechazan tajantemente toda forma de discriminación y exigen al Estado que garantice el respeto y goce del derecho a la igualdad que la mujer ha alcanzado frente al varón²⁵¹. Cabe destacar la presencia que los grupos feministas han adquirido, al promover movimientos en los que exigen el respeto de sus derechos y libertades, y reclaman una actuación diligente y pronta por parte de sus gobernantes para frenar y poner fin a este fenómeno que se agudiza cada vez más, y que impide el progreso y desarrollo de la comunidad en general.

En consecuencia, con el fin de brindar una protección reforzada al género femenino y reflejar una actitud prudente y atenta a los requerimientos del colectivo social, el legislador opta por el camino de imponer un Derecho Penal más represivo al tipificar esta conducta delictiva con la nomenclatura de “feminicidio”, y lo presenta como el medio más idóneo para contrarrestar y erradicar las cifras exorbitantes de homicidios de mujeres en manos del varón, y así lograr consolidar la igualdad deseada entre los miembros de la sociedad y el destierro de toda forma de discriminación basada en el género.

3. Cuestionamiento de los fundamentos político-criminales: El principio de última ratio o mínima intervención y la prevención general como fin de la pena

Conforme a lo expuesto líneas arriba, podemos concluir que el propósito del legislador con la inclusión del término “feminicidio” en la ley penal ha sido superar el concepto de “homicidio” para nombrar a los crímenes cometidos a manos del varón y que atentan únicamente contra la vida de las mujeres por su simple condición de ser mujer, y que tienen su origen en la vigencia de una cultura patriarcal y machista y en la

²⁵¹ Vid. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. “El Derecho Penal de Género, conforme a la inclusión en el Código Penal del delito de feminicidio” en *Estudios Críticos de Derecho Penal y Política Criminal: a partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales*. Ideas, Lima, 2013, pp. 278-280.

inactividad del aparato estatal para erradicar este tipo de violencia.

Pues bien, cabe preguntarnos ahora si los fundamentos de la nueva legislación penal represiva de esta conducta delictiva han sido formulados conforme a los principios limitadores del Ius Puniendi estatal, refiriéndonos en concreto al de última ratio o mínima intervención, y a la prevención general como el fin de la pena, y por tanto es correcta y razonable su tipificación, o si por el contrario los transgreden, vulnerando así la armonía del sistema normativo peruano.

3.1 El feminicidio y el Principio de Mínima Intervención

Si bien la doctrina dominante afirma que el Derecho Penal constituye un instrumento de control social que garantiza la paz social y la vida en comunidad, a través del cual el Estado intenta encauzar los comportamientos individuales en la vida en sociedad, describiendo en las normas jurídico-penales los comportamientos desviados, que por su dañosidad social deben ser regulados, e imponiendo la consecuencia jurídica respectivas, penas y medidas de seguridad; también establece una serie de principios políticos-criminales que limitan el Ius Puniendi con el fin de evitar su uso abusivo por parte del legislador, los mismos que se encuentran asentados en la ciencia penal actual.

Uno de estos principios es el de mínima intervención que a groso modo implica que el Derecho Penal debe ser la última ratio de la Política Social del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes y frente a los ataques más graves que pueden sufrir, al considerar la grave intromisión que suponen sus sanciones sobre la libertad individual del ciudadano, consagrada como un derecho fundamental por nuestra Constitución, y sobre la cual la injerencia estatal deberá ser mínima²⁵².

Este principio se desdobra en dos sub principios: subsidiariedad y fragmentariedad. La naturaleza subsidiaria del Derecho Penal tiene como punto de partida que la pena y las medidas de seguridad no son los únicos medios de protección que dispone el orden jurídico para proteger a la sociedad, es decir, que

²⁵² Vid. Infra. Capítulo 1, pp. 21-23.

existen otros mecanismos de naturaleza no penal que pueden brindar una tutela suficiente y que implican una menor lesividad para el ciudadano. De manera que el recurso a la sanción penal será legítimo solo en último lugar, cuando ninguno de los otros medios resulten eficaces para la protección de un interés social determinado. Y su naturaleza fragmentaria supone que si bien su función es proteger los bienes jurídicos, no está llamado a sancionar todas las conductas lesivas de los mismos, sino solo a las modalidades de ataque más peligrosas.

Existe una estrecha vinculación entre el principio en análisis y el principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos regulado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal que delimita la frontera de lo que puede ser objeto de protección penal, es decir, los bienes jurídicos entendidos como las condiciones básicas y elementales para el funcionamiento del sistema social y como los presupuestos necesarios para la autorrealización del individuo y su participación efectiva dentro del grupo social.

En así que la intervención del Derecho Penal será legítima y tolerable únicamente en los supuestos en que sea estrictamente necesaria e inevitable recurrir a él para controlar las conductas socialmente nocivas y no deseables que atacan y transgreden los bienes a los que intenta dar protección. En consecuencia, bajo ninguna circunstancia puede convertirse en la respuesta primaria de la Política Social del Estado para garantizar la vida en comunidad y el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos, debiendo mantenerse como la última medida que puede adoptar ante el fracaso de los otros medios de control social de naturaleza no penal para solucionar una problemática en concreto.

De modo que la actuación del legislador penal en la selección de su objeto de protección y en la determinación de las conductas que por su dañosidad social y reprochabilidad merecen y requieren la imposición de una sanción penal, deberá orientarse bajo los postulados del principio de mínima intervención y la premisa que la tutela que desea brindar será más eficaz si el número de prohibiciones y leyes penales es lo más reducido posible.

Sin embargo, en la Política-criminal de las sociedades modernas caracterizadas por los altos índices de criminalidad y por las nuevas modalidades de conductas delictivas que han convertido a la seguridad en la principal necesidad social a la cual el Estado debe dar respuesta y una rápida solución, se ha producido un alejamiento de los principios básicos del Derecho Penal, siendo uno de ellos el de mínima intervención, al haber optado el legislador por convertirlo en el instrumento de primera mano para enfrentar las nuevas formas de criminalidad y para reducir los índices de delincuencia a cifras tolerables, olvidando que en un Estado Social y Democrático de Derecho se constituye como la última ratio²⁵³.

En consecuencia, se llega a considerar al Derecho Penal como el medio idóneo y eficaz para la represión, prevención y lucha contra la delincuencia, y por ende para la solución de los conflictos sociales que amenazan en gran magnitud la tranquilidad y la paz social, lo que ha originado que las normas jurídico-penales dejen de encaminarse a desplegar sus fines preventivos, para cubrir otras finalidades de naturaleza socio-pedagógicas, promocionales y ético-sociales que han dado lugar a un Derecho Penal meramente simbólico, caracterizado por la ampliación de su ámbito de protección y por el incremento de la legislación punitiva con la tipificación de nuevas modalidades delictivas, la ampliación de las ya existentes y la agravación de las penas²⁵⁴.

Es así que el Derecho Penal pasa a ocupar el papel de un activo impulsor del cambio social y de un instrumento de comunicación dirigido a la opinión pública para transmitir la falsa impresión de un legislador atento y precavido que atiende a las demandas sociales, sobretodo de los modernos gestores de la moral colectiva que proponen su progresiva ampliación en protección de sus respectivos intereses. Es decir, su fin de protección de bienes jurídicos se prostituye por el de lograr calmar y tranquilizar a los colectivos sociales que exigen su actuación diligente en defensa de sus derechos y libertades, aunque en realidad no consiga prevenir de manera eficaz la comisión de delitos, ni reducir los índices de

²⁵³ Vid. Infra. Capítulo 1, pp.24-25.

