

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO

**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**



PROGRAMA DE MAESTRÍA

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

TESIS:

**LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN DEL
DERECHO PENAL Y EL DE IGUALDAD DE LA CONSTITUCIÓN POR
PARTE DE LA POLÍTICA CRIMINAL ESTATAL AL INCORPORAR EL
DELITO DE FEMINICIDIO EN EL CÓDIGO PENAL**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

Bachiller: WALKER STEVE CUENCA QUIROZ

Asesor:

M.Cs. JOSÉ LUIS LÓPEZ NÚÑEZ

Cajamarca – Perú

2019

**COPYRIGHT © 2019 by
WALKER STEVE CUENCA QUIROZ
Todos los derechos reservados**

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO

**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**



PROGRAMA DE MAESTRÍA

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

TESIS APROBADA:

**LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN DEL
DERECHO PENAL Y EL DE IGUALDAD DE LA CONSTITUCIÓN POR
PARTE DE LA POLÍTICA CRIMINAL ESTATAL AL INCORPORAR EL
DELITO DE FEMINICIDIO EN EL CÓDIGO PENAL**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

Bachiller: WALKER STEVE CUENCA QUIROZ

JURADO EVALUADOR

M.Cs. José Luis López Núñez
Asesor

Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Jurado Evaluador

Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

M.Cs. Juan Carlos Tello Villanueva
Jurado Evaluador

Cajamarca - Perú

2019



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Siendo las ^{17:30} horas, del día 25 de febrero de dos mil diecinueve, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA, Dr. JOEL ROMERO MENDOZA, M.Cs. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA**, y en calidad de Asesor el **M. Cs. JOSÉ LUIS LÓPEZ NÚÑEZ**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada “**LA VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE MÍNIMA INTERVENCIÓN Y ULTIMA RATIO DEL DERECHO PENAL Y EL DE IGUALDAD DE LA CONSTITUCIÓN POR PARTE DE LA POLÍTICA CRIMINAL ESTATAL AL INCORPORAR EL DELITO DE FEMINICIO EN EL CÓDIGO PENAL**”, presentada por el **Bach. en Derecho WALKER STEVE CUENCA QUIROZ**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó... ^{Aprobar} con la calificación de ^{Quince (15)} la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bach. en Derecho WALKER STEVE CUENCA QUIROZ**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

Siendo las ^{18:30} horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
M. Cs. José Luis López Núñez
Asesor

.....
Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Jurado Evaluador

.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

.....
M.Cs. Juan Carlos Tello Villanueva
Jurado Evaluador

A:

Dios, a mis padres, José y Giovanna, por su gran amor, dedicación y ejemplo inculcado; a mi esposa Liliana, por su apoyo constante; a mis hermanos y sobrinos.

Un agradecimiento especial a Dios, por haberme brindado mi gran regalo a quien he llamado Mateo.

No son los dos sexos superiores o inferiores el uno al otro.

Son, simplemente, distintos.

Marañón

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN	x
ABSTRACT	xi
CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. PLATEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	7
1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	8
1.4. OBJETIVOS	9
1.5. DELIMITACIÓN	10
1.6. LIMITACIONES	10
1.7. TIPO Y NIVEL DE TESIS	11
1.8. HIPÓTESIS	12
1.9. MÉTODOS	12
1.10. TÉCNICA	14
1.11. INSTRUMENTO	14
1.12. ESTADO DE LA CUESTIÓN	14
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	17
2.1. EL DERECHO PENAL COMO MEDIO DE CONTROL SOCIAL	17
2.1.1. Expansión del derecho penal	23
2.2. PRINCIPIOS RELATIVOS A LOS FINES DEL DERECHO PENAL	28
2.2.1. Mínima Intervención del Derecho Penal	28
2.2.3. No Naturalización	36
2.2.4. Economía de la violencia	37

2.3. RESPETO DE LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL RELATIVO AL DERECHO PENAL	38
2.3.1. La igualdad como derecho.....	41
2.3.2. Igualdad ante la ley.....	42
2.3.3. Igualdad en la aplicación de la ley	43
2.3.4. Derecho a la no discriminación.....	44
2.4. POLÍTICA CRIMINAL.....	46
2.4.1. Contenido	46
2.4.2. Finalidad	48
2.4.3. Funciones	50
2.5. FEMINICIDIO	56
2.5.1. El delito de parricidio	56
2.5.2. El delito de feminicidio	62
2.5.3. El feminicidio en la legislación comparada	65
2.5.4. El feminicidio en el Perú	70
2.5.5. Feminicidio e igualdad ante la ley.....	83
2.5.6. Feminicidio y proporcionalidad	95
2.5.7. Feminicidio y culpabilidad.....	100
2.5.8. Feminicidio y derecho penal del enemigo.....	102
2.5.9. Sexualización del derecho penal	104
2.5.10. Feminismo de la igualdad y feminismo de la diferencia	106
2.5.11. El paradigma de la igualdad	108
2.5.12. Homicidio de mujeres	110

CAPÍTULO III: DISCUSIÓN DE RESULTADOS Y DEMOSTRACIÓN DE HIPÓTESIS	114
3.1. DISCUSIÓN DE RESULTADOS	114
3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	128
CONCLUSIONES.....	137
RECOMENDACIONES	138
PROPUESTA LEGISLATIVA	139
LISTA DE REFERENCIAS	149

RESUMEN

El propósito de la presente investigación fue determinar la manera en que la política criminal estatal vulnera el principio de mínima intervención del Derecho penal y el de igualdad de la Constitución al haberse incorporado el delito de feminicidio en el Código Penal; para cumplir con tal propósito se ha estructurado una investigación que se basa en una metodología orientada por la revisión sistemática de la literatura que ha desarrollado el tema en específico, concretamente la legislación que incluye el delito en el ordenamiento jurídico peruano, la jurisprudencia desarrollada al respecto y las disertaciones que sobre el particular ha desarrollado la doctrina.

Con tal propósito, se ha utilizado la técnica de la observación documental para la recolección y análisis de los datos; asimismo, los métodos dogmático y hermenéutico para el estudio de las instituciones y figuras jurídicas involucradas; con lo que se ha alcanzado una discusión que plantea la irracionalidad de la medida legislativa por la que se incluye al feminicidio como delito autónomo.

Palabras clave: Política criminal, delito de feminicidio, principio de mínima intervención, y el principio de igualdad.

ABSTRACT

The purpose of the present investigation was to determine the manner in which the state criminal policy violates the principle of minimum intervention of criminal law and equality of the Constitution to the incorporation of the crime of femicide in the Penal Code; To fulfill this purpose, an investigation has been structured based on a methodology guided by the systematic review of the literature that has developed the specific topic, specifically the legislation that includes crime in the Peruvian legal system, the jurisprudence developed in this regard and the dissertations that the doctrine has developed on the subject.

For this purpose, the technique of documentary observation has been used to collect and analyze the data; likewise, the dogmatic and hermeneutical methods for the study of the institutions and juridical figures involved; with what has been reached a discussion that raises the irrationality of the legislative measure by which femicide is included as an autonomous offense.

Keywords: Criminal policy, crime of femicide, principle of minimum intervention and the principle of equality.

CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLATEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

No existe extremo del ordenamiento jurídico peruano que se encuentre desprovisto de una fundamentación subyacente y, en este sentido, de una norma condicionante de su desarrollo e interpretación; estas normas condicionantes son los principios que deben necesariamente tenerse en cuenta cada vez que se va a tomar una medida legislativa, una medida administrativa o una medida jurisdiccional (Alexy, 2009).

El Derecho Penal no es una excepción, el actual Estado Constitucional y Democrático de Derecho ha configurado al ordenamiento jurídico como un verdadero sistema dentro del ámbito estatal, sistema que tiene en su cúspide a la Constitución, tanto formal como material y, dentro de esta, los principios fundantes de los demás niveles del derecho; asimismo, se vale de teorías que respaldan el reconocimiento normativo de alguno de sus otros principios.

Esto último que se ha referido, lleva a repasar indefectiblemente el propósito de la existencia del Derecho penal como parte de los mecanismos de control social, pues, como es sabido, “Dentro del

control social la norma penal, el sistema jurídico-penal, ocupa un lugar secundario, puramente confirmador y asegurador de otras instancias mucho más sutiles y eficaces...” (Muñoz Conde, 1985, 37). En este contexto, el Derecho Penal, únicamente puede intervenir en la solución un problema social de manera subsidiaria, únicamente cuando los demás mecanismos de control social, como la familia, la escuela, las organizaciones sociales, entre otros, no hayan podido cumplir con tal cometido.

De allí que han podido desarrollarse dos de los principios fundantes del Derecho penal, el de mínima intervención que configura “...una suerte de idea-fuerza, centro de un sistema solar alrededor del que orbitan otros principios como el de “fragmentariedad”, “*ultima ratio*”, “proporcionalidad” y hasta el de “insignificancia” ...” (Villegas Fernández, 2009, p. 4), aunque están referidos a considerarlo como un medio de control social secundario o subsidiario pues son el resultado directo del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, conserva características propias e individualizables que serán tenidas en cuenta en la presente investigación en relación a la regulación del delito de feminicidio.

La mínima intervención del derecho penal, es presentada por Baratta (2004) como una estrategia que inserta al Derecho penal dentro de la “...articulación programática en el cuadro de una política alternativa del control social (...) una política de menor

intervención, a nivel de la criminalización primaria...” (p. 304); en ese sentido, trae consigo la intervención de una política criminal responsable, consciente de que el derecho penal debe intervenir únicamente cuando otros medios de control social no han logrado su cometido; de ello se desprende la doble visión de la intervención del derecho penal:

El punto de vista interno da lugar a los principios intrasistemáticos que indican los requisitos para la introducción y el mantenimiento de figuras delictivas en la ley. El punto de vista externo da lugar a los principios extrasistemáticos que se refieren, en cambio, a criterios políticos y metodológicos para la descriminalización y para la construcción de los conflictos y de los problemas sociales, en una forma alternativa a la que ofrece el sistema penal. (Baratta, 2004, p. 304).

Estos principios derivados de la mínima intervención son los que condicionan la regulación o no de un determinado tipo delictivo, contrastando tal posibilidad con los requisitos que se debe cumplir para dicha tipificación y, por otro lado, con los criterios políticos y metodológicos para la construcción de conflictos sociales. Estas teorías y principios deben tenerse en cuenta en cuanto a la regulación de una figura penal como ocurre con el feminicidio o cualquier otra.

La *ultima ratio* se inserta dentro de los principios de la mínima intervención como la posibilidad de “...recurrirse al derecho penal exclusivamente en la medida que ello sea necesario...” (Villegas Fernández, 2009, p. 5), es decir que este principio, constituye la

materialización de las políticas de mínima intervención, aplicable tanto a nivel legislativo como jurisdiccional. En efecto, también le corresponde al Derecho penal resolver en qué casos no debe intervenir -así, no imponer una pena-, a través de una bien desplegada política criminal que tienda a evitar el empleo desmesurado y excesivo del aparato punitivo del Estado, que a lo único que conduciría sería a su desgaste nominal, a su propia deslegitimación como medio de control social, descendiéndose a funciones marcadamente simbólicas y promocionales, como también, precisar cuándo debe reducir la violencia estatal que va implícita en su ejercicio, violencia actualmente marcada por la sobrecriminalización. (Carnevali Rodríguez, 2008).

Estas teorías y principios generales buscan ser aplicados al tema específico del feminicidio que, por definición está referido a la criminalización de una actuación que tiene detrás todo un conglomerado de consideraciones psicológicas y sociales de tirria contra la mujer, pues ocurre que existe la necesidad social de paliar los efectos del machismo dentro de nuestra sociedad, algunos de éstos materializados en el contexto de una situación de violencia familiar o parental, coacción, hostigamiento o acoso sexual y abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación entre un hombre y una mujer; situaciones de subyugación o menosprecio del varón hacia la mujer que generalmente es aceptada dentro de nuestra sociedad.

Ello, definitivamente, constituye un problema social que debe ser objeto de Derecho en el sentido de que pueden obtenerse instrumentos normativos que faculten a la administración pública para desarrollar programas de prevención, capacitación, sensibilización de la sociedad para el cambio de dichas concepciones mal adoptadas, llámese Ministerio de Educación ya que la escuela es uno de los principales órganos de control social, el Ministerio de la Mujer cuya orientación hacia la protección de la mujer es prioritaria, Ministerio de Cultura para la estructuración de eventos culturales orientados a resaltar la no discriminación por razón de sexo o la peligrosidad de la violencia contra la mujer.

Sin embargo, no ocurre ni debe ocurrir lo mismo con el ámbito penal, puesto que, en primer lugar, debe tenerse presente que el Derecho penal es un derecho *ultima ratio* y que, sus postulados deben encontrarse acordes con las normas constitucionales y los principios del Derecho penal y la política criminal.

En ese sentido, regular un delito de feminicidio, implica desconocer esta prohibición de discriminación entre hombre y mujer y el fomento de las apolíticas anteriormente señaladas, habida cuenta que la finalidad de dichas políticas es precisamente desaparecer cualquier rasgo diferenciador entre ambos géneros y el establecimiento de un tipo penal que discrimina entre géneros es una afrenta directa a dichas políticas.

Por otro lado, se termina por sancionar conductas que, aunque mayoritarias, no son únicas en la realidad nacional, es decir que el homicidio producido por un hombre a una mujer en el contexto de violencia familiar amerita una pena distinta que el homicidio ocasionado por una mujer a un hombre en el contexto de la violencia familiar; en ese sentido, cada una de las circunstancias agravantes consignadas en el tipo, con excepción del estado de gestación, son susceptibles de configurarse en el caso del homicidio perpetrado por una mujer.

Situaciones como ésta permiten postular la tesis de que el tipo penal resulta lesivo a los derechos de igualdad y prohibición de la discriminación, así como a los principios del Derecho penal y la política criminal en los que debe basarse toda regulación de tipo penal.

Así tenemos que el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, suscrito por el Perú el 7 de Diciembre de 1995, señala lo siguiente: “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia (...)” y en su inciso c) prescribe lo siguiente: “incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir,

sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas que sea del caso.” (OEA, 2015).

De una interpretación literal, podría tenerse que el referido artículo de una norma internacional suscrita y ratificada por el Estado peruano justifica la inclusión del delito de feminicidio en el ordenamiento penal; sin embargo, debe tenerse en cuenta que todo tratado internacional de derechos humanos incluido en el derecho nacional tiene rango constitucional y que las normas con dicho rango no pueden ser interpretadas literalmente, sino que deben ser objeto de los principios de interpretación constitucional consignados en el Precedente Vinculante contenido en la Sentencia del Expediente N° 5854-2005-AA/TC (TC, 2016).

En ese tenor, el presente trabajo de tesis pretende discriminar teóricamente el problema planteado.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuál es la relación entre la inclusión del delito de feminicidio en el Código Penal y la protección del principio de mínima intervención del Derecho penal y el de igualdad y prohibición de discriminación?

1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Este tema es de gran relevancia en la actualidad, porque estamos viviendo tiempos en que se percibe en la sociedad una creciente sensación de inseguridad derivada del incremento de la ola de violencia y los gobernantes (legisladores) saben que hacer política por medio de ella les puede resultar ventajoso tan es así que con la agravación de penas se busca tranquilizar a los miembros de la sociedad. Los medios atribuyen el ejercicio de la violencia en alto valor como noticia e informan sobre ella, sin embargo, en forma altamente selectiva; la amenaza de violencia -sea real o sólo impuesta- es un regulador mediante el cual puede ser fomentada la política criminal (típicamente restauradora); aquello que vale como un bien jurídico que requiere protección penal (y que por tanto puede ser portador de amenaza penal) se decide por medio de un acuerdo normativo social, para el cual, de nuevo, resultan constitutivas las sensaciones de amenaza de la población.

En cuanto a la justificación científica del presente trabajo y bajo la presunción del derecho de establecerse en una ciencia de carácter social, el presente trabajo pretende mantener la integridad del sistema jurídico peruano que involucra no solo el ordenamiento jurídico sino también sus fuentes primigenias, entre éstas, la doctrina, de la cual se obtienen las bases fundamentales para el desarrollo de la legislación y la jurisprudencia, por tanto, la correcta estructuración de dicho sistema involucra la seguridad de hacerlo infranqueable, estático, por lo menos en el periodo de tiempo que lo permitan las tendencias sociales.

En cuanto al aspecto técnico, la presente investigación observará y constatará que las normas con rango legal se encuentren conformes a los principios, derechos y valores constitucionales o fundamentales, al bloque de constitucionalidad y a los tratados suscritos por nuestro país, utilizando para tal efecto principios de interpretación constitucional y los principios del derecho penal y la política criminal; razón por la cual el análisis del tema a nivel técnico gozará de un adecuado nivel de análisis que terminará por efectuar también una adecuada explicación del tema.

En cuanto a la escuela en la que se desarrollará la presente investigación, está referida al importante aporte académico que supone la protección de la seguridad jurídica y la unidad del ordenamiento jurídico peruano, lo que, desde el ámbito personal y profesional de los tesisistas significa la consecución de un lugar en el mundo académico de nuestra sociedad.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. General

Identificar la relación entre la inclusión del delito de feminicidio en el Código Penal y la protección del principio de mínima intervención del Derecho penal y el derecho a la igualdad y prohibición de discriminación.

1.4.2. Específicos

- A.** Analizar las teorías relativas al derecho penal como medio de control social secundario en relación con los principios de la política criminal.
- B.** Identificar la configuración del principio de la mínima intervención como fundamento de la política criminal en la tipificación del delito de feminicidio.
- C.** Corroborar la confluencia del derecho a la igualdad y prohibición de la discriminación en la tipificación del delito de feminicidio.
- D.** Proponer la norma que deroga el tipo penal de feminicidio.