²⁵⁴ GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general: fundamentos*. Ob. Cit., pp. 166-170.

criminalidad existentes²⁵⁵.

En el caso peruano, nuestro sistema penal no ha sido ajeno a la tendencia de una intervención punitiva intensiva, que se ha visto reflejada en las últimas reformas legislativas, siendo una de ellas la tipificación del delito de feminicidio. A continuación, analizaremos si abordar con una respuesta estatal de orden penal los homicidios de mujeres por cuestión de género ha sido el camino correcto, o si ha significado el empleo indiscriminado de la sanción punitiva y por tanto la transgresión del principio de mínima intervención.

3.1.1 ¿Es legítima la intervención del Derecho Penal en la Política Social del Estado para evitar y frenar los homicidios de mujeres por cuestión de género en aplicación del Principio de Mínima intervención?

Es cierto que la violencia contra la mujer y en concreto los homicidios por cuestión de género se han convertido en el pan de cada día en nuestra sociedad y que la Política Social del Estado, por exigencia de lo dispuesto en la norma fundamental y en la normativa internacional a la que se ha adscrito, debe estar orientada a adoptar las medidas adecuadas para solucionar este problema, que no solo afecta intereses privados y personales de la víctimas y de sus familiares, sino también de la comunidad en general al impactar negativamente en su desarrollo y progreso.

Es así que se han formulado una serie de políticas legislativas con el fin de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Sin embargo, el incremento de las cifras de homicidios de mujeres perpetrados por el hombre en base a una circunstancia de discriminación por el género, nos ha demostrado que las medidas ya adoptadas no han desplegado los resultados deseados, y que más bien han propiciado la agudización de este problema social, al punto de volverlo incontrolable. A lo que se suman las voces de protesta por parte de la comunidad, que conmovidos ante estos crímenes y cansados de la inseguridad e intranquilidad

²⁵⁵ Vid. *Infra*. Capítulo 1, p.26.

en la que se ven obligados a vivir, exigen y reclaman el respeto de los derechos y libertades de la mujer, haciendo énfasis en el derecho a la vida y a la igualdad que deben imperar en todo Estado Social y Democrático de Derecho, cuya normativa se debe dirigir a desterrar toda forma de discriminación entre los miembros del conjunto social.

De modo que el legislador penal, tomando conciencia de las graves consecuencias de esta conducta delictiva, propone la aplicación de una Política- Criminal expansiva, caracterizada por la intervención más intensa del Derecho Penal para dar solución a las problemáticas que aquejan a la sociedad, y que enfocándose en la violencia contra la mujer consistiría en dejar en sus manos la creación de un sistema de protección efectivo que contrarrestaría sus cifras exorbitantes, centrando su atención en la circunstancia de discriminación de género en la que las mujeres viven sometidas.

Su afán ultraproteccionista lo lleva a proponer la incorporación de un nuevo delito al Código Penal que llevaría por nombre “feminicidio”, con el que se sancionarían los homicidios de mujeres a manos del varón por su condición de mujer, es decir, por su mera pertenencia al género femenino, y se aseguraría el derecho de la víctima a una indemnización razonable según los daños y perjuicios que se ocasionasen a su persona y a sus familiares.

Sin embargo, de un análisis de los fundamentos que justificarían su decisión y bajo los cuales sería válida la sobrecriminalización de esta conducta y la intervención del Poder punitivo, somos de la opinión que la tipificación del delito de feminicidio implica efectivamente la vulneración del principio de Mínima Intervención y de otros principios político-criminales con los que se relaciona, al no corresponder con la naturaleza instrumental del Derecho Penal al servicio de la convivencia humana y al considerar que recurrir a él no fue el camino correcto ni el idóneo para dar solución a esta problemática social, pues creemos que los competentes son otros sectores del ordenamiento jurídico, que mediante medidas de carácter social y jurídico deberán

trabajar en la reconstrucción del rol de la mujer en la sociedad y en la defensa de sus derechos y libertades en equiparidad con los del hombre, con el fin de frenar los actos de discriminación y de violencia de los cuales son víctimas.

a. La naturaleza fragmentaria del Derecho Penal y el principio de lesividad: indeterminación del bien jurídico

El Derecho Penal, como se advirtió en un principio, conforme al principio de lesividad y de mínima intervención sólo protege los bienes más valiosos para la convivencia, y lo hace exclusivamente frente a los ataques más intolerables de que puedan ser objeto, y cuando no existan otros medios eficaces de naturaleza no penal para salvaguardarlos. De manera que en la elaboración de la norma penal, el legislador deberá seleccionar los bienes vitales y fundamentales para el individuo y la comunidad, que constituirán el fundamento y el elemento legitimador de la intervención del Derecho Penal, y determinar las conductas concretas que impliquen una grave amenaza contra ellos²⁵⁶.

Entonces, la primera cuestión que debemos analizar es si los bienes que pretende proteger el delito de feminicidio - la vida, y por añadidura la libertad sexual, la integridad corporal y la libertad personal de la mujer al configurarlos como circunstancias agravantes- constituyen efectivamente bienes pasibles de tutela penal conforme a su carácter fragmentario.

Teniendo en cuenta que la CP y los instrumentos internacionales que forman parte de nuestro derecho interno establecen como derechos fundamentales de toda persona, la vida, la integridad moral, psíquica, física y el libre desarrollo y bienestar, se trataría de verdaderos bienes de naturaleza individual, al ser su portador el hombre y la mujer, y que al ser esenciales para su desarrollo personal y desenvolvimiento

²⁵⁶ GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general: fundamentos*. Ob. Cit., pp.131-132.

en la sociedad, y por tanto de interés general, merecen una protección especial mediante la tipificación en una norma penal de las conductas que impliquen gravemente su amenaza o lesión, y de la sanción que deberá imponerse a su infractor²⁵⁷.

Así, el Código Penal ha regulado los bienes antes mencionados en tipos penales propios, refiriéndonos al delito de homicidio y sus modalidades atenuantes y agravantes, al de violación sexual, lesiones graves y trata de personas, desde mucho antes de la tipificación del feminicidio. Es decir, los bienes que supuestamente conformarían el objeto de protección de este delito reciente, ya gozarían de una tutela especial que por su naturaleza merecen, por lo que podríamos objetar que su sobreprotección estaría fuera de lugar, al resultar redundante e innecesaria, y al propiciar una inflación punitiva con la creación e incorporación de un nuevo delito que carecería de un bien jurídico propio²⁵⁸.

Asimismo, haciendo énfasis en que por su ubicación en el Código Penal, el bien jurídico principal que protegería el feminicidio es la vida, en concreto de la mujer, nos preguntamos si es que acaso el Código Penal ya no protegía a cabalidad el derecho a la vida de todos los ciudadanos, sea hombre o mujer, con la figura del homicidio, sus atenuantes y agravantes; y que si bien es cierto ninguna se refería a la circunstancia de discriminación que motiva al varón en su conducta delictiva – que sería la novedad del delito- estos crímenes no podían ser perfectamente sancionados con la figura del asesinato u homicidio calificado por la agravante de ferocidad, que implica conforme a la Casación N° 163-2010/Lambayeque de fecha 03 de Noviembre de 2011 en sus Fojas 5 y 6, dar muerte a una persona a partir de un móvil o motivo fútil, inhumano, desproporcionado y bajo, en el que se encuadraría perfectamente la circunstancia discriminatoria; o del parricidio si se demostrase la existencia de una relación afectiva o de parentesco entre la víctima y su agresor.