1.5. DELIMITACIÓN

1.5.1. Espacial

Dado el tipo de investigación, que es básica teórica y que aplicará técnicas y métodos de análisis teórico – dogmático, no cuenta con delimitación espacial.

1.5.2. Temporal

De igual manera, esta investigación no cuenta con delimitación temporal.

1.6. LIMITACIONES

La investigación no cuenta con limitaciones para su ejecución.

1.7. TIPO Y NIVEL DE TESIS

1.7.1. De acuerdo al fin que persigue

La presente investigación es de tipo básica, debido a que intentará dar un aporte a conocimientos ya existentes, lo cual demandará un estudio de doctrinario y de la propia realidad actual del feminicidio. Además, nuestra investigación es de tipo teórica o también denominada formal.

1.7.2. De acuerdo al diseño de la investigación

De acuerdo al diseño de la investigación, la presente investigación es de naturaleza descriptiva en cuanto en primer término se ha logrado identificar el problema advertido, esto es, la vulneración de los principios penales y constitucionales mediante la tipificación del delito de feminicidio.

Así también, no bastando la descripción del problema, con la presente investigación se busca explicar la razón de ser del problema, siendo por ello una investigación correlacional – propositiva, en tanto a fin de determinar el latente fracaso de la política criminal instaurada por el Estado para combatir el homicidio de mujeres, se ha hecho necesario establecer relaciones a nivel normativo, doctrinario y dogmático, con las cuales se busca determinar las posibles falencias a nivel normativo y político, las cuales hacen necesaria más que una propuesta legislativa, una

propuesta que busca erradicar la sobrecriminalización inmersa en el feminicidio.

1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

La presente investigación tiene un enfoque de tipo cualitativo, el mismo que se caracteriza por producir resultados donde no se llega por procedimientos estadísticos u otro tipo de cuantificación al no trabajar con grupos de control o variables, sino que analizaremos la propia normatividad, la doctrina, la jurisprudencia, ello con el fin de concluir en una posición clara y definida acerca de la necesidad de la tipificación actual del delito de feminicidio.

1.8. HIPÓTESIS

La relación entre la inclusión del delito de feminicidio en el Código Penal y la protección del principio de mínima intervención del Derecho penal y el derecho a la igualdad y prohibición de discriminación es de extralimitación en el caso de los principios y de vulneración en el caso de los derechos.

1.9. MÉTODOS

1.9.1. Dogmático

En el presente caso usaremos principalmente el método dogmático, a través del cual se busca la reconstrucción de forma coherente de las instituciones jurídicas, en nuestro caso de la institución del feminicidio; así como también del homicidio y el

parricidio, analizando para ello el texto normativo, respecto del cual se buscará determinar cómo es que el fenómeno de la sobrecriminalización ha servido al legislador para tipificar el feminicidio. Así pues, con este método se hace necesario recurrir, aparte de las normas legales, a la doctrina, al derecho comparado y ocasionalmente a la jurisprudencia. Finalmente, con este método podrá demostrarse con argumentos sólidos la tesis planteada en el presente trabajo.

1.9.2. Hermenéutico

A través de este método, en tanto complemento del dogmático, buscaremos encontrar el verdadero sentido de la normatividad relativa a instituciones como el homicidio, parricidio y el feminicidio vía la interpretación, sirviéndonos además de elementos como el contexto social en que se elaboró la norma. Este método nos será útil en la medida que nos permitirá aproximarnos a la explicación ontológica del feminicidio y las causas que motivaron su tipificación además de permitirnos interpretar los contenidos normativos legales a estudiarse.

1.9.3. Argumentativo

La argumentación es un método ineludible en las investigaciones jurídicas, puesto que proporciona los procedimientos objetivos necesarios para fundamentar una posición, en el presente caso, aquella que busca erradicar la sobrecriminalización que se presenta en la tipificación del delito de feminicidio.

1.10. TÉCNICA

1.10.1. Observación documental

En tanto la presente investigación es de tipo cualitativo, a través de la recolección de datos se ha conseguido obtener documentos partiendo de la propia base normativa del delito de feminicidio, la cual, junto al material doctrinario referente al tema, así como otras fuentes de consulta, permitirá la contrastación del enfoque legislativo que permitió su tipificación independiente.

La observación documental se ha realizado como parte de la revisión sistemática de fuentes primarias y secundarias relativas al aspecto axiológico, deontológico y ontológico del feminicidio y la sobrecriminalización.

1.11. INSTRUMENTO

1.11.1. Hoja guía

La hoja de ruta se ha utilizado para la aplicación de la técnica de observación documental.

1.12. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Por su carácter controversial, la temática de la investigación, cuenta con un catálogo de antecedentes que contribuyen al desarrollo del tema constituido por la figura del feminicidio; entre estos tenemos:

En el Derecho nacional, los siguientes:

La tesis que constituye un antecedente directo de investigación ha sido titulada “Análisis del Delito de Femicidio en el Código Penal peruano con relación al principio de mínima intervención y la prevención general como fin de la pena” presentada por Priscila Carnero Farías (2017) ante la Universidad de Piura.

La tesis para optar al título de licenciada en sociología presentada por Jimena Sánchez Barrenechea en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, titulada “Si me dejas, te mato” – El Femicidio Uxorícola en Lima.

En cuanto al tema técnico penal, existe otra tesis planteada ante la Unidad de Post Grado en Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos por Diana Erika Pérez Ruiz, quien ha presentado el trabajo titulado “Femicidio o femicidio en el Código Penal peruano”.

En el Derecho internacional, los siguientes:

La tesis titulada “El nuevo delito de femicidio en Chile” presentada por Consuelo Lorena Escobar Rivera y Valeska Andrea Jarpa Silva, dicha tesis tiene por resumen el siguiente: “...El delito de femicidio se incorpora en la legislación chilena el año 2010, pasando a ser parte de la gama de los delitos que sanciona el Código Penal.

Otro trabajo de tesis presentado ante la Universidad Central de Ecuador es el titulado “Causas y consecuencias de la tipificación del delito de femicidio en la legislación penal ecuatoriana” presentado por Mariela Carolina Chávez Carrión.

Un tratado importante acerca del tema es el presentado por Patsilí Toledo Vásquez titulado “Feminicidio” en el Estado de México y que fue publicado por la Oficina del Alto Comisionado para los derechos Humanos de las Naciones Unidas.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. EL DERECHO PENAL COMO MEDIO DE CONTROL SOCIAL

A comienzos de la era humana la realización de una determinada conducta no estaba sujeta a limitaciones ni a criterio alguno que defina su racionalidad y ponderabilidad. “La caracterización de esta época era marcada por la Ley del Talión “diente por diente y ojo por ojo”, consolidándose la venganza privada y a su vez representando en el derecho penal una primera limitación al exceso de la venganza privada” (Peña Cabrera Freyre, 2004, p.25). Esto demuestra que la violencia punitiva estaba en manos de los ciudadanos, es decir, era una justicia privada, que confería al agraviado, la posibilidad de realizar la justicia de propia mano y que inclusive permitía la persecución de los familiares del agente infractor, como una suerte de extensión de responsabilidad penal por efectos de una relación de consanguinidad a través de una justicia compensatoria.

Surge entonces una idea de proporcionalidad, la misma que no responde a un criterio rígido, sobre todo, cuando se trata de decisiones de carácter penal o político criminal que signifiquen afectaciones de los derechos fundamentales; en cuyo caso, solo se permitirán actuaciones normativas que no signifiquen injerencias y que resulten idóneas para lograr un fin constitucionalmente valioso; una actuación distinta no pasará el tamiz de constitucionalidad y será excluida del sistema jurídico o declarada inválida. (Gálvez Villegas, 2017, p.99)

Así, la Ley establece la proporción entre el daño sufrido y la pena a aplicar y donde la pena debe ser igual (o por lo menos así se lo entendía) al daño sufrido por la víctima. “Este desarrollo evolutivo de la racionalidad

humana significó la instauración de mecanismos formales de reacción ante la conducta desviada, como expresión más resaltante de la civilización, que se despoja de la idea pura de retribución para acoger instrumentos de pacificación social” (Peña Cabrera Freyre, 2004, p.28).

Surge posteriormente en este devenir histórico la idea de composición, la cual consiste en reemplazar la pena por el pago de una cantidad de dinero que en principio fue voluntaria para luego pasara a ser legal, es decir obligatoria, no pudiendo la víctima recurrir a la venganza.

Aparece luego la idea del contrato social a través de un Estado Liberal inspirado en principios de igualdad, libertad y solidaridad, el mismo que si quería imponer un determinado orden, debía hacerlo en consonancia con ciertas garantías para los ciudadanos; conforme a esta idea el delincuente es aquel que se coloca en contra del contrato social, es un traidor en cuanto rompe el compromiso de organización, producto de la libertad originaria o natural; con cual deja de ser miembro de la organización y debe ser tratado como un rebelde. Es así que la potestad de penar sólo podría ser detentada por un ente jurídico políticamente organizado, que vendría a asumir el modelo de un Estado, como organización política y jurídica de una sociedad, produciéndose así una delegación de perseguir, de juzgar y sancionar los comportamientos socialmente negativos, como fruto de la evolución de la civilidad en la utilización racional de los mecanismos de punición, acorde a los principios legitimadores que emanan de una sociedad democrática de derecho. Por lo tanto, el Estado

aparece como una institución monopólica de la represión penal, despojando a los particulares de la capacidad de reaccionar violenta u organizadamente frente al delito. Nace así la idea del Derecho penal, como una suerte de cesión de facultades a favor del Estado a fin de institucionalizar y legalizar la represión de conductas criminales teniendo como conducto el Derecho penal producto de esa fuente legitimadora, la misma que como veremos más adelante, configura también el límite para esa actuación. “(...) podemos afirmar que hay un sistema penal en sentido estricto y también un sistema paralelo, compuesto por agencias de menor jerarquía y destinado formalmente a operar con una punición menor, pero que, por su desjerarquización, goza de un mayor ámbito de arbitrariedad y discrecionalidad institucionalmente consagradas” (Reátegui Sánchez, 2016, p.30).

El control social punitivo está institucionalizado como punitivo (sistema penal) o institucionalizado como no punitivo (como asistencia, terapéutico, tutelar, laboral, administrativo, civil). En cualquier caso, su carácter punitivo no depende de la ley, sino de la imposición material de una cuota de dolor o privación que no responde realmente a fines distintos del control de conducta (así, no todo el plano asistencial es control social punitivo, sino únicamente el que no corresponde a fines asistenciales, o el civil, no responde a objetivos reparadores, etc.). (p.29).

El derecho penal entonces como parte del derecho en general, es utilizado para controlar, orientar y planear la vida en común, determinando y definiendo ciertos comportamientos que no deben ser realizados.

Es así que, buscando que los miembros de la comunidad omitan o ejecuten, según el caso, tales actos, se recurre a la amenaza de una sanción. Decimos amenaza por cuanto el Estado no está a la expectativa de que se infrinja la ley sino más bien, con ello busca

orientar el comportamiento de los ciudadanos motivándolos a que no cometan ciertos comportamientos prohibidos, es ya más bien, ante el fracaso de esa intimidación que al Estado no le queda otra opción que intervenir y hacer efectiva la sanción penal. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta efectividad con el ánimo de restablecer el orden social lleva consigo la afectación de derechos fundamentales de la persona, es por ello que se hace necesaria la existencia de límites para este poder punitivo, límites que debe estar orientados a la búsqueda de la justificación de la pena y a la determinación de un criterio suficientemente claro que permita discernir las acciones que deben ser prohibidas, para la fijación de las condiciones cuya preexistencia permita la imposición de la sanción y la especificación de los casos en que la actividad punitiva es oportuna, necesaria y positiva. (Hurtado Pozo, 1987, pp.16-17).

Para ello entonces se debería de adaptar la actuación punitiva del Estado a la Constitución, es decir, teniendo en ella su marco de actuación, sin que quepa la posibilidad de desbordar en límites su actuación que hagan más que en inefectiva, en inconstitucional su actuación aunado a ello teniendo también en cuenta nuestra realidad social y los avances que presenta hoy por hoy la política criminal, la dogmática penal, la criminología, entre otros.

Para Franz von Liszt (Como se citó en Reátegui Sánchez, 2002, p.30) el Derecho Penal es el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho, a la pena como legítima consecuencia. Por su parte para Ricardo Núñez es la rama del Derecho que regula la potestad pública de castigar, estableciendo lo que es punible y sus consecuencias, y aplicar una sanción o una medida de seguridad a los autores de infracciones punibles. En palabras de Maier, el Derecho penal implica la facultad más importante del legislador, o del ordenamiento jurídico, para ejercer el poder, pues la pena estatal y

su realización a través del Derecho procesal penal representa el medio más riguroso y drástico. Para Jiménez de Asúa el Derecho Penal es un conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.

Esto nos lleva a pensar que no cabría reprimir y castigar los delitos si previamente no se hubiesen determinado las acciones que han de considerarse delictivas, lo cual despoja de aquel posible carácter tiránico representado en el derecho penal, de tal manera que la pena esté reservada para las conductas que encierran una alta reprobación jurídica y social, quedándole entonces, como objeto al Derecho penal le queda determinar qué conductas están prohibidas conminándolas con la imposición de una sanción y precisando la gravedad y modalidad de la pena o medida de seguridad que corresponde imponer.

En síntesis, el Derecho penal tiene como función principal la protección de bienes jurídicos mediante la prevención de delitos. Es decir, la norma jurídico-penal tiene como fin principal la protección de bienes jurídicos importantes, esto es, las condiciones indispensables para la convivencia social frente a los ataques más graves, es entonces que con su función preventiva el Derecho penal intenta cumplir eficazmente su función de protección de bienes jurídicos.

Así, el “principal” y más usual medio de que dispone el Estado como reacción frente al delito es la pena, no es ésta una situación nueva ni reciente pues a través del tiempo, en sus distintas manifestaciones, la pena ha venido siendo una forma de retribución o reproche, como lo consideran los partidarios de la tesis retributiva del derecho penal.

Zaffaroni (Como se citó en Bramont – Arias Torres, 2002, p.41) señala que la misión del derecho es proteger la convivencia humana en comunidad, nadie puede a la larga, subsistir abandonado a sus propias fuerzas; toda persona depende, por la naturaleza de los condicionamientos existenciales, del intercambio y de la ayuda recíproca que le posibilita su mundo circundante.

Lamentablemente, agrega, no todas las relaciones que se dan en su interior son pacíficas, por lo que se necesita cierto tipo de regulación – control; es entonces donde entra a tallar el derecho penal como el medio de control más drástico, al cual se debe recurrir en última instancia - *ultima ratio*, cuando los demás medios de solucionar el problema han fracasado. En ese sentido, la utilización de derecho penal no es el único medio, ni siquiera el más eficaz para el mantenimiento del orden social – ni de las expectativas de sus miembros, pero, constituye una amarga necesidad irrenunciable; dado que aún no hemos encontrado un camino mejor para el desarrollo de la convivencia humana.

Como lo adelantamos en el párrafo anterior, desde la antigüedad se discute acerca del fin de la pena. “Fundamentalmente las concepciones que ofrecen sus teorías partiendo de puntos de vista retributivos o preventivos, puros o mixtos que se encargan de fundamentar de diverso modo y de explicar los presupuestos que condicionan el ejercicio del "*ius puniendi*" y la finalidad perseguida por el Estado con la incriminación penal". (Puch, 2018)

2.1.1. Expansión del derecho penal

Una particularidad de las sociedades llamadas postindustriales es el empleo especialmente intenso del instrumento punitivo, lo que va conducido a una suerte de cuestionamiento de aquellos principios de corte garantístico como el de legalidad, culpabilidad y la proporcionalidad. En este orden de ideas, se afirma que ya no es posible siquiera hablar de *ultima ratio* sino que, el derecho penal es *prima ratio*, esto es, se emplea el recurso punitivo para prevenir ciertos comportamientos sin examinar siquiera cuan eficiente y necesario pueda ser éste. Se afirma pues, que estamos insertos en un período de expansión del Derecho, expansión marcadamente simbólica y promocional.

Todo ello, a la vez, nos lleva a considerar la interdicción de la arbitrariedad como otro límite sustentado en la dignidad humana (valor supremo en el Estado Constitucional), así como los criterios de racionalidad y razonabilidad como elementos limitantes de la actuación del legislador; de tal modo que si el legislador no tiene en cuenta estos criterios en sus decisiones, en algún momento las mismas serán sometidas a control de

racionalidad y razonabilidad por parte de los órganos jurisdiccionales, especialmente por los encargados de la justicia constitucional; con lo cual estamos en el ámbito del control de la constitucionalidad de las leyes a cargo del Tribunal Constitucional. (Gálvez Villegas y Rojas León, 2017, p.98)

En esta realidad, la pregunta que surge es ¿por qué ha ocurrido aquello? Si bien existen diversas razones que permitirían fundamentar tal huida, no todas ellas vinculadas directamente, sí puede afirmarse que responden a un fenómeno común: el énfasis en el valor "seguridad".

Las sociedades actuales son particularmente complejas, por ello se llega a hablar de sociedad de riesgos. Precisamente, la posible ocurrencia de tales riesgos ha determinado la generación de tipos penales que suponen adelantar la barrera punitiva a casos donde no puede apreciarse una víctima o esta se torna difusa -delitos de peligro-.

En el supuesto de los delitos de peligro se produce un adelantamiento significativo al umbral de ofensividad, "delitos de consumación anticipada", cuya concreción típica viene definida por la creación de un riesgo no permitido con aptitud de lesión, es decir, no basta que se genere un riesgo jurídicamente desaprobado, sino que desde una valoración *ex ante* se verifique que dicha conducta estaba en la posibilidad (aptitud) de lesionar al bien jurídico tutelado. Así pues, el legislador, en determinados ámbitos de la criminalidad, no va a esperar que se produzca un resultado para determinar la imposición de la sanción punitiva, sino que a partir de los postulados de un derecho penal esencialmente preventivo, se anticipen las barreras de intervención en aquellos focos de peligro. (Peña Cabrera Freyre, 2013, p.383).

Es cierto que el Derecho penal debe hacer frente a tales peligros, pero también se corre el riesgo de que dicha barrera protectora se adelante de tal manera que termine castigando conductas que perfectamente pueden ser comprendidas en otra esfera sancionadora. Es preciso pues, tener cuidado ante la creciente tendencia de incriminar los llamados delitos de víctima difusa, ya que ponen de manifiesto más bien objetivos de organización política, económica y social, y sólo de forma lejana se afecta al individuo.

Es pues, tarea del teórico destacar cuándo se está frente a tendencias político criminales irracionales, para evitar que estas se constituyan en una constante. Es decir, el camino incorrecto sería desconocer, sin más, estas tendencias. Por el contrario, su deber es enfrentarlas para así indicar criterios de racionalización. Lo que no puede hacer la ciencia penal es alejarse de la praxis, sosteniendo, simplemente, que se trata de manifestaciones legislativas irreflexivas, que no merecen la atención.

En los últimos años el Derecho penal está experimentando un fenómeno de crecimiento y endurecimiento que esta vez no es consecuencia de los desmanes de regímenes totalitarios, sino que, por el contrario, surge en muchas ocasiones de la voluntad política de dar respuesta a las reivindicaciones de la ciudadanía. En semejante contexto, la labor de la política criminal como ciencia deviene más compleja, pues se trata de valorar un fenómeno de ampliación de los tipos delictivos y de endurecimiento de las penas que, a diferencia de lo que sucedía en el pasado, recibe su impulso de la opinión pública y es ejecutado por un poder político que cuenta con plena legitimidad democrática". (Ragués, 2003, p.240)

Para Silva Sánchez (Como se citó en Gilberto Rodríguez, 2018) el Derecho penal es un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes. A partir de este criterio, justifica que la expansión del derecho penal obedezca, de algún modo, "a la aparición de nuevos bienes jurídicos -de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes y al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridad, que podría legitimar su protección a través del Derecho penal y el mismo, ve como probables causas de existencia de estos nuevos intereses para el derecho penal, las siguientes:

- a) La conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían o al menos no con la misma incidencia.
- b) El deterioro de realidades tradicionalmente abundantes y que en nuestros días comienzan a manifestarse como bienes escasos, atribuyéndoseles ahora un valor que anteriormente no se les daba.
- c) El incremento esencial de valor que experimentan, como consecuencia del cambio social y cultural, ciertas realidades que siempre estuvieron ahí, sin que se reparara en las mismas.

En la actualidad el derecho penal sustantivo está creciendo en tres sentidos: primero, se está ampliando en general el ámbito de lo penalmente prohibido, introduciéndose nuevos tipos penales o ampliándose los ya existentes; segundo, se están endureciendo las penas clásicas o se plantea la introducción de nuevas sanciones; y, tercero, están empezando a aparecer nuevas instancias de creación y aplicación del Derecho penal distintas de los Estados. Asimismo, en el ámbito del proceso penal se

advierte una tendencia general a la reducción de garantías en aras de una mayor eficacia global en la persecución del delito. (Ragués, 2003, p.240).

Aquella tendencia expansiva del Derecho Penal se refleja en una verdadera "inflación penal" con la introducción de un mayor número de tipos penales y la agravación de los ya existentes, la creación de nuevos "bienes jurídico-penales", la ampliación de los espacios de riesgos penalmente relevantes, la flexibilización de las reglas de imputación, la responsabilidad de las personas colectivas y la relativización de los principios político-criminales de garantía" (Lascano, 2017, p. 163).

Diversos resultan ser los debates al respecto de la tan nombrada expansión del derecho penal, por un lado, la excesiva propensión expansiva del moderno derecho penal el cual busca la protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales y se aleja de la protección exclusiva de bienes jurídicos individuales o personales.

Por otro lado, se considera que este expansionismo penal limita el ámbito de libertad del individuo, rompiendo como anteriormente advertimos, el principio de intervención mínima del derecho penal. Además de que esta tendencia evidentemente está substituyendo al principio de bien jurídico por el de proporcionalidad, buscando con ello una evidente auto legitimación.

De lo antes expresado, se puede colegir que el Derecho penal en la actualidad no se limita a la protección de bienes jurídicos, sino que se encarga de velar por la correcta gestión de los riesgos generales y esto es lo que se denomina administrativización del

Derecho penal. Los tipos penales castigarán comportamientos de peligro para modelos sectoriales de gestión para el buen orden del sector de actividad determinada o bien la inobservancia de normas organizadas.

2.2. PRINCIPIOS RELATIVOS A LOS FINES DEL DERECHO PENAL

2.2.1. Mínima Intervención del Derecho Penal

Conocido también como el principio de Derecho penal mínimo o contracción del Derecho penal, el cual prohíbe utilizar instrumentos violentos allí donde el conflicto no presenta ningún elemento de violencia, es decir, no introducir violencia en la sociedad cuando no la hay.

En otras palabras, el derecho penal no interviene de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en sociedad, sino solo en orden a evitar los atentados más graves que se dirijan contra importantes bienes jurídicos. Se toma acá al uso de la violencia como el medio menos idóneo para lograr las finalidades de evitar la violencia y el abuso de poder, ya que no serviría de nada usar la violencia cuando el conflicto en sí mismo no lo tiene.

“El derecho penal mínimo, niega por tanto la legitimidad de los sistemas penales tal como operan en la actualidad, pero propone una alternativa mínima que considera necesaria como mal menor”

(Zaffaroni, 1993, p.68). En ese sentido, el derecho penal solo debe intervenir en aquellos actos que atenten gravemente contra bienes jurídicos protegidos, por lo tanto, su intervención debe ser útil de lo contrario pierde su justificación. Todo lo que va más allá de tal medida lo encauza por la vía autoritaria, que termina inevitablemente en la supresión de las bases democráticas del Estado, es decir, el Estado sólo puede sancionar una conducta cuando ello sea necesario para mantener el equilibrio y el orden social.

Es así que el principio de mínima intervención supone un límite fundamental a las leyes penales, estableciendo que éstas solo se justifican en la medida que sean esenciales e indispensables para lograr la vida en sociedad. Se quiere así evitar que los grupos de poder utilicen las leyes penales para su propio beneficio; la ley que solo sanciona conductas sin responder a los requerimientos de la colectividad no debe ser calificada como penal.

El principio de intervención mínima, que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal: a) El ser un derecho fragmentario, en cuanto no se protegen todos los bienes jurídicos, sino tan solo aquellos que son más importantes para la convicción social, limitándose además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes. b) El ser un derecho subsidiario que, como ultima ratio, ha de operar únicamente cuando el orden jurídico no pueda ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal. (...) el carácter doblemente fragmentario del derecho penal, a que hemos hecho referencia, como principio inspirador del concepto material del delito, no sólo exige la protección de los bienes jurídicos más importantes, sino

también que dicha protección se dispense sólo frente a los ataques más importantes y reprochables y exclusivamente en la medida que ello sea necesario. (Villegas Fernández, 2009, p.4).

Como podemos ver, el principio de intervención mínima incluye el principio de fragmentariedad, por el cual el Derecho penal no protege todos los bienes jurídicos de la sociedad sino, solo los más importantes, ya que de lo contrario se correría el riesgo de paralizar toda la actividad social y económica del país; vale decir que, el principio de fragmentariedad opera cuando el ilícito cometido reviste suma gravedad, ya sea por la importancia del bien jurídico o por la afectación social que causa la conducta, siendo que, los ilícitos menos graves son objeto de otros controles jurídico formales (Castillo Alva, 2002, p. 224).

En igual sentido, el principio de subsidiariedad implica tener al Derecho penal como el último medio de control formal al cual debe recurrir la sociedad, evitando así que la pena aparezca en el imaginario general como el remedio más natural para las enfermedades sociales, en donde ha ganado más terreno la privación de la libertad, incluso exagerada y anticipada, como mecanismo de combate o lucha contra la delincuencia, extendiendo su amenaza a nuevos ámbitos y formas delictivas con la intención de aportar algo de seguridad común, desplazando así a la seguridad individual; es decir, el derecho penal debe convertirse en la última arma de la política social (Castillo Alva, 2002, p. 210).

Así, el principio de legalidad es una de las manifestaciones de la fragmentariedad, en consecuencia, es a través de los “tipos” donde el derecho penal originariamente debe seleccionar los bienes jurídicos y a su vez determinar los comportamientos relevantes; la protección penal debe atender una necesidad político-criminal, acorde con su naturaleza y función, de tal forma que la protección del ambiente no gira en torno a una tutela “global” o “totalizadora”, que conllevaría a un Estado policial y provocaría la angustia e inseguridad en los ciudadanos, ya que se estaría criminalizando todo comportamiento típico (acciones u omisiones) que sea perjudicial para el ambiente natural, y obviamente de *lege ferenda* se exigiría que el Título XIII del Código penal peruano no solo tuviera un listado de 11 artículos (selectivo y parcial) que castiga las conductas antiecológicas, sino quizá 15 o 20 o más artículos para dar protección a casi todo lo que tenga que ver con el ambiente, haciéndolo “caer” en demasiadas casuísticas –por cierto lamentables- relacionadas con descripciones típicas detallistas, con la consiguiente tendencia a una sobrecriminalización primaria, que es precisamente lo que se quiere evitar. (Reátegui Sánchez, 2016, p.362).

Para efectos de la presente investigación, cobra mayor relevancia una de las dimensiones de la mínima intervención, el de subsidiariedad o *ultima ratio*, este se ampara la intervención del derecho penal solo cuando otros medios de control social han fracasado. “No podemos hablar de última ratio sino en referencia a otros instrumentos que deben ser utilizados antes que la intervención violenta, la primacía de otros instrumentos implica, en primer lugar, que ellos existan o sean creados” (Binder, 2014, p. 231).

La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 señala en su artículo 8: “La ley no debe establecer otras penas que las estrictamente y evidentemente necesarias, y tan solo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y

promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente”. “Es común afirmar, cuando se examinan los límites al poder punitivo del Estado, que uno de los principios más importantes es el de *ultima ratio*, entendido como una de las expresiones del principio de necesidad de la intervención del derecho penal” (Vives Antón, 1999, p.81).

Todo esto nos muestra la cualidad interna de fragmentariedad en el derecho penal, como lo mencionamos anteriormente, en el sentido de que no tiende a la protección de todo bien jurídico, ni a la defensa de los bienes escogidos frente a cualquier tipo de ataque, lo que no implica que exista un control anterior, sino que la reacción penal resulta adecuada donde el orden jurídico no puede ser protegido por medio menos gravoso que la pena; y menos aún pretende reprimir toda acción moralmente reprochable.

De esta manera se da a la sociedad una cierta seguridad, ya que, si bien el estado es el soberano de la Ley, este no puede abusar de su derecho a castigar, el cual de ningún modo puede ser absoluto, como tampoco lo son los derechos fundamentales.

El uso limitado de la represión penal por parte del Estado, es exigido, igualmente, por la grave afectación de los derechos fundamentales del individuo que comporta la sanción. Sólo debe recurrirse a este medio cuando sea absolutamente necesario; cuando la protección de los bienes jurídicos y la consolidación de ciertos esquemas de conducta no sean alcanzables mediante otras previsiones (Hurtado Pozo, 1987, p.23).

El principio de *ultima ratio* a su vez tiene indudable basamento de carácter político pues, en definitiva, la decisión de intervenir constituye una determinación del legislador. De tal manera, que aquéllos sirven de orientación para las medidas que dentro del sistema jurídico penal se adopten. Esto ayuda a comprender que la pena no es el único no más importante medio de control social, sino que constituye la extrema y última medida a tomar (Castillo Alva, 2002, p. 214).

Apreciado en los términos expuestos, el principio tendría un grado de laxitud, que podría afectar su carácter limitador del *ius puniendi*, sin embargo, su concreción puede hallarse -aunque no exclusivamente-, como se indicó supra, en los presupuestos axiológicos que conforman un Estado social y democrático de Derecho y que se desprenden de la Constitución.

Esencialmente, apunta a que el Derecho Penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas "formales e informales". Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso.

En este mismo orden, son preferibles aquellas sanciones penales menos graves si se alcanza el mismo fin intimidatorio. “Estamos frente a un principio que se construye sobre bases eminentemente utilitaristas: mayor bienestar con un menor costo social. El Derecho penal deberá intervenir sólo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general” (Silva Sánchez, 1992, p.246).

Por cierto, las dificultades no se presentan a la hora de comprender teóricamente el alcance de este principio, por el contrario, en la doctrina es pacífico fijar su alcance en los términos expuestos. Empero, los problemas si se manifiestan cuando el objetivo perseguido es darle un contenido material, que nos permita valorarlo como un criterio orientador que legitime al derecho penal. “Para comprender el alcance, en su actual dimensión, del principio de estricta necesidad, debemos situarlo dentro del contexto de un Estado democrático de Derecho.

Y es que conociendo la actual estructura de nuestro modelo de Estado nos permitirá precisar cuáles son los presupuestos para la fundamentación del Derecho penal” (Luzón Peña y Mir Puig, 1982, p.25). A este respecto, debe tenerse en consideración que si lo que se pretende es legitimar al Derecho penal a través de principios como el que se examina, la cuestión a resolver es por qué el Estado debe limitar su intervención punitiva. Dicho en otros

términos, ¿por qué la legitimidad del Derecho penal debe pasar por renunciar, en algunos casos, a la pena o disminuir ésta?

Finalmente, dentro de la selección de los medios estatales de poder, el derecho penal debería ser una verdadera *ultima ratio*, es decir, encontrarse en último lugar y adquirir actualidad sólo cuando ello fuere indispensable para la conservación de la paz social. De ello se sigue que la naturaleza secundaria del derecho penal es una exigencia político-jurídica dirigida al legislador.

La norma penal constituye en cierto modo la *ultima ratio* en el instrumental del legislador. Tan es así que según el principio de proporcionalidad, que rige todo el derecho público, incluido el derecho constitucional, aquél debe hacer un uso prudente y mesurado de este medio.

Si bien suele entenderse que por aplicación del principio de *ultima ratio* el Derecho penal solo podría legitimarse respecto de las infracciones más graves y como el recurso ideal, precisamente, una de las principales críticas que algunos formulan al llamado Derecho penal moderno es su carácter de *prima ratio*. Es decir, en el Derecho penal propio de las "modernas sociedades de riesgo" se observa una tendencia expansiva —huida al Derecho penal—, recurriéndose de forma excesiva a los bienes jurídicos supra individuales y a la técnica de los delitos de peligro abstracto. El

Derecho penal interfiere en ámbitos donde no se aprecia una víctima o ésta surge de manera lejana, adquiriendo así un carácter meramente simbólico.

El alcance del principio de *ultima ratio* se extiende también a la situación en donde exista diversidad de sanciones a imponerse, en el sentido de que se debe preferir una sanción administrativa (u otra distinta a la penal) antes que una sanción penal, sin perjuicio de que ante la factibilidad en la aplicación de ambas estas operen de manera independiente, sin que ello implique una vulneración al derecho de *ne bis in idem*.

Así también, existiendo ya una regulación normativa penal para un determinado comportamiento típico, no se debe sin más sustento que el clamor popular, neocriminalizar conducta similares perfectamente reguladas por el dispositivo penal ya existente.

2.2.3. No Naturalización

En similar directriz que los anteriores principios, este principio significa que no existe un conflicto que por su naturaleza requiera siempre la aplicación de medios violentos. Pensar lo contrario significaría tratar a todo tipo de conflicto por su naturaleza y convertirlo en delito y por lo tanto merecedor de pena. Vale decir entonces que la naturaleza del conflicto no puede condicionar necesariamente la conversión de una conducta tutelada penalmente.

Así pues, el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal precisa que la función del derecho penal, la pena tiene sentido únicamente en tanto exista lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley (SPIJ). “En tal sentido, para declarar una conducta como delito no debería basta que suponga una infracción de una norma ética o divina, es necesario ante todo la prueba de que lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, de que lesiona bienes jurídicos” (Reátegui Sánchez, 2016, p. 300).

Y es que el sistema punitivo que expresa la política criminal es precisamente político y no responde a necesidades naturales, pues en su defecto tendríamos una política criminal que opere al estilo de las ciencias naturales, despreocupándonos por una toma de decisiones política tomadas de acuerdo con las reglas democráticas, reglas técnicas de eficiencia y consideraciones de eficacia, despojándose de razones absolutas fundadas en la naturaleza del conflicto.

2.2.4. Economía de la violencia

Con este principio se pretende dejar abierta la puerta a una intervención no violenta, según las condiciones del caso concreto y según las circunstancias del momento. Es en suma una manera de economizar violencia hasta donde sea posible, reservándola para cuando sea estrictamente necesaria atendiendo a las particularidades de cada caso, en cuanto este lo permita.

Debe de pensarse que la economía de violencia no afecta a la sociedad, salvo cuando ello encubra una forma de abuso de poder; pues existiendo mecanismos eficientes que actuados políticamente nos lleven a una disminución de violencia sin violencia, lo cual generará un ambiente más beneficioso para todos, tanto para el Estado, la víctima y el victimario, en suma, la sociedad en su conjunto.