²⁵⁷ Vid. Infra. Capítulo 1, pp. 12-13.

²⁵⁸ Vid. Infra. Capítulo 3, pp. 21-23.

En consecuencia, no resulta comprensible entonces la necesidad de tipificar un nuevo tipo penal basado en la sobreprotección de la vida de la mujer, si es que los delitos existentes resultaban suficientes para resguardarla y para sancionar a sus infractores; haciendo la precisión que la cuestionable actuación de los órganos de administración de justicia en el juzgamiento de estos hechos, al haber hecho caso omiso a su gravedad y a los intereses de la víctima, no se debió a la inexistencia de un tipo penal que protegiera de manera reforzada al género femenino, como lo intenta justificar el legislador, sino a un problema de cultura y educación que los llevó a ejercer sus funciones conforme a una ideología patriarcal, machista y estereotipada, que les impidió abordar el problema de una manera adecuada y analizar las consecuencias futuras de su negligencia²⁵⁹.

O es que en realidad, es otro el verdadero bien jurídico que pretende proteger el legislador con la inclusión del delito de feminicidio, distinto a los ya mencionados, y que al igual que éstos debe gozar de una protección penal. Pues bien, tal y como he descrito en líneas anteriores el afán del legislador por alcanzar la vigencia material del principio de igualdad en la sociedad se encaminó en la sobredimensión de la victimización de la mujer, en las circunstancias de discriminación por cuestión de género y en las supuestas condiciones de inferioridad de la mujer en relación al hombre, que se convirtieron en el fundamento del nuevo tipo penal que tendría como fin reivindicar socialmente a la mujer y desterrar toda forma de discriminación contra ella. Es decir, pretendió la construcción de un bien jurídico que justifique su política legislativa, basado en las relaciones de subordinación y sumisión a las que las mujeres se encuentran sometidas

²⁵⁹ Por ejemplo, los miembros de la Policía Nacional encargados de recabar las denuncias y las solicitudes de garantías personales, suelen atribuir a las mujeres denunciantes la responsabilidad de los maltratos físicos y psicológicos de los cuales son víctimas por parte de sus parejas u otros familiares, propiciando con su actitud no solo que regresen al lado de su agresor sino también su silencio y que tomen con normalidad este tipo de violencia; y los jueces que imponen penas por debajo del mínimo penal que corresponde, al amparar una defensa o al aplicar principios dispuestos en la norma penal a favor del procesado, cuando debería ser sancionado con todo el peso de la Ley.

bajo la autoridad del hombre, al considerar que son los motivos que impulsan al hombre a atentar contra su persona y a vulnerar sus derechos y libertades. Lo cual, bajo la lógica del Derecho Penal y de los principios que lo fundamentan y limitan, no resulta correcto, teniendo en claro que la norma jurídico-penal debe dirigirse a la defensa de algún bien o interés valioso para el individuo y para la comunidad con el fin de garantizar su inviolabilidad y hacer posible la vida en común, el cual constituye el contenido material de la norma y la base de interpretación y formación del sistema de la Parte Especial²⁶⁰, por lo que puede concluirse que el delito de feminicidio carecería de una debida lesividad material que justifique la intervención del poder punitivo y por tanto su tipificación e incorporación en el catálogo de delitos del Código Penal²⁶¹.

b. La naturaleza subsidiaria del Derecho Penal: ¿Cuál debe ser el grado de su intervención?

El ordenamiento jurídico engloba una serie de controles sociales de distinta naturaleza –penal, civil, administrativa- que tienen como propósito regular las conductas de los ciudadanos en distintos escenarios de la realidad social, a través de la creación de unas normas jurídicas que contendrán unos modelos o expectativas de conducta que garantizarán una convivencia armoniosa basada en el respeto de derechos y libertades fundamentales, y que por tanto deberán ser acatados por la colectividad. Además, fijan una sanción en caso de apartamiento e infracción de dichas expectativas con el fin de motivar al ciudadano a que actúe conforme a Derecho y así evitar la imposición de un castigo.

Uno de estos instrumentos de control social es el Derecho Penal, que tiene asignada la función de proteger los bienes jurídicos mediante el uso de un sistema normativo- normas jurídico-penales- que describe las conductas

²⁶⁰ Vid. ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal*. Ob. Cit., pp. 233-235.

²⁶¹ Vid. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. “El Derecho Penal de Género, conforme a la inclusión en el Código Penal del delito de feminicidio”. Ob.cit.p. 293.

consideradas como las más intolerables para la convivencia social o delitos, y establece una sanción penal²⁶² acorde a su gravedad y que se impondrá al infractor de la norma penal.

Y si bien es imprescindible su acogida en la Política Social del Estado para dar solución a determinados conflictos sociales en los que se haya comprometido un bien jurídico que viene siendo amenazado o lesionado de forma grave, su intervención es limitada ya que conforme a su naturaleza subsidiaria se constituye como la última ratio o última medida por la que el Estado puede optar para la solución de una problemática concreta. Es decir, el poder estatal deberá agotar previamente los otros mecanismos de control de naturaleza no penal con los que cuenta, que de resultar igualmente eficaces desecharían el recurso a la norma penal, pero, de comprobarse su fracaso, legitimarían la intervención del poder punitivo.

Entonces, como una segunda cuestión cabría preguntarnos si la intervención del Derecho Penal para dar solución a esta problemática social resulta idónea y por tanto legítima o si es que existen otros mecanismos más apropiados a los que el legislador nacional debió tomar atención antes de optar por la tipificación de un nuevo delito.

En respuesta a esta interrogante, me atrevo a afirmar que la creación e incorporación del tipo penal de feminicidio en nuestro Código Penal, no ha resultado ser el medio idóneo para frenar los homicidios de mujeres por cuestión de género, no sólo debido a la naturaleza de esta problemática social que escapa a los fines del Derecho Penal, al tratarse de un problema de cultura, moral e ideología en cuyos cimientos deberá ponerse fin a la discriminación de la mujer por parte del varón a través del fomento del respeto de los derechos y libertades de las mujeres, de una educación en los hogares, escuelas y otros centros de capacitación y enseñanza libre de estereotipos y prejuicios, de la ejecución de políticas sociales

²⁶² Que tendría como objetivo motivar al individuo para que se abstenga a dañar bienes jurídicos e infringir una norma penal, con la amenaza de su imposición.

de concientización de la sociedad, de programas estatales de apoyo y ayuda a las víctimas, de programas de prevención de actos de violencia, y sobre todo de la capacitación a los órganos de administración de justicia; sino a que la propia realidad nos demuestra que los fines para los cuales se inspiró no han sido cumplidos a cabalidad, ya que desde la publicación de la Ley N°30068 en el año 2013 hasta la actualidad, en vez de disminuir las cifras de muertes de mujeres a manos del hombre por cuestiones de género, se han agudizado mucho más, causando una mayor alarma social y una sensación de impunidad y abandono en la colectividad por parte del aparato estatal que hace caso omiso a sus pedidos y reclamos de un respuesta eficaz y rápida a esta realidad social.

Con lo que se puede concluir que limitar la actuación del Estado al plano normativo con la simple emisión de una serie de leyes ya sean penales o de otra naturaleza no es el camino adecuado para la lucha contra la violencia de la mujer, y que la aparente protección reforzada al derecho a la vida de la mujer mediante la norma penal no ha resultado útil ya que como examinaremos a continuación, el fin preventivo que supuestamente la sanción penal debería desplegar sobre los criminales no se ha dado, al continuar la ola de muertes de mujeres por su pertenencia al género femenino.