Podemos añadir que esta economía de violencia va a depender de la utilidad en el empleo del derecho penal, aplicándolo sólo cuando el resultado esperado será útil en la disminución de la violencia social.

2.3. RESPETO DE LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL RELATIVO AL DERECHO PENAL

La esencia de la igualdad no se revela por su significado literal, sino por la expresión que la contiene. Cuando nos preguntamos que es la igualdad advertimos que se trata de una noción indeterminada, una palabra a la que debe dotarse de contenido en cada contexto, y que por sí sola es una expresión vacía. “Por eso, decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa (...) si no se especifica de que se trata y respecto a que cosa son iguales, es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) ¿igualdad entre quienes?, y b) ¿igualdad en qué?” (Bobbio, 1993, p.53).

Se nos revela entonces, que la igualdad es un concepto relacional, que solo se entiende a partir de la identificación de los datos precitados. El mandato de igualdad no prohíbe en modo alguno la pluralidad, la diferenciación; este mandato sólo prohíbe el trato desigual arbitrario.

En el concepto jurídico el concepto de igualdad adquiere un nivel de complejidad. En el a de convivir con otras normas y principios, y donde las colisiones siempre serán frecuentes. Así cada hombre es igual a los demás en la medida en la que es libre respecto de ellos, es decir, en la medida en que no esté obligado a obedecer a ningún otro.

“Es para el derecho un permanente desafío, aún más en este mundo legado de diferencias que se revelan y reclaman a cada instante” (Gutiérrez Camacho y Sosa Sacio, 2013, p.99). Y es que si algo caracteriza a la sociedad moderna es el pluralismo, el derecho a que se reconozca nuestra individualidad y particularidades de cada ser humano. “Solo tal reconocimiento y respeto garantiza el pleno desarrollo de la personalidad del sujeto, porque es en ese contexto de diferenciación, aun cuando parezca contradictorio, que surge el derecho a la igualdad” (ídem). Desde esa perspectiva, el derecho fundamental a la igualdad no puede ser considerado como un derecho autónomo, pues siempre se encontrará vinculado al ejercicio de otros derechos, que se disfrutarán o no de manera igual, en comparación con otras personas que también los ejerce.

En ese sentido, “el Tribunal Constitucional ha señalado que la naturaleza jurídica de la igualdad reposa en una condición o presupuesto indispensable para el ejercicio de los distintos y plurales derechos individuales. Por ende, no es un derecho autónomo, sino relacional” (Gutiérrez Camacho y Sosa Sacio, 2013, p.100), en otras palabras, el derecho a la igualdad “funciona en la medida en que se encuentra conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. “Más precisamente, opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan” (ídem).

Ahora bien, a efectos de precisar los alcances del principio de igualdad, el Tribunal Constitucional ha expresado que ha de considerarse: a) Como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos; b) Como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder; c) Como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y, d) Como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad de oportunidades entre los hombres. (Gutiérrez Camacho y Sosa Sacio, 2013, p.102).

Por otro lado, la igualdad como derecho garantiza la no arbitrariedad de las normas y que el contenido de estas se aplique a todos sin distinción alguna. “Así, es inaceptable cualquier trato diferenciado; solo se tolerarán aquellos que exclusivamente tengan base objetiva, es decir, comprobables en la realidad y que, al propio tiempo, sean razonables, esto es, constitucionalmente admisibles” (Reátegui Sánchez y Reátegui Lozano, 2017, p.49).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. (CIDH, 2017, p.32)

2.3.1. La igualdad como derecho

La igualdad como derecho implica tanto la interdicción de la discriminación, como la igual atribución y disfrute de los derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento ante situaciones similares. Así, en general, los ciudadanos como sujetos de derecho en la misma proporción.

Vistas estas características, podemos concebir a la igualdad como un derecho fundamental destinado a obtener un trato paritario ante hechos, situaciones y relaciones equiparables; en otras palabras, estamos ante un derecho subjetivo a no sufrir discriminación, a no ser tratado de manera dispar respecto de quienes se encuentran en una situación equivalente. “A *contrario sensu*, cabe un tratamiento diferenciado frente a situaciones disímiles, para lo cual se debe acreditar que la referida distinción es objetiva y constitucionalmente razonable. (Gutiérrez Camacho y Sosa Sacio, 2013, p.103)

El Tribunal Constitucional ha enfatizado que la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras, a condición de que se verifique: (i) la existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación; (ii) la acreditación de una finalidad específica; y (iii) la existencia de razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales. Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribía todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la

igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables. (STC 00009-2007-PI/TC, fundamento 20)

2.3.2. Igualdad ante la ley

La igualdad ante la ley tiene un origen claramente liberal, y en un inicio solo se refería a la igualdad “en el contenido”, esto es, a las características de la ley como general, abstracta y atemporal, así como a la atribución de una igual capacidad jurídica a toda la ciudadanía sin distinción. Con esta concepción de la igualdad se pretendía combatir los privilegios y arbitrariedades de la monarquía, el clero la nobleza, a través de las leyes del parlamento que debía encarar la voluntad general. Así considerada, la igualdad en el contenido de la ley impone también un límite constitucional a la actuación del legislador, al no poder apartarse de este marco impuesto por el ordenamiento, para crear normas que sin más contravengan la igualdad de trato. (Gutiérrez Camacho y Sosa Sacio, 2013, p.103-104). (...) No obstante, no podemos dar una apariencia de igualdad donde no la hay, con lo cual se pone de manifiesto la injusticia de tratar igual a quienes soportan diferencias relevantes; se advierte entonces que gran parte de la igualdad en los distintos derechos, está vinculada a situaciones fácticas y sociales de los individuos. (Ídem)

Con ello, se hace admisible legislar en beneficio de algunos mediante leyes especiales, en la medida que no se afecte la igualdad constitucional, sino que se busque alcanzarla superando las ficciones formales. “Así, es inaceptable cualquier trato diferenciado sin ningún sustento, sólo se tolerarán entonces aquellos que exclusivamente tengan base objetiva, es decir, comprobados en la realidad, y que al propio tiempo sean razonables, esto es constitucionalmente admisible. De esta forma,

quedan proscritos los tratamientos arbitrarios basados en la subjetividad, capricho o en virtud de criterios artificiosos” (p.104).

2.3.3. Igualdad en la aplicación de la ley

Al respecto, se debe tener en cuenta que tanto la doctrina como la jurisprudencia aceptan la diferencia entre igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

De esta manera, las personas que se encuentren en condiciones y supuestos equivalentes pueden tener la garantía de que los órganos públicos aplicarán la ley de manera idéntica para todos ellos, Es decir se aplicará la ley de manera uniforme para todos, salvo situaciones singulares, objetivas y razonables. Se prohíbe con ello la diferenciación injustificada e irracional en la interpretación y aplicación de las normas al momento de impartir justicia, administrar o decidir sobre situaciones jurídicas.

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional ha explicado que el contenido del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley “se dirige a garantizar que, en la aplicación de las leyes a casos sustancialmente análogos, los justiciables reciban un pronunciamiento jurisdiccional que no anide tratamientos diferenciados que carezcan de base objetiva y razonable”; así, los órganos administrativos o judiciales “al momento de aplicar la ley, no deben atribuir una consecuencia jurídica a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales”, sino que “la ley debe ser aplicada de modo igual a todos aquellos que estén en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se encuentren presentes en la Ley”. (Gutiérrez Camacho y Sosa Sacio, 2013, p.106)

Con lo dicho anteriormente, se observa que la igualdad en la aplicación de la ley se diferencia de la igualdad en el contenido en que, mientras esta se refiere a la prohibición de distinguir irrazonablemente al momento de crearse la norma, aquella alude a la vida misma de la ley; esto es, la exigencia de una aplicación igualitaria en su interpretación y ejecución.

2.3.4. Derecho a la no discriminación

Ya se ha dicho anteriormente que el trato diferenciado de las personas no es necesariamente contrario a la constitución, siempre que el tratamiento disímil se base en las diferencias de las personas y en las distintas condiciones o circunstancias en las que se desenvuelven. En ese sentido, en nombre de un trato diferenciado, en apariencia apropiado, no puede transgredirse otros bienes constitucionales que también merecen ser realizados.

“Por tanto, el derecho a la no discriminación proscribire establecer distinciones manifiestamente contrarias a la dignidad de las personas, que impliquen inclusive la negación de la condición humana” (Bilbao Ubillós y Rey Martínez, 2003, p.111).

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos la discriminación significa: “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 propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”. (CIDH Caso Atala Ríffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 81).

En nuestra Constitución las causas típicas de discriminación, entre otras, son aquellas inherentes al ser humano, que son los casos de discriminación por razón de origen, raza, sexo, idioma, condición económica, etc., al respecto el Tribunal Constitucional ha considerado que resulta discriminatorio apelar directamente a estas causas. “Al respecto cuando existe una posible afectación al derecho a no ser discriminado basado en motivos expresamente proscritos en la Constitución son considerados de intensidad grave, lo que deberá tenerse en cuenta al momento de analizar casos concretos de afectación al derecho de igualdad” (Gutiérrez Camacho y Sosa Saco, 2013, p.109).

2.4. POLÍTICA CRIMINAL

2.4.1. Contenido

La política criminal es parte de la política jurídica del Estado, la que a su vez es parte de su política general. Si los delitos están descritos en la Ley, falta determinar cuáles son los parámetros para dictar éstas normas. Uno de ellos es que ella este acorde con la normativa constitucional, sea ella desde un punto de vista formal o material. Desde el punto de vista formal, jerárquicamente la Ley no debe vulnerar la normativa constitucional, el debido proceso legislativo, entre otros; y si nos atenemos a principios materiales iremos a determinar que la Ley se corresponda con el acuerdo político adoptado en la constitución y la función valorativa que se haga de la sociedad. Con este criterio se optará por una política criminal preventiva antes que sancionadora.

Queremos advertir que la política criminal no podemos encapsularlo solo dentro de los espacios del derecho penal, ello es una parte pero no se agota ahí. También forman parte de la política criminal los ilícitos civiles o las faltas administrativas, etc. El derecho penal no incluye todos los campos de lucha contra el delito. Deben de incluirse también medidas de prevención. De hecho, si la prevención es muy buena el Derecho Penal intervendrá en contadas ocasiones.

Centraremos nuestra atención sobre las implicancias de la política criminal en la facultad legislativa de la determinación y sanción de los delitos. La política criminal es, indudablemente un aspecto muy importante de la política general, pero por tener ella la más íntima conexión con el aparato represivo del estado es necesario ser muy cuidadosos en la búsqueda y elección de los medios e instrumentos punitivos que lo pone en funcionamiento.

La programación y realización de una correcta y coherente lucha contra la delincuencia, depende del apoyo y fomento de los estudios tendientes a describir el sistema de reacción social y a determinar los lineamientos y los medios más eficaces. Debe por ello ampararse en un modelo de política criminal con base constructora, aquella que tenga la corresponsabilidad de la sociedad en el delito, exenta de coyunturas meramente, capaces de llegar al maximalismo punitivo, rompiendo así el principio de mínima intervención.

Si bien un aspecto es el normativo, donde se recoge las valoraciones sociológicas, proyectando la penalización o despenalización de una conducta, mediando el proceder legislativo, dando contenido al listado punitivo; lo que es en esencia, implica la sanción del derecho positivo vigente, la formulación de tipos legales, comprendiendo los denominados ilícitos penales. Ello significa derecho penal; empero, otro nivel valorativo, significa la articulación de todos aquellos medios, instrumentos, herramientas, instituciones y otros, que emplea el Estado, para posibilitar que el Derecho penal alcance sus objetivos primordiales; con ello hablamos de Política Criminal, donde toma lugar el proceder legislativo. (Peña Cabrera Freyre, 2004, p.41)

Franz Von Liszt define a la política criminal como el conjunto sistemático de los principios fundados en la investigación científica de las causas del delito y de los efectos de la pena, según los cuales el Estado ha de llevar a cabo la lucha contra el delito por medio de la pena y de las instituciones con ella relacionadas. Mezger ve a la política criminal en un sentido amplio, considerándola como el conjunto de todas las medidas estatales para la prevención del delito y la lucha contra el delito.

Si pretendemos postular una dogmática jurídico-penal, racional y sobre todo legítima, debemos poner límites a la construcción normativa del legislador y fijar criterios de interpretación normativa, a tal efecto, los principios de política criminal, sustentados básicamente en la Ley Fundamental, constituyen los parámetros que deben guiar las pautas del Derecho penal según los dictados de un Estado Constitucional de Derecho. (Peña Cabrera Freyre, 2013, p.217)

2.4.2. Finalidad

La política entendida en su sentido más amplio como el arte gobernar a los pueblos, se trata de una herramienta que necesitan los hombres para llevar las riendas de una ciudad, o Nación. La actividad política se diferencia de las demás funciones sociales en el hecho de que sobre ella recae la responsabilidad de lo social. El poder político es el único que puede ejercer la comunidad entera, a diferencia del poder económico, del poder religioso o del poder sindical. La política es la relación entre gobernantes y gobernados y una búsqueda de lo que es bueno para los gobernados. (Reátegui Sánchez, 2016, p.90).

Así las cosas, cuando se habla de política criminal la ciudadanía parte de una premisa equivocada ya que tradicionalmente se ha entendido, casi sin dudarlo en el sistema punitivo.

Para entender la política criminal es necesario empezar por entender que no existe una sociedad sin política, porque no existe sociedad sin poder y sin intereses, ya sean comunes o contrapuestos. En sí, la política es una actividad que puede ser calificada de compleja y que se manifiesta de diversas maneras. Algunas veces utiliza la fuerza, que si proviene del Estado o poder institucionalizado se puede llamar coerción estatal y, precisamente cuando esa coerción estatal alcanza un cierto nivel de intensidad o bien se canaliza a través de ciertas formas culturalmente particularizadas (también llamadas penas) se está hablando de una coerción penal.

Debemos señalar que la política normalmente lo realizan los políticos, y los políticos normalmente pertenecen funcionalmente al aparato estatal.

Por ello, el concepto de política -en sentido público- está íntimamente ligado al concepto de política social, que es la promoción del Estado que está obligado en virtud de lo dispuesto por las normas constitucionales, que es promover la prosperidad general, asegurar la convivencia y vigencia de un orden justo, asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, y la protección y garantía del Derecho a la igualdad de las personas en derechos, libertades y oportunidades. Ahora bien, las políticas públicas siempre son trazadas por el poder, previa evaluación de

los problemas o dificultades en cuanto al establecimiento de los fines. (Ídem).

En ese orden de ideas, queda claro que básicamente los políticos o quienes hacen política definen el modelo de Estado de un país.

La política criminal entonces busca y pone en práctica los medios y formas más adecuados para hacer eficaz el logro de los fines del Derecho Penal (prevenir la comisión de delitos y proteger bienes jurídicos), indicando las metas a que éste debe aspirar y los límites que no puede traspasar en su aplicación y formulación; la política criminal es la estrategia penal, es decir, el programa criminal que impulsa y patentiza un Estado en las normas penales. (Peña Cabrera Freyre, 2013, p.218).

2.4.3. Funciones

No debe entonces olvidarse que la política no puede desconocer los principios que legitiman la intervención del Derecho penal en un orden democrático de derecho, principios legitimantes de los cuales no puede desconectarse.

Por lo tanto, podemos decir que la política criminal es el conjunto de decisiones relativas a los instrumentos, reglas, estrategias y objetivos que regulan la coerción penal. Y como tal, forma parte del conjunto de la actividad política de una sociedad. Ese conjunto de decisiones que conforman la política criminal no son más que actos voluntarios de determinados agentes sociales (políticos) que usan instrumentos de coerción penal cuyo contenido es eminentemente valorativo dada la particularidad de su posición que alcanza muchas veces a burocratizarse al dejarse llevar por facilismos y politicismos olvidando el verdadero rol de la política criminal.

De ello se deduce que la política criminal al estar comprendida dentro de la política en general, la misma no puede ser más que dinámica ya que las decisiones son variables en el tiempo como consecuencia de las luchas, acuerdos y hegemonías propias de la política en general. Debe por ello pensarse en una política criminal orientada y encaminada a la formulación positiva a través de una lucha adecuada y eficaz contra la criminalidad, de acuerdo con el principio de legalidad y de las instituciones encargadas funcionalmente a ejecutarla.

Así pues, tanto la política, el Estado y el Derecho deben concurrir y no separarse en ningún momento, debiendo la política influir en el sector político-criminal, quizá el sector estatal más sensible y complicado ya que es en torno a la seguridad de la sociedad ante determinada y organizada delincuencia convencional o no convencional.

De ello podemos inferir que ninguna rama del derecho tiene tanta influencia de la forma como se hace política en un país como lo es el derecho penal, debiendo entonces los distintos órganos del estado lograr una reducción apreciable en el número de conductas criminales que se producen en la sociedad, sin que ello implique relegar a la víctima minimizando los daños sufridos a consecuencia del crimen.

En ese sentido la dirección que adopte la dogmática jurídico – penal, en un momento dado, en una coyuntura determinada, dependerá de los vientos de política criminal trazada por la concreta postura del Estado, en su rol preventivo frente a las conductas delictivas.

Sin embargo, muchas veces lo que el Estado hace es impregnar a sus decisiones aparentemente político criminales, de un toque cero tolerancia, todo esto basado en algo que es de público y notorio conocimiento en la actualidad, estos es, la inmensa inseguridad en la que estamos viviendo, la ola delictiva es realmente alarmante, la gente siente una total desprotección por parte del Estado que hasta una gran cantidad de ciudadanos está en constante alerta cuando transita la calles o acude a un lugar público; y ni qué hablar cuando se ha producido el ocaso y las personas llegan a su hogar exhaustas, luego de una larga jornada laboral y tienen que rogar no ser sorprendidas en la puerta de su casa que en las más de las veces están cubiertas de rejas, tienen algún perro guardián, cámaras y hasta en el mejor de los casos custodias privadas.

Esto quizá muchas veces obedece a la insuficiencia de la práctica política actual para solucionar problemas sociales, es uno de los mayores obstáculos que encuentra el Estado, siendo incapaz de dar respuesta a los muchos problemas que la postmodernidad globalizada ha traído en este siglo.

Por otra parte, la política también se encuentra dentro de una crisis estructural actividad destinada al bien público, pues existe en la clase política una tendencia natural a encontrar explicaciones y remedios convencionales de corto alcance, puramente simbólicos y efectistas. Política criminal es entonces el conjunto de decisiones y estrategias que el Estado proyecta para reaccionar frente al fenómeno criminal y así preservar los bienes jurídicos, agotando las vías de control social informal y formal jurídicos extrapenales, de ahí que se diga con suma insistencia que la mejor política-criminal es una buena política social (educación, sanidad, empleo, etc.).

Mención aparte merece la contribución que hacen los medios masivos de comunicación que como bien sabemos responden a ciertos intereses principalmente en función de lo económico o ganancioso, para lo cual utilizan a la información a su libre albedrío y conveniencia, deformando la realidad con tal de vender más.

Pero arrojando un resultado desfavorable para la comunidad, pues a veces omiten dar a luz algunas cuestiones y otras veces inventan o deforman las situaciones causando grandes temores generalizados y contribuyendo a la formación de opiniones desfasadas de lo real.

De lo dicho en el párrafo anterior surge una nueva idea que debemos destacar con fuerza: lo primario no es el ejercicio del poder penal como tal sino la existencia de la Política Criminal. Ello surge de la constatación del carácter organizado del poder penal como hemos señalado, entendiendo así a la política criminal como aquel conjunto de decisiones y estrategias que realiza un Estado para combatir la delincuencia.

Podrán haber variado los tipos y los modos de política criminal pero en todo caso el poder penal siempre se ha ejercido en el marco de una determinada política criminal, simple o compleja, explícita u oculta, eficaz o ineficaz –para sus propios fines-. Y es que no distinguiríamos como parte del fenómeno que nos interesa analizar a un simple hecho aislado de violencia estatal.

Nos ocupa el ejercicio de la violencia estatal en tanto organizada, es decir, en tanto forma parte de la Política Criminal de ese Estado. Este punto es importante para escaparse de una visión sesgada por los instrumentos de la dogmática penal que, si bien son correctos para los fines de ella (construir los límites al poder punitivo), tienden a ocultar la visión del poder penal como fenómeno organizado.

Tampoco es cierto que esa organización sea el producto de una época determinada, pues la tendencia de la política criminal

actualmente se encuentra en el sentido de superar la el modelo de garantías penales y procesales penales, adquiridas después de muchos años de debate y esfuerzo, y sustituirlo por otro de seguridad del ciudadano o, al menos, que demuestren esta supuesta seguridad.

Eso puede ser claramente en los discursos de los políticos y en los debates seguridad pública los cuales son revelados a la hora de la aprobación de nuevas leyes penales imbuidas de carácter represivo con supresión de garantías o ampliación de conductas típicas. Así, de un lado aparecen cada vez más Leyes penales en el sentido de frenar la creciente criminalidad, de otro, aparecen leyes simbólicas, que buscan más una respuesta social o cultural a determinados problemas que propiamente la solución de ellos.

La labor de la política criminal en el contexto de un Estado social de Derecho, no puede pretender combatir la criminalidad a cualquier precio, sino la lucha contra el delito bajo el marco de la legalidad; la prevención del delito no puede suponer el debilitamiento de las garantías fundamentales del individuo, acuñadas con la aparición del Estado liberal de derecho. (Peña Cabrera Freyre, 2013, p.218).

“La política criminal se rearma: el Derecho penal y las penas se expanden. El Derecho procesal penal se está adaptando a las elevadas exigencias que resulten de eso” (Reátegui Sánchez, 2016, p.101).

Sin duda la sociedad mercantilista, luego la industrial y ahora la sociedad organizada de masas ha dado improntas específicas a los modelos de política criminal, pero ella siempre ha existido como una forma de organización del poder penal. Es más, lo que se debe afirmar es que el poder penal sin Política Criminal no ha tenido existencia histórica, es una pura abstracción o una forma de análisis útil para enfrentarse a los dilemas de un caso pero totalmente artificial e inútil para el Análisis Político Criminal.

2.5. FEMINICIDIO

2.5.1. El delito de parricidio

La palabra parricidio proviene del latín *pater* (padre) y del sufijo latino *cida* (asesino), vale decir, dar muerte al padre; empero, en realidad el parricidio a través del tiempo ha ido tomando forma hasta alcanzar a otras personas que componen el grupo familiar íntimo.

Así por ejemplo, tenemos al matricidio que vendría a ser el asesinato de la madre; el filicidio, que viene a ser el asesinato de un menor por su propia madre o padre; y el fratricidio, que es el asesinato de un hermano.

Desde esa perspectiva es que la norma penal, a través de los delitos de homicidio, mediante su función motivadora, debe procurar que los individuos conduzcan su obrar o seleccionen los medios apropiados para el cumplimiento de sus fines, dentro del marco de lo prudente, a fin de evitar la destrucción de las vidas humanas, en tanto valor supremo dentro de la escala relativa de los bienes jurídicos.

Al respecto, dentro de nuestra normatividad penal sustantiva se tiene como agravantes del delito de homicidio¹, a los delitos de parricidio y asesinato, delitos tipificados en los artículos 107² y 108³, los cuales son delitos de estructura y composición distinta que coinciden solo en el hecho de matar, ya que, mientras que el parricidio logra fundamentarse en el vínculo de parentesco natural o afectivo, el asesinato hace recaer su mayor gravedad en la ejecución de matar según una determinada modalidad de la acción (crueldad o alevosía), según una especial voluntad (ferocidad o lucro) o por el empleo de un medio letal (veneno).

¹ Art. 106: “El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años”

² Art. 107 “El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años. La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108. En caso de que el agente tenga hijos con la víctima, además será reprimido con la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36.”

³ Art. 108 “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes: 1. Por ferocidad, codicia, lucro o por placer. 2. Para facilitar u ocultar otro delito. 3. Con gran crueldad o alevosía. 4. Por fuego, explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas”

El parricidio se configura objetivamente cuando el agente o sujeto activo da muerte a su ascendiente o descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, sabiendo o conociendo muy bien que tiene tales cualidades respecto de su víctima. En otras palabras, el parricidio aparece o se evidencia cuando el agente con pleno conocimiento de sus vínculos consanguíneos (padre, hijo natural, etc.) o jurídicos (hijo adoptivo, cónyuge, concubino, conviviente, ex cónyuge y ex conviviente) con su víctima, dolosamente le da muerte. (Salinas Siccha, 2015, p.25)

Es así pues que en el delito de parricidio se pretende indicar que el parentesco representa no una circunstancia agravante o simple característica adicional de la infracción, sino la esencia misma del delito, tanto más si las circunstancias establecidas para la configuración del asesinato constituyen una agravante de segundo grado dentro del delito de parricidio.

Es menester haber hecho tal precisión a efectos de evidenciar la trascendencia y justificación de las categorías antes descritas, en las cuales se revalora la vida ante la presencia ya sea de vínculos de parentesco como en formas o medios especiales de ejecución, concluyendo así en que el delito de parricidio no es un delito de homicidio agravado (asesinato) sino un delito distinto por las especiales circunstancias que conforman el tipo objetivo y subjetivo. No obstante parte importante de la doctrina, entre ellos Peña Cabrera (2017) considera:

El parricidio al igual que lo que acontece con el asesinato, no es constitutivo de un delito autónomo, pues no reviste los caracteres y particularidades necesarias, para ella; esta configura en realidad, es un homicidio agravado por la especial relación que subyace entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito. (p.87)

Incluso en el Código penal español de 1995, el legislador suprimió la figura delictiva de parricidio y en adelante las relaciones de parentesco entre agente y víctima constituyen agravantes del homicidio simple. Así Gálvez Villegas y Delgado Tovar (2017) señalan:

Por nuestra parte, consideramos que la principal razón de la agravación del delito de parricidio radica en una mayor intensidad del injusto (un mayor desvalor de la acción), pues tiene su fundamento en instituciones positivas (relación de padres e hijos, matrimonio, concubinato y de confianza especial), de las cuales surgen una serie de deberes especiales que se dirige a un obligado especial, no para que solamente “no dañe” a los demás, sino para que fomente, preserve, garantice y mantenga seguros los bienes jurídicos que se encuentran dentro de sus esfera jurídica. (...) No es que el derecho penal valore de modo diferente la vida de las personas, lo que se hace en este caso es desvalorar con una mayor intensidad el homicidio de un pariente, ya que en este hecho también se infringen deberes especiales. (p. 452-453).

Es por ello entonces que el hecho punible de parricidio, por las peculiaridades especiales que deben concurrir para su perfeccionamiento, exige mayor penalidad para el agente respecto del homicidio simple. En tal sentido, Salinas Siccha (2015) señala:

El o la parricida tiene mayor reprochabilidad penal al no respetar ni siquiera la vida de sus parientes naturales, legales o sentimentales, con quienes hacen o han tenido una vida en común o tienen o han tenido una relación sentimental, evidenciándose de ese modo, que el agente está más propenso y solícito a atacar en cualquier momento a personas que le son extrañas, demostrando peligrosidad para el conglomerado social. (p.26)”. Peña Cabrera sostiene que el fundamento que tiene el legislador para dar un trato agravado al parricidio consiste en que el sujeto activo revela mayor peligrosidad, porque no solo viola y destruye el bien jurídico de la vida tutelada por la ley, sino que vulnera principios y sentimientos más elementales como el respeto y el acatamiento a los parientes más próximos, provocando una singular alarma social.

Por su parte la Corte Suprema de la República ha señalado que el parricidio es un delito de infracción del deber en virtud de una institución:

Que el delito de parricidio previsto en el artículo ciento siete del Código Penal se tipifica cuando el que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a su cónyuge o concubino; que, cuando se aborda el delito de parricidio, se advierte que este tipo penal es un delito de infracción de un deber en donde el interviniente es un garante en virtud de una institución, como es para el presente caso el “cónyuge”, en efecto, lo que se lesiona en esta institución; en ese sentido, su fundamento de imputación jurídico-penal no se limita tan solo a la posibilidad de ser autor con una determinada característica o de un determinado círculo de autores previstos por la norma, sino a la defraudación del “deber positivo” o específico que garantiza una relación ya existente entre obligado y bien jurídico, independientemente de la importancia de su contribución o dominio del hecho o de la organización. (R.N. N° 4223-2007-Arequipa)

Al referirse a una institución, se debe entender a instituciones positivas, las mismas que se configuran en los contactos de los ámbitos de vida en una sociedad.

Por esta razón, la relación entre personas vinculadas institucionalmente tiene un contenido positivo, pues el deber se dirige a un determinado obligado especial, no para que simplemente “no dañe” los bienes de los demás, sino para que fomente y mantenga seguros los bienes situados bajo sus esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de peligro o de lesión. (Reátegui Sánchez y Reátegui Lozano, 2017, p.19).

De todo lo antes expuesto y reseñado, es importante detenernos y advertir la importancia de cada una de las precisiones allí contenidas, ya que existiendo ese desvalor adicional a aquel que afecta el bien jurídico vida, no se puede aplicar la ley de manera idéntica, en tanto existencia de situaciones singulares, objetivas y razonables, merecedoras de tratamientos diferenciados.

De otro modo, daría lo mismo que un sujeto mate a un particular a que mate a su padre. Sirven así como argumentos que dan fundamento a la configuración agravada, en primer lugar, como ya se ha dicho, una mayor intensidad del injusto, ya que el homicida ha infringido el deber emanante del parentesco y con ello instituciones positivas socialmente deseables, de las cuales surgen una serie de deberes especiales, deberes que se ven defraudados con la realización de la acción delictiva; así también, existe un mayor grado de culpabilidad en tanto existencia de una relación parental, al margen de la existencia de una comunidad e afectos y sentimientos, pues de una u otra manera entre el agente y la víctima se genera un estado de confianza entre ambos, lo que hace que la víctima quede en una situación de especial vulnerabilidad respecto de su agresor.

Con ello pues, no es que el derecho penal valore de modo diferente la vida de las personas, lo que se hace en este caso, es desvalorar con mayor intensidad el homicidio de un pariente, ya que en este hecho también se infringen deberes especiales.

2.5.2. El delito de feminicidio

El término *femicide* fue usado por primera vez por Diana Russell a mediados de los años setenta, al testificar ante el Tribunal Internacional de Crímenes en contra de la Mujer, en Bruselas. Como concepto, el feminicidio fue planteado inicialmente por Jill Radford y Diane Russell como una manera de distinguir y hacer patente la muerte violenta de una mujer, en oposición a los términos “homicidio” o “asesinato”, que predominan en la mayoría de las legislaciones, tratándose de un tipo particular de homicidios, producto del desequilibrio de poder prevalente en nuestras sociedades.

Como se puede apreciar, esta definición de *femicide* es sumamente extensa. En español el término ha sido traducido y conceptualizado de maneras diferentes. Por un lado, femicidio y feminicidio, en sus respectivos desarrollos teóricos, conllevan diferentes acentos.

Aunque para la real academia de la lengua no existe significado para la palabra feminicidio, desde el derecho y a nivel

internacional el feminicidio es definido como “la muerte violenta de mujeres (asesinato, homicidio o parricidio), por el hecho de ser mujeres y constituye la mayor violación a los derechos humanos de las mujeres y el más grave delito de violencia contra las mujeres”. El primer tratado internacional de derechos humanos en usar el término feminicidio fue la Convención de Belém do Pará. Para la ONU el feminicidio es “el asesinato de mujeres con resultado extremo de la violencia de género que ocurre tanto en el ámbito privado como en el espacio público”. En un buen castellano diremos que el feminicidio sólo significa homicidio de mujeres, dejando de lado subjetividades propias del intento de revalidar los derechos de las mujeres para con los hombres.

Si nos ponemos a hurgar respecto de los antecedentes del feminicidio vamos a tener que abarcar desde los tiempos de las cacerías de brujas llegando a nuestros días, tiempos en los cuales América Latina ha sido escenario de diferentes debates en relación con la violencia de género.

En estas discusiones, la premisa ha sido que la violencia sexista tiene su origen en la desigualdad de poder entre hombres y mujeres y que, con independencia de las particularidades de cualquier relación conflictiva el germen de esta desigualdad se sitúa en el plano político, económico y social, reflejado también en el marco de la reacción del sistema judicial frente a ella.

Es así que, dentro de las diversas propuestas frente a esta problemática, una de las más controvertidas en el plano político y jurídico ha sido la que prevé la creación de un tipo penal especial para la sanción del feminicidio.

La ideología feminista ha buscado abrir un espacio de discusión con el derecho penal, una rama especialmente sometida al dominio masculino, es decir existe un Derecho penal volcado principalmente al tratamiento de asuntos masculinos sin el amparo de la existente heterogeneidad del grupo lo cual deja a las mujeres desprotegidas, lo cual deviene en ineficacia del Derecho penal; es así que modernos aires de igualdad tratan de equilibrar el sujeto y reflejarlo en un concepto igualitario de hombre y mujer; es decir como estrategia para denunciar esta ineficacia, con la intención de revertir la creencia de que la violencia de género es un asunto privado, desde la teoría legal feminista se ha reclamado una mayor intervención penal el cual envíe un mensaje a la sociedad sobre la importancia de proteger a grupos históricamente desventajados en donde las mujeres tiene menos derechos que los hombres y por lo tanto hace falta "igualarlas".

Por ello, la razón principal por la cual las feministas forjaron una alianza con el derecho penal fue la necesidad de que la sociedad en general y los operadores de justicia en particular asumieran que la violencia contra las mujeres era conflicto que merecía una atención preponderante.

2.5.3. El feminicidio en la legislación comparada

En muchos países de la región el femicidio o feminicidio ha sido incorporado dentro de su normatividad penal a través de leyes que buscan en suma tratar de lograr la tan anhelada igualdad de las corrientes feministas.

En Colombia por ejemplo el feminicidio ha sido incorporado por la Ley N° 1257 Norma de Sensibilización, Prevención y Sanción de formas de Violencia y Discriminación contra las Mujeres (4/09/2008) en donde se regula:

Artículo 103. Homicidio. El que matare a otro, incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años.

Artículo 104. Circunstancias de agravación. La pena será de veinticinco (25) a cuarenta (40) años de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere: (...) 6. En los cónyuges o compañeros permanentes; en el padre y la madre de familia, aunque no conviva en un mismo hogar, en los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; en todas las demás personas que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica. (...) 11. Si se comete contra una mujer por el hecho de ser mujer.”

En Guatemala se introdujo el delito de femicidio a través de la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, Decreto Ley N° 22-2008, de mayo de 2008:

Artículo 6. Comete femicidio, quien en el marco de las relaciones desiguales de poder, entre hombres y mujeres, diere muerte a la mujer, por su condición de mujer, valiéndose de cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) Haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.

- b) Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima, relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo o relación laboral.
- c) Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima.
- d) Como resultado de ritos grupales usando o no armas de cualquier tipo.
- e) En menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales o cometiendo actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación.
- f) Por misoginia.
- g) Cuando el hecho se cometa en presencia de los hijos o hijas de la víctima.
- h) Concurriendo cualquiera de las circunstancias de calificación contempladas en el artículo 135 del Código Penal. En este caso la norma establece penas desde 25 hasta 50 años de prisión.