3.2. El Femicidio y la prevención general como fin de la pena

En el Capítulo 2 respecto a la Teoría de Prevención General en el Derecho Penal, se hizo referencia a que el Derecho Penal se ha servido de “la pena” como la principal herramienta para combatir la delincuencia y asegurar la seguridad ciudadana, asignándole varias funciones que tienden a un mismo objetivo que es la evitación de delitos como forma de proteger a la sociedad, las cuales se manifiestan en cada momento de su existencia, refiriéndonos en el presente apartado a uno en particular, la conminación o amenaza penal.

En la conminación penal, la pena cumple la función de prevención general entendida como la prevención del delito a través de la motivación que ejerce sobre el delincuente y los ciudadanos en general para que se abstengan de lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos penalmente protegidos, bajo la amenaza de imponerles por su conducta desviada el mal que implica la misma, es decir, pretende ejercer sobre ellos una cierta intimidación o coacción psicológica a fin de que no transgredan la norma penal y así no ser pasibles de la sanción que comprende, que implicaría una limitación de su libertad personal.

Es así, que cada uno de los tipos penales incorporados en el Código Penal tienen como estructura la regulación de la conducta delictiva y la imposición de una sanción penal que varía en atención a su gravedad y peligrosidad, y al bien jurídico tutelado que lesionan o ponen en peligro, cuya eficacia quedará reflejada en mantener los índices de criminalidad existentes, o de ser posible en su disminución y progresiva erradicación, al haber incidido de manera positiva sobre la colectividad en general que evita transgredir la norma penal, con lo cual renueva la confianza de la ciudadanía en la eficacia del sistema penal para perseguir y sancionar la comisión de delitos.

En cuanto a la incorporación del tipo penal de feminicidio, cabe preguntarnos si efectivamente se ha conseguido el fin deseado por el legislador nacional de erradicar esta cultura de violencia, o si por el contrario ha resultado inútil recurrir al Derecho Penal y a su instrumento “la sanción penal” para reprimir y erradicar las muertes de mujeres a manos del varón por una mera cuestión de género, a través de la intimidación que supuestamente ejercería sobre los posibles transgresores de sufrir un mal en caso de consumir el delito.

Pues bien, como hemos hecho referencia en líneas anteriores, la realidad nos ha demostrado que la sobrecriminalización de esta conducta delictiva no ha surtido efectos en ninguna de las estratos de nuestra sociedad, sino que por el contrario se agudizó mucho más incrementándose exorbitantemente las cifras de muertes de mujeres por su condición de tal, lo cual queda tristemente reflejado en el cuadro en el Anexo

1 emitido por la Gerencia Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público del Perú a la Directora General de la Dirección General contra la Violencia de Género del Ministerio de la Mujer y Poblaciones vulnerables²⁶³ en el que se observan las cifras de Femicidio en el Perú correspondientes al periodo Enero 2009 a Julio 2016, y que confirma que la inclusión del tipo penal de femicidio de manera autónoma en el Código Penal no ha cumplido con su fin de disuadir al varón de arrebatarse la vida a una mujer.

²⁶³ Vid. OFICIO N° 694-2016-MP-FN-OBSERVATORIO de fecha 19 de Agosto de 2016. Gerencia de Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público. Disponible en <http://www.mimp.gob.pe/direcciones/dgcvg/contenidos/publicar-pdf/server/php/files/Estadistica-femicidio-2016.pdf>. Consultado el 21 de Febrero de 2017.

CONCLUSIONES

PRIMERA: En el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, el Derecho Penal se identifica como un instrumento de control social que tiene como fin garantizar la paz social y la vida en comunidad, constituyéndose como una herramienta para la represión, prevención y lucha contra la criminalidad, estando sometido a una serie de principios políticos-criminales que buscan asegurar el respeto de los derechos y libertades que la Carta Magna reconoce a todos los hombres, y así evitar una intervención penal excesiva y arbitraria, bajo la lógica de que la sociedad requiere de un Derecho Penal justo, racional, controlable y siempre a su servicio.

SEGUNDA: El Derecho Penal tiende a la protección de los bienes jurídicos que resulten imprescindibles para la sociedad, siendo tarea del legislador penal seleccionar las conductas más reprochables y nocivas que vulneren dichos bienes, para ser recogidas por una norma penal e incorporadas al catálogo de delitos del Código Penal, con el propósito de fijar la sanción penal, conforme a su gravedad, que será impuesta al transgresor de la norma.

TERCERA: El Derecho Penal responde a una determinada Política Criminal que depende de la Política General asumida por cada Estado, la cual tiende a establecer los criterios que inspirarán la lucha contra la criminalidad mediante la valoración de las medidas ya utilizadas para la prevención del delito a fin de verificar su real eficacia, y proponiendo mejoras acordes con la realidad social y su evolución a fin de llevar las tasas de criminalidad a límites socialmente tolerables, ya que pretender su total erradicación resulta algo imposible. De manera que la

importancia de esta disciplina para el Derecho Penal es trascendental ya que será la base y fundamento de las decisiones que tome el legislador penal frente al delito, siempre respetando los derechos humanos y los principios político-criminales, ya sea para derogar alguna norma penal existente e ineficaz, interpretar algún precepto a fin de esclarecer sus alcances y/o sentido, o crear un nuevo tipo penal que resulte necesario incorporar al catálogo de delitos del Código Penal.

CUARTA: En los tiempos modernos se ha difundido la idea de una Política Criminal expansiva que propone una intervención intensa del Derecho Penal en la solución de conflictos sociales, teniendo como punto de partida intereses de índole político y coyunturales, ajenos al fin de esta rama del derecho, que se ve reducida a un simple uso político y mediático. De allí, que se atribuya hoy una función simbólica y promocional al Derecho Penal, distinta a su función preventiva, al ser considerado como activo impulsor del cambio social y como un simple instrumento de comunicación que busca transmitir a la opinión pública la falsa impresión de un legislador atento, precavido y decidido, que atiende las demandas sociales, sin prever ni analizar su idoneidad y eficacia.

Es así que es tendencia el incremento de la legislación punitiva con la tipificación de nuevas modalidades delictivas; muchas veces imprecisas, innecesarias y contraproducentes que implican el abandonando al mandato de determinación; la ampliación de las ya existentes y la agravación de las penas, alejándose de los principios político-criminales, y sobre todo de la mínima intervención o última ratio que limitan su ámbito de injerencia a los ataques más intolerables y contra los bienes jurídicos más relevantes.

QUINTA: El Estado Peruano no ha sido extraño a esta realidad, y forma parte de su lucha contra la criminalidad la incorporación de nuevas modalidades delictuales al Código Penal, como es el caso del “feminicidio” que constituye un delito autónomo como agravante del homicidio simple, basándose el legislador penal en la calidad del agente y de la víctima; en los datos estadísticos de las presuntas víctimas: en la actitud de rechazo por parte de la sociedad en general de cualquier tipo de violencia y discriminación contra la mujer: en la falta de un sistema judicial que proteja debidamente sus derechos y libertades; y en las Convenciones y Tratados Internacionales que el Perú ha ratificado relacionados a la lucha contra este tipo de violencia, que le imponen

como un deber y obligación disponer las políticas necesarias para su erradicación.

No obstante, considero que la intervención del Ius Puniendi y la creación de un nuevo tipo penal que busca sobreproteger la vida de la mujer, no ha sido la mejor alternativa por la que el legislador peruano debió optar para dar solución a este conflicto social, al haber transgredido de manera fehaciente el principio político-criminal de “mínima intervención o última ratio del Derecho Penal, y al comprobarse que la conminación penal no ha cumplido con su función de prevención, al continuar siendo hoy un problema que aqueja a la sociedad, volviéndose cada vez más graves los actos de violencia que ejerce el varón sobre la mujer.