Se tipifica como delitos los diferentes actos de violencia contra la mujer: violencia sexual, física, psicológica y económica, fijando penas de entre cinco y ocho años de prisión. Para hacer frente a estos crímenes, se dispuso la creación de la Fiscalía de Delitos Contra la Vida e Integridad Física de las Mujeres y a su vez órganos jurisdiccionales especializados. No alude a la violencia contra las mujeres en contextos de conflicto interno.

En El Salvador mediante Ley Especial Integradora para la Vida libre de Violencia para las Mujeres se regula el delito de feminicidio:

Artículo 45: Quien le causara muerte a una mujer mediando motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer, será sancionado con pena de prisión de 20 a 35 años. Se considera que existe odio o menosprecio a la condición de mujer cuando ocurra cualquiera de las siguientes circunstancias: a) Que a la muerte la haya precedido algún incidente de violencia cometido por el autor contra la mujer,

independientemente que el hecho haya sido denunciado o no por la víctima; b) Que el autor se hubiere aprovechado de cualquier condición de riesgo o vulnerabilidad física en que se encontraba la mujer víctima; c) que el autor se hubiera aprovechado de la superioridad que le generaban las relaciones desiguales de poder basada en el género; d) Que previo a la muerte de la mujer el autor hubiera cometido contra ella cualquier conducta calificada como delito contra la libertad sexual; e) Muerte precedida por causa de mutilación.

Mediante Ley de penalización de la violencia contra las mujeres

Ley N° 8589-2007 Costa Rica tipifica el feminicidio:

Artículo 21: Se impondrá pena de prisión de 20 a 35 años a quien dé muerte a una mujer con al que mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarar o no.

En Chile mediante Ley N° 20.480 publicada el día 18 de diciembre del 2010, en el código penal. No obstante, su principal efecto fue la inclusión de nuevas hipótesis de parricidio y una tipificación y una tipificación expresa de feminicidio en Chile:

Artículo 390. El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo o presidio perpetuo calificado.

Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de feminicidio.

En Argentina dentro de “otros homicidios de mujeres” se ha incluido las muertes que ocurren en robos o asaltos, en actos de terrorismo, por ajustes de cuentas, etc. En estos casos no se ha

establecido que haya alguna relación entre la víctima y el presunto victimario, o que exista alguna característica que distinga estas muertes de las de los hombres. Asimismo, se incluyen a las madres que presuntamente mataron a sus hijas, así como a las mujeres que presuntamente mataron a sus primas, amigas y vecinas:

Artículo 80: Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 1. A su ascendiente, descendiente, cónyuge, excónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediere o no convivencia (...).

En Ecuador se incorporó la figura del feminicidio en el artículo 141 del Código Orgánico Integral penal de febrero de 2014 y en el artículo 142 sus circunstancias agravantes:

Artículo 141. Feminicidio.- La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

Artículo 142 Circunstancias agravantes del feminicidio.- Cuando concurra una o más de las siguientes circunstancias se impondrá el máximo de la pena prevista en el artículo anterior:

1. Haber pretendido establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.
2. Exista o haya existido entre el sujeto activo y la víctima relaciones familiares, conyugales, convivencia, intimidad, noviazgo, amistad, compañerismo, laborales, escolares o cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad.
3. Si el delito se comete en presencia de hijas, hijos o cualquier otro familiar de la víctima.
4. El cuerpo de la víctima sea expuesto o arrojado en un lugar público.

En Bolivia se hizo lo propio con la Ley N° 348, del 9 de marzo de 2013, denominada ley integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia, a través de la cual incorporó en el código penal el siguiente artículo:

Artículo 252. Se sancionará con la pena de presidio de treinta (30) años sin derecho a indulto, a quien mate a una mujer, en cualquiera de las siguientes circunstancias:

1. El autor se o haya sido cónyuge o conviviente de la víctima, esté o haya estado ligada a esta por una análoga relación de afectividad o intimidad, aun sin convivencia;
2. Por haberse negado la víctima a establecer con el autor, una relación de pareja, enamoramiento, afectividad o intimidad;
3. Por estar la víctima en situación de embarazo;
4. La víctima se encuentre en una situación o relación de subordinación o dependencia respecto del autor, o tenga con este una relación de amistad, laboral o de compañerismo;
5. La víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad;
6. Cuando con anterioridad al hecho de la muerte, la mujer haya sido víctima de violencia física, psicológica, sexual o económica, cometida por el mismo agresor;
7. Cuando el hecho haya sido precedido por un delito contra la libertad individual o libertad sexual;
8. Cuando la muerte sea conexas al delito de trata o tráfico de personas;
9. Cuando la muerte sea resultado de ritos, desafíos grupales o prácticas culturales.

Finalmente, en Latinoamérica tenemos que México regula lo que ellos llaman la Violencia Femicida refiriéndose a la forma extrema de violencia de género contra las mujeres, producto de la violación de sus derechos humanos, en los ámbitos público y privado conformada por el conjunto de conductas misóginas que pueden conllevar impunidad social y del Estado y pueden

culminar en homicidio y otras forma de muerte violenta de mujeres.

2.5.4. El feminicidio en el Perú

El feminicidio como tal, hasta hace unos años no se encontraba tipificado en el Código penal. Sin embargo, a su actual regulación legal le precedieron proyectos de ley que propusieron su consideración como delito, los mismos que como es de suponerse generaron posturas a favor y en contra. Mientras algunos sectores luchan por su tipificación, otro sector se mostraba en contra, a pesar que desde hace varios años se viene trabajando la necesidad de hacer diferencias desde el marco legal a favor de las mujeres.

Así pues, hablamos ahora de la violencia de género para referirnos a aquella violencia contra la mujer, pero no toda violencia contra la mujer es violencia de género. Esta presupone un espacio ambiental específico de comisión y una determinada relación entre la víctima y el agresor. Resulta difícil de imaginar esta clase de violencia perpetrada contra el género opuesto. La violencia es de género, precisamente, porque recae sustancialmente sobre la mujer. La violencia es poder y el poder genera sumisión, daño, sufrimiento, imposición de una voluntad, dominación y sometimiento. La violencia presupone, por lo general, posiciones diferenciadas, relaciones asimétricas y desiguales, de poder. La violencia de género implica todo esto y mucho más, cuya hiperincriminación se justifica, precisamente, porque germina, se desarrolla y ataca en un contexto específico, el contexto de género. (Reátegui Sánchez y Reátegui Lozano, 2017, p.37).

En un principio se tipificó el feminicidio mediante Ley N° 29819 publicada en el diario oficial “El Peruano” el 27 de diciembre de 2011 modificando el artículo 107 del Código Penal.

Cuando comentábamos la Ley antes indicada, se argumentaba que el legislador optó por tal técnica legislativa con la única finalidad de calmar o satisfacer las expectativas de los movimientos feministas de nuestra patria. En tal sentido, se verificaba que se limitaron a señalar que si la víctima-mujer había tenido o tiene una relación basada en sentimientos amorosos con el autor-varón del homicidio se denominaba feminicidio. *Contrario sensu*, si la víctima-varón ha tenido o tiene una relación basada en sentimientos amorosos con la autora-mujer del homicidio se denominaba parricidio. No obstante, en ambos supuestos, el agente, ya sea hombre o mujer, tendría la misma consecuencia jurídica una vez encontrado culpable en un debido proceso penal. De modo que si no había diferencia en la pena a recibir por el autor del homicidio, no veíamos razonable ni racional la necesidad de hacer distinciones en la nomenclatura del ilícito penal. (Salinas Siccha, 2015, p.95).

Sin embargo, dicha tipificación no resultó suficiente, pues al parecer los movimientos feministas volvieron a insistir en que se legisle sobre el delito de feminicidio. Así, lograron que el Congreso mediante Ley N° 30068 publicada en el diario oficial “El Peruano” el 18 de julio de 2013, suprima la tipificación antes mencionada incorporando el artículo 108-B. Finalmente, mediante Decreto Legislativo N° 1323, publicado el 6 de enero de 2017, el artículo 108-B ha sufrido una nueva modificatoria.

Así pues, nuestro Código Penal ha establecido en su artículo 108-B el delito de feminicidio:

Artículo 108-B.- Femicidio. 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 concorra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

1. Si la víctima era menor de edad o adulta mayor.
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 tiene cualquier tipo de discapacidad.
6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas o cualquier tipo de explotación humana.
7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108.
8. Cuando se cometa 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.

La pena será de cadena perpetua cuando concurren dos o más circunstancias agravantes.

En todas las circunstancias previstas en el presente artículo, se impondrá la pena de inhabilitación conforme al artículo 36.

El delito de femicidio, tal y como se ha entendido en términos jurídicos y conforme ha sido tipificado, se centra únicamente en una cosmovisión binaria hombre-mujer, sin hacer mayor reparo en la identidad, ni en la inclinación sexual. Sin embargo, existe una amplia gama de identidades de género frente a las que no existe ningún tipo de protección reforzada, a pesar de tratarse, en algunos casos, de personas vulnerables a la violencia discriminatoria en razón del género (*los hombres cisgénero homosexuales, por ejemplo*), mientras hay otros grupos sociales frente a los cuales la ley pareciera no. (Reátegui Sánchez y Reátegui Lozano, 2017, p.35).

Vemos pues que este delito busca revalidar y así afirmar el género femenino tan es así que la CIDH en el caso *González y otros (Campo Algodonero) vs. México*, de fecha 16 de noviembre del 2009, expresamente reconoce la existencia del delito de feminicidio y la define como: “para los efectos del caso se utilizaría la expresión homicidio por razones de género, también conocida como feminicidio”. Asimismo, en dicho fallo se declara la responsabilidad internacional del Estado por violaciones al derecho a la vida, a la integridad personal y libertad personal de las víctimas, así como por el incumplimiento de parte del Estado de su deber de investigar y de no discriminación.

Se advierte en esta última modificatoria que se está tipificando una conducta ilícita y se hace una diferenciación precisa de víctima, la que sólo puede ser una mujer, pasando por alto la calidad de neutralidad del delito genérico (Homicidio).

En el delito de feminicidio, en lo referente al sujeto activo, si bien la norma hace referencia en general “al que mata a una mujer por su condición de tal”, a partir de lo cual se podría concluir que el sujeto activo puede ser cualquier persona, sea un hombre o una mujer.

Según la construcción de la fórmula legislativa 108-B, que inicia la redacción con la frase “el que”, se debe concluir sin mayores precisiones que se trata de un delito común, es decir, cualquiera puede ser autor de este grave delito, aun cuando en sus orígenes se entendía que solo podría ser

autor un varón. La frase “el que” significa que cualquier persona puede constituirse en autor del delito. Sea hombre o mujer. La explicación radica en que en la realidad se presentan casos en los cuales las mujeres matan a otras mujeres por el solo hecho de tener la condición de mujer. Hay mujeres que odian a otras mujeres por tener tal condición. De modo que si eso se verifica en un caso concreto, el feminicidio aparece. (Salinas Siccha, 2015, p.103)

Por su parte Reátegui Sánchez (2017) señala:

El sujeto activo puede ser un varón como también podría ser una mujer, o en su defecto, cualquier persona que pueda tener otro tipo de inclinación en su identidad sexual (por ejemplo homosexuales, transexuales, lesbianas). Lo relevante es que aparezca una persona humana que haya tenido el dominio del hecho respecto a la conducta que está ejecutando. (p.82)

Por nuestra parte consideramos que, estando a que la muerte de la víctima debe realizarse aprovechando la “condición de mujer” por parte del sujeto activo, este no puede ser otro que un hombre; pues no tendría sentido en la estructura del tipo penal resaltar la condición de mujer de la víctima, si precisamente la victimaría va a ser otra mujer. Más aún, si se tiene en cuenta que la muerte de la mujer debe realizarse aprovechando la situación de vulnerabilidad o de parte débil de la relación hombre-mujer.

Con respecto a las modalidades de comisión del delito de feminicidio, según la descripción del artículo, no existe una sola circunstancia fáctica en la comisión del delito de feminicidio, pues junto a la violencia familiar tenemos la coacción, hostigamiento, abuso de poder y la propia discriminación, con los cuales se pone

de manifiesto que no solo se vulneraría la institución familiar, sino también los ámbitos de libertad en espacios laborales, de género, entre otros. Así pues, será necesario en primer lugar para la configuración del tipo, que la víctima haya estado viva y en segundo lugar que se trate de una mujer. Surge sin embargo un interrogante con la introducción del artículo 108-B y es que, como entender la expresión “el que mata a una mujer por su condición de tal”, expresión que consideramos resulta muy genérica, pues siendo así, por ejemplo, el que mata a una mujer para robarle su cartera, también cometería delito de feminicidio. Se hace necesario entonces por parte de los operadores de justicia, determinar de manera estricta si efectivamente en tal o cual homicidio que tenga como víctima a una mujer operó en la mente del sujeto activo aquella condición de superioridad en demérito de la condición sumisa de la víctima.

Respecto a la modalidad de feminicidio por violencia familiar, se tiene que tomar en cuenta la Ley. N° 30364 – Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, que en su artículo 5 define la violencia contra las mujeres⁴. Además, en el artículo 8 de la

⁴ Ley. N° 30364. Artículo 5: “La violencia contra las mujeres es cualquier acción o conducta que les causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado. Se entiende por violencia contra las mujeres:

- A. La que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer. Comprende, entre otros, violación, maltrato físico o psicológico y abuso sexual.
- B. La que tenga lugar en la comunidad, sea perpetrada por cualquier persona y comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar.

referida Ley, se prevé los tipos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, que pueden ser los siguientes⁵.

En cuanto a la coacción como contexto, nos remitiremos al artículo 151 del Código Penal, el mismo que señala: “El que mediante amenaza o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe (...)” . Tenemos entonces como instancia previa a verificar a aquella acción de violencia física, psíquica o moral, producto de la cual se ha desencadenado la muerte de la víctima. Así también debe verificarse la existencia del hostigamiento, en tanto comportamiento perturbador que involucra el molestar a alguien (en este caso a la mujer) o burlarse de ella. De otro lado, para ilustrar lo concerniente al acoso sexual, en el Perú tenemos la ley N° 27942 – ley de protección y Sanción del Hostigamiento Sexual

La que sea perpetrada o tolerada por los agentes del Estado, donde quiera que ocurra”

⁵ Ley. N° 30364. Artículo 8: “a) Violencia física. Es la acción o conducta, que causa daño a la integridad corporal o a la salud. Se incluye el maltrato por negligencia, descuido o por privación de las necesidades básicas, que hayan ocasionado daño físico o que puedan llegar a ocasionarlo, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación.

b) Violencia psicológica. Es la acción o conducta, tendiente a controlar o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla o avergonzarla y que puede ocasionar daños psíquicos. Daño psíquico es la afectación o alteración de algunas de las funciones mentales o capacidades de la persona, producida por un hecho o un conjunto de situaciones de violencia, que determina un menoscabo temporal o permanente, reversible o irreversible del funcionamiento integral previo.

c) Violencia sexual. Son acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento o bajo coacción. Incluyen actos que no involucran penetración o contacto físico alguno. Asimismo, se consideran tales la exposición a material pornográfico y que vulneran el derecho de las personas a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación.

d) Violencia económica o patrimonial. Es la acción u omisión que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de cualquier persona, a través de: 1. La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; 2. La pérdida, sustracción, destrucción, retención o apropiación indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; 3. La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; así como la evasión del cumplimiento de sus obligaciones alimentarias; 4. La limitación de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo”.

el cual señala: “4.1 El hostigamiento sexual típico o chantaje sexual consiste en la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual o sexista no deseada o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad, así como sus derechos fundamentales. 4.2 El hostigamiento sexual ambiental consiste en la conducta física o verbal reiterada de carácter sexual o sexista de una o más personas hacia otras con prescindencia de jerarquía, estamento, grado, cargo, función, nivel remunerativo o análogo, creando un clima de intimidación, humillación u hostilidad. Como vemos, es de advertir que básicamente la coacción y el hostigamiento no tiene que darse dentro del contexto familiar, porque si no sería una especie de violencia en el ámbito familiar. “Asimismo, es preciso verificar que previo a la comisión del delito de feminicidio, se haya producido comportamientos de acoso u hostigamiento sexual en contra de la víctima, y que el feminicidio sea consecuencia directa de la intolerancia y frustración frente a la negativa de la víctima de acceder a los favores sexuales requeridos por el agente” (Reátegui Sánchez y Reátegui Lozano, 2017, p.89).

Con ello debemos concluir entonces que la coacción, el hostigamiento o el acoso sexual deben ser durante o previo a la

producción de la muerte de la mujer. Así si no se produce la muerte de la mujer podrá independientemente en tanto sea posible, configurar un delito específico, pero de ningún modo feminicidio ni menos tentativa de este.

Para entender el abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición, para el delito de feminicidio, se debe tomar en cuenta lo señalado en el artículo 46, inciso f)⁶ y h)⁷ del Código Penal, aspectos que generalmente se dan en función con las relaciones parentales o consanguíneas entre los sujeto involucrados.

La discriminación (del griego *discriminatio*, -onis) es toda aquella acción u omisión realizada por las personas, grupos o instituciones, en las que se da un trato diferente a una persona, grupo o institución en términos diferentes al que se da a sujetos similares, de los que se sigue un prejuicio o consecuencia negativa para el receptor de ese trato. (Reátegui Sánchez y Reátegui Lozano, 2017, p.91).

El legislador en la construcción de la figura del feminicidio ha utilizado el término discriminación, basado en la Ley N° 28983 – Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres- ley que en su artículo 2 señala: “(...) Se entiende por discriminación cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas,

⁶ Artículo 46 inc. f) del Código Penal: “Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe”

⁷ Artículo 46 inc. h) del Código Penal: “Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función”

independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad entre la mujer el hombre, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra, en concordancia con lo establecido en la Constitución Política del Perú y en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado peruano”.