SEXTA: Con respecto al principio político-criminal de mínima intervención, el Derecho Penal debe limitar su intervención a la protección de los bienes jurídicos más importantes y frente a los ataques más graves que éstos puedan sufrir, al contar el orden jurídico con otros mecanismos de protección de naturaleza no penal capaces de garantizar la paz social frente a problemas sociales de menor magnitud. De manera que el recurso a la sanción penal será legítimo solo cuando ninguno de los otros medios resulten eficaces para la protección de un interés social determinado, no pudiendo convertirse en la respuesta primaria de la Política Social para garantizar la vida en comunidad y el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos.

SÉPTIMA: Con respecto a la pena y su función en el Derecho Penal, como principal herramienta para combatir la delincuencia y asegurar la seguridad ciudadana, constituye el medio coactivo más contundente con el que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas, reforzar su respeto y exigir el cumplimiento de las reglas fundamentales del sistema social, asignándole una función preventiva al pretender persuadir a los posibles infractores de la norma de abstenerse a realizar ataques lesivos contra los bienes jurídicos protegidos, y así evitar la imposición de dicha sanción.

OCTAVA: Las causas y orígenes de los actos de violencia contra la mujer y al feminicidio basados en la discriminación por su sexo, radican en la cultura machista y estereotipada de la cual somos herederos y que pareciera forma parte de la conciencia de los hombres desde su nacimiento, la cual se ve alimentada por la mala educación impartida

desde el propio hogar, en las escuelas y en las propagandas y contenidos que transmiten los medios de comunicación, que reflejan la supuesta posición de superioridad y dominio que ejerce el varón sobre la mujer, siendo reducida a un mero instrumento o un bien más de su propiedad, y que conlleva se desencadenen una serie de actos de violencia y vejaciones contra su integridad física y psicológica, hasta llegar al punto de creer que pueden disponer de sus vidas y por consiguiente arrebatárselas.

Por lo cual, me atrevo a concluir que las medidas que adopte el Estado dentro de su Política Social deben estar destinadas a combatir los orígenes de este problema social, a fin de conseguir una convivencia en igualdad de condiciones y la paulatina supresión de esta situación de discriminación que padecen las mujeres desde siempre, las cuales deberán estar destinadas a trabajar en la reconstrucción del rol de la mujer en la sociedad, siendo que las de naturaleza penal no serían idóneas para dicho fin. Entre estas medidas podría proponerse, impartir una educación libre de estereotipos y prejuicios en los hogares, escuelas y otros centros de capacitación y enseñanza; la ejecución de políticas sociales de concientización de la sociedad frente a este tipo de violencia mediante programas estatales de prevención, de apoyo y ayuda a las víctimas; implementar mejoras en la atención de las posibles denuncias que pudieran presentar las mujeres agredidas frente al personal policial o fiscal y en la orientación que se les da a fin de resguardar sus vidas; y sobre todo capacitar a los órganos de administración de justicia a fin de que estos actos no queden impunes, sancionando correctamente al transgresor de la norma penal e indemnizando a la víctima.

NOVENA: La creación e inclusión de un nuevo tipo penal al catálogo de delitos del Código Penal supone que éste brindará protección a un bien jurídico determinado que resultando indispensable para la sociedad aún no goza de tutela penal. Sin embargo, en el caso del “feminicidio” ocurre todo lo contrario, ya que éste, tomando en cuenta como ha sido descrito en la norma penal, tendría el propósito de proteger no solo la vida de la mujer sino también su libertad sexual, integridad corporal y libertad personal, de manera que estaría sobreprotegiendo a unos bienes que ya se encuentran protegidos por otros tipos penales, siendo éstos el homicidio y sus modalidades atenuantes y agravantes, violación sexual, lesiones graves y trata de personas respectivamente, con lo cual se evidenciaría que este nuevo tipo penal carece de un bien jurídico propio que justifique

su tipificación incorporación como un nuevo delito. No siendo comprensible la decisión del legislador penal peruano si las figuras ya existentes resguardaban a cabalidad los bienes jurídicos mencionados.

DÉCIMA: Los datos estadísticos del Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público del Perú nos demuestran que los fines en los que se inspiró la tipificación del delito de feminicidio como un tipo penal autónomo, siendo éstos prevenir, sancionar y erradicar los homicidios de mujeres a manos del varón, no han sido cumplidos en la realidad social, ya que desde la publicación de la Ley N°30068 en el año 2013 hasta la actualidad, en vez de disminuir las cifras de muertes de mujeres, se han agudizado mucho más, causando una mayor alarma social y una sensación de impunidad y abandono en la colectividad por parte del aparato estatal, que refleja su incapacidad para hacer frente a este tipo de delincuencia. Con lo cual quedaría demostrado que el fin preventivo que supuestamente la sanción penal debería desplegar sobre el género masculino y que los llevaría a abstenerse de atentar contra la vida de la mujer y a actuar conforme a Derecho bajo el temor de sufrir la imposición de una pena privativa de la libertad, no se ha conseguido, al continuar la ola de muertes de mujeres por su simple pertenencia al género femenino.

DÉCIMO PRIMERA: Por lo expuesto, si bien es indiscutible la necesidad de recurrir al Derecho Penal en la sociedad moderna y en el futuro para garantizar una convivencia social soportable, así como su constante actualización conforme a la evolución social y a la aparición de nuevos bienes jurídicos que merezcan protección penal, el legislador debería optar por su intervención mínima y garantista, en salvaguarda de los derechos del ciudadano y de los principios rectores, frenando de esta manera la moderna política- criminal intervencionista y expansiva, que nos ha demostrado que la sobrecriminalización y la incorporación de nuevos delitos a los Códigos Penales no resulta ser la vía idónea para prevenir la consumación de delitos, ni para reducir las altas tasas de criminalidad existentes.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL SOUTO, Miguel. *Teorías de la pena y límites al Ius Puniendi desde el Estado democrático*. Dilex S.L., Madrid, 2006.
- AGURTO PERALTA, Roberto Carlos; HUACCHA POSADA, Carla Paola. *Manual Legal de Protección frente a la violencia familiar y los Derechos de la mujer, el niño y el adolescente: doctrina, legislación, jurisprudencia*. Gráfica San Martín, Cajamarca, 2007.
- ALBERTO DONNA, Edgardo. *Teoría del delito y de la pena. Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad*. Astrea 2da ed., Buenos Aires, 1996.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*. Ara Editores, Lima, 2004.
- BASUALDO HILARIO, Arturo Francisco. *Hostigamiento sexual en el ámbito laboral público: Comentarios al precedente vinculante establecido en la Casación N° 3804-2010 del Santa*. Revista Soluciones Laborales N° 68, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
- BECK, Ulrich. *Sociedad de riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*. Paidós Ibérica, Barcelona, 2008.
- BENDEZÚ BARNUEVO, Rocci. *La violencia contra la mujer y la perspectiva de género en el Código Penal Peruano: El feminicidio*. Revista Gaceta Penal & Procesal Penal N° 36, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.

- CARO CORIO, Dino Carlos. “Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos” en SILVA SANCHEZ, Jesús María; CARO CORIA, Dino Carlos; GARCIA CAVERO, Percy; MEINI MENDEZ, Iván; PASTOR, Nuria; PASMA, Carlos; REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Estudios de Derecho Penal*. Ara Editores, Lima, 2005.
- CASTILLO ALVA, José Luis. *Derecho Penal: Parte Especial*. Grijley, Lima, 2008.
- CASTILLO APARICIO, Jhonny E. *El delito de feminicidio. Análisis doctrinal y comentarios a la Ley N°30068*. Ediciones Normas Jurídicas, 2014.
- COBO DEL ROSAL, M; VIVES ANTON, T.S. *Derecho Penal Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Sobre género, derecho y discriminación*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe N° 04-2010/DP-ADM. Feminicidio en el Perú: Estudio de expedientes judiciales*. Lima, diciembre de 2010.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Culpabilidad y fines de la pena. Con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*. Grijley, Lima, 2008.
- DEMUS, Estudio para la defensa de los Derechos de la Mujer. *Libres de Violencia. Feminicidio Separata N°02*. Lima, 2008.
- ESPADA, Mario; IRISARRI, Carlos A. *Política criminal en Estado de Derecho*. Jurídicas, Buenos Aires, 1998.
- FEUERBACH. *Tratado de Derecho penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 1899.
- FLORA TRISTÁN, Centro de la Mujer Peruana. *La violencia contra la Mujer. El Feminicidio en el Perú*. Lima, 2005.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Derecho Penal: Parte Especial*. Jurista Editores, Lima, 2011.

- GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de derecho penal- Parte general*. Grijley, Lima, 2008.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: Parte general: fundamentos*. Jurista Editores, Lima, 2009.
- GARITA VILCHEZ, Ana Isabel. *La regulación de delito de femicidio/feminicidio en América Latina y el Caribe*. En el marco de la Consultoría de la Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres, Panamá.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho Penal*. Tecno, Madrid, 1990.
- GORRA, Daniel Gustavo. *Fundamentos fines de la pena. Una visión desde la dogmática penal*. Ediciones Jurídicas del Centro 1era edición., Lima, 2008.
- GUEVARA VASQUEZ, Iván Pedro. *El parricidio: entre la infracción del deber y el feminicidio*. IDEMSA, Lima, 2012.
- HERRERA GUERRERO, Mercedes. *La negociación en el nuevo Proceso Penal*. Palestra, Lima, 2014.
- HUGO VIZCARDO, Silfredo. *El nuevo delito de feminicidio y sus implicancias político-criminales*. Revista Gaceta Penal & Procesal Penal N° 52, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
- HURTADO POZO, José Manuel. *Manual de Derecho Penal: Parte especial*. Juris, Lima, 1994-1995.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *I Informe Regional: Situación y análisis del feminicidio en la región centroamericana*. Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, San José, Agosto 2006
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Marcial Pons, Madrid, 1997.

- JAKOBS, Günther. *Sobre la Teoría de la Pena*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- JUÁREZ MUÑOZ, Carlos Alberto. *Alcances sobre los elementos típicos del delito de feminicidio*. Revista Gaceta Penal & Procesal Penal N° 46, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte general*. Comares, Granada, 1993.
- LAURENZO COPELLO, Patricia. *Apuntes sobre el feminicidio*. Revista de Derecho Penal y Criminología N° 8, UNED, 2012.
- LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Dykinson, Madrid, 1999.
- LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal*. Reus S.A. 2da ed., Madrid, 1926-1927.
- LUZON PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Universitas, Madrid, 1996.
- LUZON PEÑA, Diego Manuel. *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho: libro homenaje a Santiago Mir Puig*. La Ley, Madrid, 2010.
- MEINI MÉNDEZ, Iván. *Lecciones de Derecho Penal parte General: teoría jurídica del delito*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2014.
- MINISTERIO PÚBLICO. *El Registro de feminicidio del Ministerio Público Enero-Diciembre 2010* en Boletín del Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público, Lima, 2012.
- MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Bosch 2da ed., Barcelona, 1982.
- MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, ARIEL S.A., Barcelona, 1994.
- MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito*. B de f, Montevideo, 2006.

- MIR PUIG, Santiago. “Constitución, Derecho penal y globalización” en GOMEZ MARTIN, Víctor. *Política criminal y reforma penal*. Euro Editores, Buenos Aires, 2007.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Euro Editores 8va ed., Buenos Aires, 2009.
- MIR PUIG, Santiago. *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas bases constitucionales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. Tirant lo Blanch 5ta ed., Valencia, 2002.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Euro Editores, 2da ed., Buenos Aires, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Temis, Bogotá, 2004.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *El hostigamiento o acoso sexual*. Hoja Informativa N° 4 Género, salud y seguridad en el trabajo.
- PAVÓN VASCONSELOS, Francisco. *Concurso aparente de normas*. Porrúa, México, 1998.
- PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal: Parte Especial*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1992.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal: Parte Especial*. Idemsa, Lima, 2008.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. “El Derecho Penal de Género, conforme a la inclusión en el Código Penal del delito de feminicidio” en *Estudios Críticos de Derecho Penal y Política Criminal: a partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales*. Ideas, Lima, 2013.

- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Estudios críticos de derecho penal y política criminal: a partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales*. Ideas, Lima, 2013.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿Dos funciones excluyentes? en JAKOBS, Günther; POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO ORTS, Miguel. *Bien Jurídico, vigencia de la norma y daño social*. Ara Editores, Lima, 2010.
- REATÉGUI SÁNCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal: Parte General Volumen II*. Pacífico Editores S.A.C., Lima, 2014
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. “El delito de Femicidio en el Código Penal Peruano” en *Manual de Derecho Penal Parte Especial: Delitos contra la vida, contra el patrimonio y otros*. Instituto Pacífico S.A.C Primera Edición., Lima, 2015.
- ROJAS HARO, Hugo Renzo; RODRIGUEZ CASTILLO, Sara Milagros. *La política criminal en el Perú: ¿Inexistencia o Ineficiencia?* Revista Gaceta Penal & Procesal Penal, Año 2013 N° 46, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
- ROXIN, Claus; ARZT, Günther; TIEDEMANN, Klaus. *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*. Ariel, Barcelona, 1989.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte general*. Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, Claus. *Dogmática Penal y Política criminal*. IDEMSA, Lima, 1998.
- ROXIN, Claus y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Nuevas tendencias en el Tercer Milenio*. Universidad de Lima, Lima, 2000.
- ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema de Derecho Penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2002.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal: Parte Especial*. Grijley 2da ed., Lima, 2007.

- SALINAS SICCHA, Ramiro. *El delito del parricidio en el Perú luego de la Ley N° 29819: ¿Y el delito de feminicidio?* Revista Gaceta Penal & Procesal Penal N° 36, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
- SÁNCHEZ OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de Política criminal*. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. B de f, Montevideo, 2006.
- STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: Parte General I, El hecho punible*. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- VELÁSQUEZ V., Fernando. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Temis S.A. 2da ed., Bogotá, 2004.
- VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal: Parte Especial*. San Marcos, Lima, 1997.
- VILLAVICENCIO TERRERO, Felipe A. *Derecho Penal: Parte General*. Grijley, Lima, 2007.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALIAGA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Ediar 2da ed., Buenos Aires, 2006.
- ZIPF, Heins. *Introducción a la Política criminal*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979.
- ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos del Derecho Penal: Parte general*. Tirant lo Blanch, 3ra. ed., Valencia, 1993.