Dicho ello, la discriminación contra la mujer, según el tipo penal en comentario, puede ser de cualquier índole, es decir, de tipo sexual, religioso, laboral, etc., incluso independientemente que haya existido o no una relación matrimonial o con vivencial.

Se entiende por discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, en la esfera política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. (Reátegui Sánchez y Reátegui Lozano, 2017, p.170).

Finalmente diremos que en el delito feminicidio lo que debe quedar claro es que se reprime penalmente realizar la muerte a una mujer no en cualquier espacio ni lugar, sino en un determinado contexto social (por ejemplo violencia familiar, acoso sexual, abuso de poder de dominio, y la discriminación); aunque en el primer párrafo del artículo 108- B del Código Penal se mencione ejecutar la muerte a una mujer “por la condición de tal”, este contexto típico resultará insuficiente a la hora de la

tipificación penal, ya que la totalidad del injusto penal tendrá que cerrarse de acuerdo a los espacios contextuales que prevé expresamente el artículo 108 del Código Penal, en sus cuatro incisos, fuera de dichos espacios contextuales, se tratará de un delito de homicidio simple del artículo 106.

El estudio de la configuración típica del delito de feminicidio antes desarrollada, junto con las demás agravantes que establece el artículo 108-B del Código Penal, creemos es parte de la globalización, globalización que nos ha mostrado un estado con características autoritarias antiliberales, que estimulan un ejercicio del poder punitivo mucho más represivo y discriminatorio. Debido a este fenómeno se ha impulsado una legislación inquisitoria motivada por una enorme burocracia nacional e internacional habilitante del poder punitivo sin los límites ni las garantías constitucionales para tal intervención.

Ahora como hemos visto existe la predominancia del discurso penal simplista en donde los políticos prometen más penas para promover más seguridad con lo cual se afirma que los delincuentes no merecen garantías, se afirma que los delincuentes violan derechos humanos. Este autoritarismo se propaga desde un aparato publicitario que se mueve solo, que ha cobrado autonomía y se ha vuelto autista. Al respecto cabe señalar que la tipificación del feminicidio por donde se lo mire,

obedece a situaciones coyunturales en clara violación principalmente al principio de mínima intervención. Además, que se viola el principio constitucional de no discriminación, postulando que no había necesidad de establecer una acción positiva diferenciadora en el delito de homicidio. Este tipo penal vulneraría también el principio de igualdad pues dejaría sin protección no solo al sexo opuesto, sino también a grupos vulnerables como los ancianos, personas con habilidades especiales, niños; pues nada justifica la inserción de este delito pretendiendo de esa forma legitimar lo ilegítimo hasta límites increíbles. Lo mismo sucede con la cuestión criminal: aumentan los muertos en el mundo o aceptan esas incoherencias y, lamentablemente, también aumentan los índices de mortalidad. Los médicos también se equivocaron muchísimas veces, pero no por eso nos ponemos en manos de los curanderos cuando se nos inflama el apéndice.

La propagación de la criminalización pone en evidencia las posiciones de ventaja y desventaja, de fuerza y vulnerabilidad, y también de inclusión y exclusión. Sin embargo, para el caso de las mujeres, este reparto de poder no es prístino pues la criminalización de una conducta no sólo no revierte la desigualdad estructural, sino que tampoco uniforma las diferentes variables sociales que cada mujer porta. En este sentido, más allá de que se puede reivindicar el uso de la sanción privativa de la libertad,

existen argumentos políticos y pragmáticos que impugnan su utilización para cualquier supuesto de violencia de género. Además, la criminalización extrema no ha tenido buenos resultados en todas las latitudes. Las políticas que promueven la persecución penal de oficio en cualquier supuesto tienen consecuencias perjudiciales para muchas mujeres a quienes el sistema se les vuelve en su contra. “El criterio de que las mujeres no pueden determinarse con autonomía por estar condicionada por la opresión masculina conduce igualmente a un callejón sin salida, debido a que implica la necesidad de adoptar una actitud paternalista a favor de las mujeres y, por tanto, la negación de las reclamaciones justas de las mujeres” (Hurtado Pozo, 2001, p.31).

Ahora bien, si bien la Convención de Belém do Pará insta a los Estados a prevenir, investigar y sancionar la violencia de género, no exige que todo supuesto de violencia reciba una pena privativa de la libertad luego de un juicio.

En los últimos años, la criminalización de la violencia de género ha crecido en forma exponencial como una forma de problematizar la discriminación. Sin embargo, poco se ha hecho para establecer la eficacia de la intervención penal. Más allá de la posible recopilación de cifras sobre denuncias, condenas o absoluciones, la pregunta a formular es si una política criminal centrada en el derecho penal tiene efectos preventivos o no. Así

como no se puede cuestionar que el sistema penal tiene un rol que cumplir en la erradicación de la violencia de género, tampoco se puede soslayar la discusión acerca de qué tipo de intervención penal es más eficaz para terminar con ella.

Una respuesta penal con perspectiva de género no elaborará una estrategia con estándares fijos y excluyentes, pero sí tendrá en cuenta las dificultades de las mujeres en el acceso a la justicia, las características del ciclo de la violencia, la gravedad del delito, y la situación personal de la damnificada.

2.5.5. Femicidio e igualdad ante la ley

Decimos que el Derecho penal es legítimo en la medida que fuese racional y este a su vez lo sería si fuese coherente y verdadero.

Las muertes de mujeres en manos de los hombres, han alcanzado cifras espeluznantes en los últimos tiempos en el Perú, es decir, la estadística criminal del delito de “femicidio”, ha aumentado de forma significativa, lo cual es sobredimensionado con especial parte de los medios de comunicación social y las tribunas políticas con el afán de generar una sensación de miedo y de inseguridad en toda la población femenina. En definitiva, los homicidios a golpes que se producen en el seno familiar, generan un pánico moral, de angustia colectiva, propicia una sociedad masificada de sujetos pasivos. (Peña Cabrera Freyre, 2017, p.114)

“De esta manera, la sexualidad es percibida y tratada como una cuestión política y económica, lo que facilita y multiplica las injerencias en la vida sexual de las personas” (Hurtado Pozo,

2000, p.31). Consideramos que en el presente caso no nos encontramos ante un supuesto de igualdad de la ley, ya que la norma que sanciona el feminicidio no estaría manteniendo la igualdad, puesto que solo sanciona a los hombres que dan muerte a su pareja o ex pareja mujer, y no a las mujeres que hacen lo mismo con su pareja o ex pareja hombre.

Y es que la igualdad como derecho garantiza la no arbitrariedad de las normas y que el contenido de éstas se aplique a todos sin distinción alguna (Castillo Alva, 2013). Así, es inaceptable cualquier trato diferenciado; sólo se tolerarán aquellos que exclusivamente tengan base objetiva, es decir, comprobables en la realidad y que, al propio tiempo, sean razonables, esto es, constitucionalmente admisibles.

Para ello, el Tribunal Constitucional ha enfatizado que la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras, a condición de que se verifique: (i) la existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación; (ii) la acreditación de una finalidad específica; y (iii) la existencia de razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales.

En otras palabras, la incorporación del delito de feminicidio podría resultar discriminatoria en cuanto excluye a los hombres de la

tutela penal reforzada y se les sanciona más severamente cuando agraden a una mujer sin otra razón que el dato objetivo de su pertenencia al género masculino; pero, por otro lado, podría considerarse una acción positiva en cuanto es una medida destinada a equilibrar la situación de desventaja en que se encuentran las mujeres a consecuencia de patrones culturales.

En ese sentido, el mandato de no discriminación tiene dos manifestaciones: una negativa consistente en la prohibición tajante de todo acto o medida perjudicial para un miembro del colectivo discriminado que tenga como fundamento alguna de las características de identidad que distinguen al grupo y lo sitúan en una posición de subordinación social; y una positiva que se concreta en la legitimación de políticas o medidas específicas tendentes a remover los obstáculos que impiden el pleno ejercicio de derechos y libertades a los miembros de los colectivos minusvalorados. Se trata de las llamadas acciones afirmativas. Estas, más que la igualdad formal, buscan obtener una igualdad material, es decir, establecer una equidad sustantiva que promueva y proteja a los más débiles, para de esta forma satisfacer ordenamiento constitucional de valores. (Reátegui Sánchez, 2016, p.34).

Gálvez Villegas (2017), refiere que:

Estando a la multiplicación (real o sensacional) de los eventos luctuosos cometidos contra mujeres, especialmente por personas del sexo opuesto con quienes mantienen o han mantenido una relación de acercamiento o de familiaridad, y ante las exigencias sociales respecto a la prevención de estos hechos, consideramos que tiene sentido recurrir a la respuesta político criminal desde una perspectiva penal. Esto es, encontramos justificada su tipificación penal. (Gálvez Villegas y Rojas León, 2017, p.549).

En similar aunque más sesgada posición Caro Coria (2001) señala que:

La discriminación “jurídica” se manifiesta en el terreno legislativo y en la práctica de los operadores del derecho. En el sector penal, se materializa en el plano ideológico, en la determinación de las categorías y en el lenguaje, así como en los procesos de criminalización primaria, secundaria y de ejecución. Esta realidad puede apreciarse directamente en el derecho penal sexual, donde la intervención desigual y no exenta de contenidos morales parece trasladar a un segundo plano la misión de prevención y tutela de bienes jurídicos, rasgos de un derecho penal simbólico que no protege suficientemente a la víctima. La persecución de metas pedagógicas para prevenir la discriminación de la mujer, corresponde a otros medios de control, pero de allí no se deduce que el derecho penal deba permanecer inmune al principio de igualdad. Las sucesivas reformas de los delitos sexuales no han permitido que las normas y la jurisprudencia se sometan plenamente a este principio, lo que otorga relevancia a una interpretación de *lege lata*, orientada a la meta político criminal de protección de la libertad e indemnidad sexuales. (p.130-131).

Se evidencia pues que el artículo en mención contiene un trato desigual entre hombre y mujer cuando alguno de ellos mata a su pareja o ex pareja. Si es que es la mujer la que mata al hombre, se le sancionará como autora de un homicidio simple, el cual según lo dispuesto por el artículo 106 del código penal del Perú, tiene una pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años. En otras palabras, la incorporación del delito de feminicidio podría resultar discriminatoria en cuanto excluye a los hombres de la tutela penal reforzada y se les sanciona más severamente cuando agreden a una mujer sin otra razón que el dato objetivo de su pertenencia al género masculino.

Así por ejemplo, en caso el homicidio sea agravado, se le sancionará con una pena no menor de quince años conforme a lo dispuesto por el artículo 108 del mismo cuerpo legal. Por otro lado, si el sujeto activo es el hombre, se le sancionará como autor del delito de feminicidio con una pena privativa de libertad no menor de quince años. Si el feminicidio es agravado se le sancionará con una pena privativa de libertad no menor de veinticinco años. Así Peña Cabrera Freyre (2017) nos dice que:

(...) la regulación de un derecho penal de género no se corresponde con los dictados de un derecho penal democrático; la vida humana, sea quien sea su titular, vale igual. Una posición contraria, basada en la diferenciación y valoración de las particularidades del sujeto pasivo, no puede justificar -con suficiente solvencia dogmática- por qué el asesinato a un inválido varón de ochenta años de edad bajo traición (perfidia), recibe una pena mucho menor -no menor de quince años de pena privativa de libertad- que la conminada en el numeral 7) del artículo 108-B del Código Penal. (p.132).

Pues bien, cabe precisar que conforme lo ha dispuesto la doctrina y jurisprudencia, se permite al legislador introducir ciertas diferencias de tratamiento jurídico con la finalidad de conseguir una igualdad real, como sucedería en el caso de la mujer. Así las cosas, se debe analizar si es que la discriminación o desigualdad que contiene la norma que tipifica el feminicidio está justificada porque tiene como finalidad buscar una igualdad real, en este caso de la mujer.

En efecto, en cuanto a la constitucionalidad de esta desigualdad, es claro que el tratamiento jurídico-penal de la llamada «violencia de género» (en el caso particular, el feminicidio) excede los límites y fines de la llamada «discriminación positiva», la cual busca supuestamente procurar una mayor adecuación, hasta donde sea posible, del principio de igualdad a las diferencias de la realidad.

Y es que si la finalidad de la regulación legal del feminicidio es erradicar los altos índices de maltrato hacia las mujeres por cuestiones de género, así como lograr la igualdad sustantiva, y sobre todo, cambiar patrones culturales enraizados en nuestra sociedad y lograr los varones puedan realmente ver y tratar a la mujer siempre al mismo nivel; por supuesto que nos parece un cambio necesario y es que en un Estado Constitucional de Derecho no pueden permitirse tales prácticas; pero dicha finalidad no debe realizarse por medio del Derecho Penal.

Aquella tendencia político-criminal de la “función pedagógica” del Derecho Penal para transmitir a la sociedad el mensaje tajante de que todo acto, en este caso de violencia contra las mujeres está radicalmente prohibido, no puede ser tomada en cuenta a los efectos de una mayor eficacia en la prevención de conductas de este tipo. “Esto implica, que poco interesa el verdadero rendimiento de la norma jurídico-penal en los hechos, en la realidad social, sino de mantener cautivo a un electorado,

necesitado y ansioso de mayor seguridad ciudadana” (Peña Cabrera Freyre, 2017, p.115).

De otro lado, a fin de entender el fracaso del delito de feminicidio por intentar establecer una «discriminación positiva» en favor de las mujeres (Polaino-Orts & Ugaz Heudeberg, 2012), es necesario hacer mención a la moderna teoría funcionalista normativa plateada por el profesor Jakobs.

El funcionalismo normativo se puede definir como una teoría que considera que el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad o vigencia de la norma como valor principal de toda sociedad, de lo cual se desprende que es imposible separar al Derecho penal de la sociedad. Este sistema contiene como conceptos esenciales a la norma, persona y sociedad.

Bajo este razonamiento, el bien jurídico protegido por el Derecho penal será la protección de la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, garantizándose así la estabilización de la vigencia de la norma. Bajo este criterio, lo que constituye una lesión del bien jurídico penal no es causar una muerte, sino que la oposición a la norma subyacente en el homicidio.

Pues bien, queda en evidencia así que las valoraciones de corte naturalista deben quedar desterradas del Derecho penal. En ese sentido, no resulta posible que sea más grave la muerte causada por un hombre a una mujer si es que ésta es o ha sido su pareja a que si la realiza un hombre a una mujer cualquiera o a una muerte que causa una mujer a su pareja o ex pareja hombre (Villavicencio Terreros, 2014).

Apelar por tanto al derecho penal como una suerte de mecanismo reivindicador de los sectores sociales más vulnerables es todo un despropósito, que lo único que conduce es a la deslegitimación de este medio de control social, a su desgaste nominal; no somos ciegos a una realidad incontestable en el Perú, de que son muchas las mujeres que son objeto de una permanente e incansable agresión por parte de un varón, quien guiado obtusamente por un machismo inexplicable, hace uso de su no necesaria superioridad física, para maltratar a su pareja, que en algunos casos puede llegar a un homicidio; sin embargo, acá no encontramos un mayor desvalor, que puede predicarse perfectamente en el asesinato alevoso o por el móvil de ferocidad, según las esquelas normativas del artículo 108 del código penal, de manera que no existe otro bien jurídico distinto, al identificable en el tipo penal de asesinato y se quiere apelar, a la cuestionable relación de superioridad. (Peña Cabrera Freyre, 2017, p.116)

Lo dicho se corrobora porque en atención a lo antes expuesto, el hombre que da muerte a una mujer por su condición de tal comunica con su comportamiento lo mismo que cualquier otra persona que comete un homicidio: su oposición a la norma subyacente en el homicidio. Así las cosas, la única posibilidad para que se sancione al feminicida con una pena mayor que la que se impone a cualquier otro homicida es que éste vulnere con

su acto de matar varios bienes jurídicos, vale decir, que el delito de feminicidio sea un de carácter pluriofensivo. Esto quiere decir que se tendría que probar que cuando un hombre mata a una mujer por su condición de tal no solo se defrauda la expectativa normativa contenida en la prohibición de matar a otro ser humano, sino que además se defrauda por lo menos alguna otra expectativa.

Tomando en cuenta lo anterior cabe preguntarse: ¿Cuál es esta o estas expectativas que se defraudan de manera adicional cuando se comete el delito de feminicidio? La única respuesta que podría parecer sensata es que cuando el hombre da muerte a una mujer por su condición de tal no solo está afectando la norma que subyace en el homicidio, sino que también alguna otra norma que contiene una expectativa normativa de que los hombres no deben aprovechar la posición subordinada de las mujeres en una relación de pareja o ex pareja para darles muerte.

Pues bien, este argumento pierde valor por dos consideraciones. La primera de ellas es porque no existe norma penal alguna que contenga la expectativa normativa adicional antes mencionada. En segundo lugar, se entiende que el tipo penal de feminicidio tiene como finalidad repeler los actos machistas de los hombres dentro de una relación de pareja en la cual aprovechan su relación de superioridad (sobre todo física) para dar muerte a la mujer.

El problema es que el tipo penal de feminicidio no discrimina las muertes causadas por el hombre a una mujer como consecuencia de un acto machista de las muertes causadas por el hombre a una mujer por su condición de tal por cualquier otro motivo distinto al machista. Se entiende entonces que el hombre que da muerte a su pareja o ex pareja se convierte automáticamente en feminicida sin importar el motivo por el cual dio muerte a la mujer.