LEGISLACIÓN

Peruana

- Constitución Política del Perú de 1993 promulgada el 29 de Diciembre de 1993.
- Código Penal del Perú promulgado mediante Decreto Legislativo N°635 con fecha 03 de Abril de 1991.
- Código Civil del Perú promulgado mediante Decreto Legislativo N° 295 con fecha 24 de Julio de 1984.
- Ley N° 26260 “Ley de Protección frente a la violencia familiar” promulgada en el año 2003.
- Ley N° 29819 publicada en el Diario El Peruano el 27 de Diciembre de 2011.
- Ley N° 30068 publicada en el Diario El Peruano el 18 de Julio de 2013.
- Ley N° 27942 “Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual” publicada en el Diario El Peruano en Febrero de 2003.
- Decreto Legislativo N° 1323 publicado en el Diario El Peruano el de 05 de Enero de 2017.

Comparada

- Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) en 1948.
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en 1948.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI) en 1966.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - CEDAW - aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979.
- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "CONVENCION DE BELEM DO PARA" de 1994.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 16 de Noviembre de 2009 - Caso Claudia Ivette Gonzales, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez “Campo Algodonero” vs. México.
- EXP. N° 0012-2006-PI/TC de fecha 15 de diciembre de 2006.
- EXP. N° 1300-2002-HC/TC de fecha 27 de agosto de 2003.
- EXP. N° 02283-2006-HC/TC de fecha 11 de setiembre de 2007.
- EXP. N° 00033-2007-PI/TC de fecha 13 de febrero del 2009.
- EXP. N° 0019-2005-PI/TC de fecha 21 de julio del 2005.
- EXP. N° 00010-2002-AI/TC de fecha 03 de enero del 2003.
- EXP. N° 002-01-II de fecha 16 de Marzo de 2005.

ANEXOS

ANEXO 1

Cuadro emitido por el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público del Perú a la Directora General de la Dirección General contra la Violencia de Género del Ministerio de la Mujer y Poblaciones.



MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA DE LA NACIÓN

"Año de la Consolidación del Mar de Grau"

GERENCIA
OBSERVATORIO DE CRIMINALIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO

OFICIO N° 694-2016-MP-FN-OBSERVATORIO

CARGO

Lima, 19 de agosto de 2016

Señora doctora
ILIJÁN HAWIE LORA
Directora General de la Dirección General Contra la Violencia de Género
Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables
Jr. Camaná N° 616, Lima
Presente.-

Ref.: OFICIO N° 248-2016-MIMP/DGCVG

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en atención al documento de la referencia, mediante el cual solicita información sobre casos atendidos por violencia hacia las mujeres por el Ministerio Público. Sobre el particular, se remite adjunta al presente la información disponible en esta dependencia, en relación a su solicitud:

N°	Detalle
01	Perú: Denuncias de violencia familiar ingresadas en las fiscalías provinciales de familia y mixtas, según distrito fiscal
02	Victimas de feminicidio en el Perú
03	Estadísticas sobre feminicidio según las características de las víctimas y el presunto victimario

Es preciso señalar que la información a la que tiene acceso el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público, a través de consultas a las bases de datos de los sistemas informáticos de nuestra institución (Sistema de Información de Apoyo al Trabajo Fiscal [SIATF] y Sistema de Gestión Fiscal [SGF]), no permite obtener información desagregada por sexo, edad y tipo de violencia, ni información sobre medidas de protección dictadas por las fiscalías de familia. Asimismo, no se tiene acceso a información que permita conocer el número de casos derivados de los juzgados de familia a juzgados penales, ni el número de casos derivados por fiscalías penales a juzgados de paz letrados por violencia hacia las mujeres.

Hago propicia la ocasión para expresarle los sentimientos de mi mayor consideración y estima personal.

Atentamente,

JHC/sg

MINISTERIO PÚBLICO
OBSERVATORIO DE CRIMINALIDAD
2016
19
AUG
14
14

35 años
Defendiendo
la legalidad

(511) 675-5555 - 208-5555
Anejos: 6537 - 6854 - 6826 - 6828
Av. Abscony Cdra. 5 s/n Lima - Perú
www.fiscalia.gob.pe

MINISTERIO PÚBLICO
MP-FN-OBSERVATORIO

OFI1600047441
EXPEDIENTE DOCUMENTAL - SGD



OFI1600047441

Entido por: GALLARDO MULATILLO, MARTHA NIEVES ... Fecha: 22/08/2016 ... Hora: 10:26:03

Remitido por: OBSERVATORIO DE CRIMINALIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO
HUAMBACHANO CARBAJAL, JUAN JESUS

Documento: Oficio No. 0694 - 2016-MP-FN-OBSERVATORIO

Prioridad: NORMAL No. Folios: ... Fec.Reg.Doc: 22/08/2016 10:26:04

Dirigido A: ILLIAN HAWIE LORA
EXTERNO

Asunto: SE REMITE INFORMACION SOBRE PERU: DENUNCIAS DE VIOLENCIA FAMILIAR INGRESADAS EN LAS FISCALIAS PROVINCIALES DE FAMILIA Y MIXTAS , SEGUN DISTRITO FISCAL , VICTMAS DE FEMINICIDIO EN EL PERU Y ESTADISTICAS SOBRE FEMINICIDIO SEGUN LAS CARACTERISTICAS DE , /

1. Derivado a:

Motivo	Fecha	Observaciones	Firma	Recibido

Acción	Acción	Expedir	Elaborar
1. Analizar	7. Derivar	13. Conformidad	17. Ayuda Material
2. Conocerlo y Fines	8. Evaluar	14. Opinión	18. Exoneración
3. Comparar con Sistema	9. Investigar	15. Reconstrucción	19. Informe
4. Coordinar	10. Seguirlo	16. Dictamen	20. Memorandum
5. Para Acción	11. Enviar a Recorrido		21. Oficio Recursivo
6. Para Rectificación	12. Notificar		22. Resolución



VÍCTIMAS DE FEMINICIDIO EN EL PERÚ

CASI 900 MUJERES FUERON ASESINADAS EN UN CONTEXTO DE FEMINICIDIO
(ENERO 2009 – JULIO 2016)

El Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público pone a disposición las cifras sobre el feminicidio en el Perú, correspondiente al periodo enero 2009 – julio 2016 (8 años de análisis). En dicho periodo se han registrado 881 víctimas de feminicidio¹, lo cual representa la manifestación más extrema de la violencia contra la mujer. No obstante, hay que tener en cuenta que, para el año 2015, hay 15 casos adicionales de posible feminicidio. En este último grupo se incluyen aquellas muertes de mujeres que tuvieron lugar en circunstancias que hacen sospechar que se trata de un feminicidio, pero respecto de las cuales la información disponible –a la fecha de corte del presente informe– no permite sostener que se tratan de homicidios por razones de género. Si se suman los feminicidios (93) y los posibles feminicidios (15), el número de muertes violentas de este tipo, para el año 2015 ascienden a 108.

Estos datos resultan relevantes respecto del objetivo del Registro de Feminicidio del Ministerio Público², que tiene por finalidad brindar información sobre los homicidios de mujeres por razones de género y contribuir a la adopción de políticas institucionales orientadas a la prevención, protección e investigación en los casos de violencia familiar y de género, en concordancia con lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos, en particular la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y otros acuerdos, de alcance regional, como la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará).

CIFRAS GLOBALES DE FEMINICIDIO

Enero 2009 – julio 2016

Las cifras presentadas en el presente documento corresponden al trabajo realizado en los ocho (8) años del Registro de Feminicidio del Ministerio Público, por lo cual es posible analizar el número y características de los feminicidios ocurridos en el referido periodo. Ello ha permitido no solamente comparar el número de feminicidios por distrito fiscal, sino también establecer las circunstancias en las que se cometen estos homicidios, además del perfil de las víctimas (edad, relación con el presunto victimario, etc.), de sus presuntos victimarios y las circunstancias que rodearon sus muertes (lugar, mes, día y hora de ocurrencia, forma de feminicidio, etc.).

01. Cifras de feminicidio: en el Perú, cada mes un promedio de 10 mujeres son asesinadas en un contexto de feminicidio

Se han registrado 881 víctimas de feminicidio en el periodo enero 2009 – julio 2016. El 89.9% fue asesinada por su pareja, ex pareja o familiar (feminicidio íntimo) y el 10.1% fue asesinada por un conocido o desconocido (feminicidio no íntimo).

¹El procedimiento empleado por el Registro de Feminicidio del Ministerio Público es regulado por la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1690-2009-MP-FN y Directiva N° 006-2009-MP-FN, del 20 de noviembre de 2009, la cual incluye el formato N° 3 (Información del feminicidio y de la tentativa de feminicidio). En ese marco, los fiscales constituyen la fuente principal de información del registro, debido a que ellos son los encargados de la investigación fiscal sujetos a los plazos procesales según ley e informan al Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público a través del referido formato, el cual es sustentado con una copia de las principales disposiciones fiscales, según corresponda.

²La información del Registro de Feminicidio del Ministerio Público es sistematizada, según las variables del formato N° 3. Cabe señalar que sólo se ingresan los casos en los cuales los fiscales, según los resultados de la investigación, confirman si se configura un feminicidio o no, lo cual se sustenta en una carpeta fiscal. Asimismo, la tipificación de cada uno de los casos se enmarca en lo establecido en el Código Penal (tipo penal y marco doctrinal).

05. Forma utilizada en el feminicidio: 5 de cada 10 víctimas son acuchilladas, asfixiadas o estranguladas

Los informes disponibles revelan que en las muertes violentas de las mujeres se presentan manifestaciones del ejercicio de una violencia desmedida previa, concomitante o posterior a la acción delictiva, que evidencia brutalidad particular en contra del cuerpo de las mujeres⁸. En ese sentido, las estadísticas muestran que el 28.5% de las víctimas fue asfixiada o estrangulada, el 26.8% fue acuchillada con algún objeto punzo-cortante (navaja, cuchillo, machete, etc.), el 19% fue asesinada a golpes, el 15.7% fue baleada, el 4.2% fue envenenada y el 5.9% restante fue desbarrancada, degollada, quemada, ahogada, decapitada, atropellada, ahorcada, etc.

En todos los casos en los que se usó armas de fuego (138 víctimas), el 40.6% de los presuntos victimarios disparó sólo una bala, el 10.1% realizó dos disparos, el 17.44% entre 3 y 7 disparos y en el 31.9% no hay información. Asimismo, en los feminicidios en los que se usaron objetos punzo-cortantes (248 víctimas), el 7.7% de los presuntos victimarios utilizó una vez el arma sobre la víctima, el 40.3% entre 2 y 43 veces, lo cual refleja el nivel de ferocidad del ataque. En el 52% no hay información.

06. Lugar de ocurrencia: la casa es el lugar más inseguro para algunas mujeres

El 57.7% de los feminicidios ocurrió dentro de la casa, seguido de un 42.3% de muertes que se produjo fuera de ella, siendo que, aunque la tendencia es considerar el hogar como el lugar al que se acude para sentirse más seguro, éste se vuelve el espacio más inseguro para algunas mujeres.

07. Mes, día y hora de ocurrencia: las mujeres mueren todos los días

Los meses de enero (102), febrero (85), abril (81), mayo (80) y julio (78) registran el mayor número de feminicidios, representando el 48.4% del total registrado.

En relación a los días de ocurrencia, el 52.6% de los feminicidios ocurrió entre los días lunes y jueves y el 47.4% el fin de semana (viernes, sábado y domingo). En el caso de los feminicidios íntimos (792), se registra un promedio de 113 feminicidios entre los días martes y viernes, sin embargo, los días sábado, domingo y lunes el promedio se eleva a 144 feminicidios por día de ocurrencia.

Respecto de las horas de ocurrencia, el 53.7% de feminicidios se registró en la madrugada y durante la noche, mientras que el 33.9% se registró en la mañana y en la tarde. En el 12.4% de los casos no se conoce la hora en la que ocurrió la muerte.

08. Feminicidio según distrito fiscal

En el periodo enero 2009 - julio 2016, los distritos fiscales de Lima (107), Junín (78), Lima Norte (57), Arequipa (50), Lima Sur (43), Ayacucho (39), Puno (39), Lambayeque (36), Huánuco (36) y Cusco (32) registraron el mayor número de feminicidios a nivel nacional, representando el 58.7% del total consolidado, significando que de cada 10 feminicidios registrados en el Perú, 6 ocurren en estos distritos fiscales.

⁸ Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y Oficina Regional para las Américas y el Caribe de la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres). Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio). Panamá; 2014.

Cuadro N° 1

Perú: Denuncias de violencia familiar ingresadas en las fiscalías provinciales de familia y mixtas según distrito fiscal

2013 - 2015

N°	Distrito fiscal	2013	2014	2015	Total	%
1	Arequipa	16 966	18 674	12 595	48 235	10.9
2	Lima	15 766	11 782	8 795	36 343	8.2
3	Lima Norte	9 650	10 223	9 274	29 147	6.6
4	Cusco	8 393	8 337	8 164	24 894	5.6
5	Lambayeque	7 941	7 944	7 695	23 580	5.3
6	Lima Este	4 486	9 784	9 009	23 279	5.3
7	Ica	7 950	8 051	7 049	23 050	5.2
8	La Libertad	7 247	7 673	7 837	22 757	5.2
9	Lima Sur	6 378	7 412	7 752	21 542	4.9
10	Piura	6 835	7 333	6 513	20 681	4.7
11	Junín	6 095	7 267	5 102	18 464	4.2
12	Huánuco	3 259	4 700	4 269	12 228	2.8
13	Callao	4 157	4 696	2 682	11 535	2.6
14	Tacna	3 599	3 501	3 213	10 313	2.3
15	Ancash	1 921	4 150	4 088	10 159	2.3
16	Santa	3 354	3 208	3 529	10 091	2.3
17	Cajamarca	3 379	3 389	3 192	9 960	2.3
18	Moquegua	3 549	3 077	2 696	9 322	2.1
19	Ayacucho	3 216	3 336	1 767	8 319	1.9
20	Sullana	2 646	2 587	2 231	7 464	1.7
21	Huaura	2 536	2 677	2 190	7 403	1.7
22	Puno	2 819	2 408	2 109	7 336	1.7
23	Amazonas	2 483	1 296	2 495	6 274	1.4
24	Tumbes	2 145	1 991	2 035	6 171	1.4
25	Cañete	1 990	2 314	1 847	6 151	1.4
26	San Martín	2 336	1 269	1 431	5 036	1.1
27	Apurímac	1 628	1 926	1 417	4 971	1.1
28	Loreto	1 488	1 381	1 805	4 674	1.1
29	Madre de Dios	1 365	1 487	1 182	4 034	0.9
30	Ucayali	1 363	1 285	1 384	4 032	0.9
31	Pasco	618	778	669	2 065	0.5
32	Huancavelica	569	497	523	1 589	0.4
33	Ventanilla			642	642	0.1
Total		148 127	156 433	137 181	441 741	100

Fuente: Anuarios Estadísticos 2013 - 2015, Oficina de Racionalización y Estadística, Ministerio Público
 Elaborado: Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público