Desde esta perspectiva, no cabe duda alguna de que el tipo penal de feminicidio afecta de manera evidente el principio de igualdad, ya que va a sancionar automáticamente con una pena mayor que la contenida en el delito de homicidio simple a cualquier hombre que de muerte a una mujer por su condición de tal.

La agravante expuesta en el Proyecto de Ley se sustenta solo en el sexo del sujeto activo (ya que sólo el varón puede serlo), pues en el caso que dentro de una pareja sea la mujer quien mate al hombre no podrá aplicarse la agravante propuesta. En ese sentido, esta atribución de responsabilidad con carácter general es incompatible con los principios del Derecho Penal moderno, insertado en un Estado de Derecho que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad por el acto y no por el hecho de pertenecer a un género, es decir, con la incorporación del delito de feminicidio en nuestro Código Penal, lo que estamos incentivando es un derecho penal de autor, por el hecho de que un hombre mate a una mujer se agrava la figura del homicidio. En otras palabras, se vulnera el principio de culpabilidad según el cual la sanción representa solo la respuesta al hecho individual y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo. (Reátegui Sánchez, 2016, p.35)

En otras palabras, se configura un asesinato, basado en la discriminación del hombre frente a la mujer con esto se pierde totalmente la brújula, arrastrando a esta figura delictiva, a senderos que no se corresponden con su naturaleza.

Así, podemos pensar en normas penales tales como la de discriminación (art. 323). Si agravamos más las penas únicamente por una coyuntura social se infringe además el principio de mínima intervención penal, según el cual la pena es un mal y una solución imperfecta, y debe recurrirse cuando no haya más remedio; tal como dice Roxin, supondría una vulneración de este principio el hecho de que el Estado eche mano afilada a la espada del Derecho Penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente e incluso con más eficacia un determinado bien jurídico. Esto va de la mano con el principio de subsidiaridad o ultima ratio, que señala que sólo debe recurrirse al Derecho Penal cuando hayan fallado todos los demás controles sociales. El Derecho Penal debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado, debido a la gravedad de sus sanciones. En consecuencia, debe plantearse medidas socioeducativas (como la efectiva sanción de la publicidad sexista o la prevención y control de riesgos), de protección a la víctima, de mayor preparación para quienes ejecutan las normas de violencia familiar -entiéndase, policías, fiscales y jueces-, programas específicos de empleo, entre otras. (Ídem, p.36)

Expresada esta garantía como derecho fundamental, implica la posibilidad de que toda persona puede defenderse frente a normas estatales que contengan diferencias irrazonables y que afecten su situación jurídica o sus legítimas expectativas.

Así las cosas, podemos afirmar que la violencia de género no se acabará en nuestra realidad por el solo hecho de agravar una penalidad en el Código, ya que se trata de patrones sociales que

no pueden ser modificados simplemente por una “mayor amenaza” desde el Derecho Penal, sino que se necesita de una política integral de medidas socioeducativas para trabajar en revertir esa realidad. Vemos pues en nuestra realidad que todos los días las mujeres siguen siendo asesinadas y en muchos otros se atenta contra su vida y, si bien la efectividad de de la norma penal puede ser generalmente cuestionada, no vemos que el hecho de haber tipificado el delito de feminicidio haya servido en algo para paliar tan execrables conductas.

Con ello entonces queda evidenciado que la solución para terminar con tan aberrantes comportamientos no está en el derecho penal. No podemos entonces seguir esperando a que 130 congresistas o el poder ejecutivo a través de la delegación de facultades hecha por el primero, aparezcan nuevamente con un discurso populista y simbólico echando mano del derecho penal sostengan que con la agravación de penas o con políticas neocriminalizadoras injustificadas vayan a terminar con el homicidio de las mujeres.

Además, poco o nada ha cambiado en la psique del potencial homicida con respecto a la actual regulación del feminicidio, para quien, en tanto delito doloso, únicamente cuenta el ánimo de acabar con la vida de una persona sea esta hombre o mujer.

2.5.6. Femicidio y proporcionalidad

Entendido en su sentido amplio, el principio de proporcionalidad es reconocido como el que impone los límites materiales que debe respetar toda acción del Estado que afecte a derechos fundamentales; es decir, se trata de “determinar si existe una relación de equilibrio o de adecuada correspondencia entre la restricción que llega a sufrir un derecho constitucional, y la conservación de un bien o interés público que aparece precisamente como causa de la restricción” (Castillo Alva, 2004, p. 159).

Debido a que toda intervención penal limita derechos, el principio de proporcionalidad en sentido amplio será un límite constitucional que condiciona la intervención del Derecho penal. Asimismo, se pueden integrar a este principio los principios penales de lesividad, exclusiva protección de bienes jurídicos, intervención mínima, necesidad de pena y de subsidiaridad.

Este principio se encuentra expresamente reconocido en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución Política del Perú⁸. Hay

⁸ Son garantías constitucionales: (1) La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos; (2) La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular; (3) La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera

que señalar este artículo hace mención a las acciones constitucionales que se pueden interponer cuando se violan derechos fundamentales de las personas, señalando en el último párrafo que ante la imposición de estas acciones el Juez deberá examinar la proporcionalidad del acto que supuestamente a restringido o vulnerado el derecho del accionante.

Asimismo, este principio ha sido aplicado en varias sentencias por el Tribunal Constitucional peruano, el cual se acoge a la teoría que estima que el principio de proporcionalidad se divide a su vez en tres subprincipios: (i) idoneidad o adecuación; (ii) necesidad; (iii) proporcionalidad en sentido estricto.

En materia penal, también puede aplicarse el principio de proporcionalidad, precisamente “para constatar cómo es la operatividad de lo que se lleva dicho acerca del principio de proporcionalidad cuando se trata de sancionar conductas

o amenaza los derechos a que se refiere el Artículo 2o, incisos 5) y 6) de la Constitución; (4) La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo; (5) La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen; (6) La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas. El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución. Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.

delictivas a través de la afectación de derechos como el derecho a la libertad” (Castillo Alva, 2004, p. 171), puesto que, la medida legislativa a tomar debe limitar el derecho a la libertad únicamente hasta que se alcance el óptimo del derecho que se pretende proteger, evitando sobrepasar límites por externalidades que nada tienen que ver con el análisis penal.

A continuación, se analizará si es que la sanción penal que se impone en aplicación del delito de feminicidio vulnera el principio de proporcionalidad, para lo cual será necesario explicar si es que afecta alguno de los tres subprincipios que componen este principio.

En primer lugar, se tiene que la idoneidad vinculada al principio de proporcionalidad aplicado al Derecho penal significa que la intervención penal tiene que ser idónea, lo cual quiere decir que la pena a imponerse como consecuencia de la intervención penal tiene que ser apta para alcanzar los fines que la justifican.

Por tanto, debe considerarse que el delito de feminicidio no cumple con este subprincipio debido a que no se ha probado fehacientemente la existencia de una justificación de la desigualdad por razón de sexo entre hombre y mujer, siendo insuficientes para ello el argumento estadístico, conforme al cual debido a que varios casos de homicidios integrantes de la

violencia doméstica conyugal son cometidos por hombres, es legítimo castigar más a estos.

Lo cierto es que, conforme ya se ha mencionado, la mayor agravación del homicidio cometido por un hombre contra su pareja o ex pareja se basa en una presunción legal ajena a la exigencia de prueba, derivada únicamente del sexo respectivo de autor y víctima, de la naturaleza de la conducta objetiva y del tipo de relación entre los sujetos, lo cual no justifica constitucionalmente *per se* dicha diferencia de trato punitivo.

Así las cosas, no cabe duda de que la pena a imponer en el delito de feminicidio no es idónea, puesto que la intervención del Derecho penal en este caso no es apta para alcanzar los fines que justifican su finalidad (supuestamente evitar que los hombres abusen de suposición de dominio en una relación de pareja para matar a una mujer), ya que el Derecho penal intervendrá para sancionar basándose en una presunción que no admite prueba en contrario según la cual todo hombre que mata a una mujer por su condición de tal lo hace como consecuencia de una actitud machista que busca aprovechar la posición de desventaja de la mujer.

En segundo lugar, el subprincipio de necesidad se concreta, en el ámbito del Derecho penal, en el principio de exclusiva protección

de bienes jurídicos y en el principio de intervención mínima y sus dos manifestaciones: (i) el principio de subsidiariedad; (ii) el principio de fragmentariedad.

Creo que este subprincipio también se vulnera en el delito de feminicidio, ya que como mencioné anteriormente, el legislador decidió que se sancione este delito con una pena mayor a la que se impondría a cualquier homicida debido a que el feminicida vulneraría con su conducta varios bienes jurídicos, por lo que el delito *de* feminicidio sería de carácter pluriofensivo. No obstante, y como ya se comprobó, este delito no afecta ningún bien jurídico adicional a la expectativa normativa contenida en el delito de homicidio.

Queda así en evidencia que este tipo penal viola el subprincipio de necesidad, puesto que con su imposición no se está protegiendo ningún bien jurídico adicional que no esté ya protegido por el tipo penal de homicidio simple.

En tercer lugar, aplicado al Derecho penal, el principio de proporcionalidad en sentido estricto exige que una vez que se compruebe que la intervención penal sea idónea y necesaria, se exija que exista proporcionalidad entre la privación de derechos que implica la intervención penal y el bien jurídico protegido. Para estos fines se deberá hacer un juicio de ponderación entre la

carga coactiva de la pena y el fin perseguido por ésta, visto ello desde la perspectiva del derecho fundamental que se afecta y el bien jurídico que se ha limitado con su ejercicio.

No cabe dudas que el delito de feminicidio contradice también este subprincipio, lo cual se evidencia por el hecho de que se sancione al feminicida con una pena privativa de libertad mayor que la del homicidio simple de manera automática por el sólo hecho de ser hombre y en virtud de la supuesta violación de un bien jurídico adicional al contenido en la expectativa normativa contenida en el delito de homicidio (su existencia no se ha podido comprobar).

2.5.7. Feminicidio y culpabilidad

Conforme a lo antes explicado, la imputación que recae contra el sujeto activo en el delito de feminicidio se sustenta en el hecho de que éste pertenezca al género masculino y que la víctima sea una mujer, todo ello sin admitir prueba en contrario que demuestre que el autor ha actuado por una motivación distinta a la machista. En resumen, se sanciona al feminicida por el hecho de ser hombre.

El valor de este principio no solo radica en fijar una responsabilidad penal personal que descarta claramente la posibilidad de responder por hechos ajenos o de otros, sino que funda tanto la noción del injusto penal y, por tanto, del delito.

Sobre todo, prohíbe toda forma de responsabilidad objetiva, es decir aquella que vaya más allá y no respete los límites del dolo y de la imprudencia (principio de la responsabilidad subjetiva).

Desde un punto de vista mínimo, la norma consagra la prohibición de la responsabilidad penal por actos de otro. En esta línea argumentativa, la pena no debe imponerse a un sujeto distinto del autor o partícipe del delito. La responsabilidad penal debe ser construida sobre la base del hecho efectivamente cometido y no a partir de una fórmula típica imputada. Indica además, la pertenencia de un hecho a un sujeto, tanto desde el punto de vista externo como interno, como presupuesto para la subsiguiente imposición de consecuencias jurídicas.

Asimismo, se debe tener en cuenta que la Corte Suprema del Perú se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia señalando al respecto que:

«Mal puede imputarse objetivamente el resultado a un autor que no ha creado ningún peligro relevante para el bien jurídico, y con mayor razón sin haber obrado con dolo o culpa, por lo que sostener una opinión en diferente sentido implicaría violar el principio de culpabilidad».

«Nuestra legislación proscribire toda forma de responsabilidad objetiva, conforme lo señala expresamente el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Penal; en tal virtud, el representante legal de una persona jurídica no puede ser responsable penalmente sólo por el hecho de serlo, sino que, además, debe haber llevado a cabo la conducta típica descrita en la ley penal».

Finalmente, se debe tener en cuenta que, la importancia de esta garantía radica en que se busca evitar que una persona pueda ser tenida por un medio para la realización de algún fin, en otras palabras, se pretende impedir la vulneración de la dignidad de la persona.

En el caso del feminicidio queda claro que se vulnera el Derecho penal del hecho, reconocido por el ordenamiento jurídico peruano, y se aplica el desterrado Derecho penal de autor, ya que se sanciona al feminicida por el mero hecho de pertenecer al género masculino, y sin aceptarse prueba en contrario alguna que compruebe que el homicidio que ha cometido el hombre en contra de una mujer por su condición de tal no ha sido motivado por una actitud machista.

2.5.8. Feminicidio y derecho penal del enemigo

En los delitos de violencia de género las normas que sancionan estos comportamientos contienen una diferenciación de trato entre el hombre y la mujer (esto se evidencia en el delito de feminicidio, en donde el sujeto activo sólo puede ser hombre) supuestamente para proteger a la mujer, la cual se encuentra en una posición de subordinación frente al hombre.

De esa manera, si el tratamiento penal no es el mismo, entonces han de existir dos formas de combate o de reacción frente a esos

sujetos, esto es: han de existir dos tipos de Derechos penales o, por mejor decir, dos Derechos penales de diversa intensidad en función de la gravedad del hecho combatido.

A esas dos formas de combate penal se las llama doctrinalmente Derecho penal del ciudadano (aplicado a la mujer) y Derecho penal del enemigo (aplicado al hombre).

Tomando en cuenta la explicación con respecto al Derecho penal del enemigo realizada en el capítulo anterior, se entiende que en los delitos de violencia de género (en este caso el feminicidio) se sanciona de manera más drástica al hombre porque éste no solo comunica con su comportamiento que no reconoce la vigencia de la norma que tipifica el delito de homicidio, sino porque supuestamente también no comunica un ataque integral contra otros bienes y derechos fundamentales de la mujer, como la vida, la libertad, la dignidad, la igualdad y la seguridad. De ahí que la violencia de género sea considerada como algo más algo más que violencia en contra de una mujer: es un ataque contra la propia idea de ciudadanía.

De esta manera, el feminicidio no es un simple homicidio que se podría tratar con el Derecho penal del ciudadano, sino que constituye un ataque contra la idea de persona en Derecho, vale decir, una desestabilización social, una negación de la idea de

persona, que exige un tratamiento más adecuado a tal peligrosidad: exactamente un Derecho penal del enemigo. En otras palabras, el feminicida no respeta a la mujer como persona en Derecho, como ciudadana, como persona titular de derechos y de deberes, sino que impide con su comportamiento agresivo que la mujer desarrolle su personalidad con una mínima seguridad.

Sin embargo, en los delitos de violencia de género como el feminicidio, en los cuales se asume de manera automática que todo hombre que comete un homicidio contra una mujer por su condición de tal lo hace aprovechándose de una posición de superioridad con respecto a la mujer (ello sin admitir prueba en contrario), el legislador da un paso más allá del Derecho penal del enemigo en sentido funcionalista y abona la aplicación de un Derecho penal del enemigo *sui generis* que, por su ausencia de prueba y su aplicación indiscriminada y automática a todo varón que se dirija contra una mujer, resulta más agravado y antigarantista que el propugnado por el funcionalismo penal, ya que un Derecho penal del enemigo funcionalista se exigiría siempre una prueba de la situación de enemistad del enemigo.

2.5.9. Sexualización del derecho penal

La mayor parte de las leyes penales son *neutras* en cuanto a género, es decir, a pesar que abordan formas de violencia que afectan principalmente a mujeres, las conductas se tipifican de

modo tal que tanto el sujeto activo como pasivo del delito puedan ser mujeres u hombres. En el caso de los delitos sexuales, por ejemplo, y aunque las cifras evidencian que las principales víctimas son mujeres y niñas, los tipos penales no exigen que los sujetos pasivos lo sean.

Sin embargo, en los últimos años, algunas legislaciones comienzan a plantear alternativas que abandonan la tradicional neutralidad de género de los tipos penales, en relación a la violencia contra las mujeres, especialmente respecto de la violencia en el espacio privado, doméstico o intrafamiliar, dada la magnitud y gravedad de este tipo de violencia y sus consecuencias.

Esta normativa, entonces, no sólo se caracteriza por la especificación del género de sujeto activo y pasivo, sino que además sanciona más severamente la conducta violenta cometida por un hombre en contra de una mujer, que la misma conducta cometida por una mujer en contra del hombre. La justificación, en su mayoría, de esta medida señala que para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales. Por cierto, la ley no sólo crea tipos penales específicos, sino que además impone penas diferenciadas en base

únicamente al género del sujeto activo y pasivo, lo que ha dado origen a un debate sobre la constitucionalidad de sus disposiciones.

2.5.10. Feminismo de la igualdad y feminismo de la diferencia

Los feminismos jurídicos han vuelto objeto de cuestionamiento y crítica ciertos procedimientos y algunos principios básicos del sistema legal, como la neutralidad en el lenguaje jurídico o el principio de igualdad ante la ley.

La relación entre los conceptos de igualdad y diferencia, el empeño por hacer de la igualdad un principio práctico que se pueda concretar mediante el reconocimiento de las diferencias y los resultados en términos jurídicos ocupan un lugar en la teoría feminista. La igualdad ante la ley se ha visto confrontada con la necesidad de reconocer las diferentes condiciones de las mujeres para la consumación de dicho principio. Sin embargo, las desigualdades en las condiciones de vida de las mujeres presentan diversidades, generando muchas veces un efecto en espiral a la hora de pensar respuestas en relación con los alcances de la ley.

En primer lugar, el feminismo de la igualdad basa su crítica en el argumento de que no hay diferencias sustantivas entre hombres y mujeres en relación con el contrato, la ley, la ciudadanía y el

Estado, y que, por lo tanto, estas últimas deberían poder obtener el mismo status jurídico que los primeros, lo cual les garantizará igualdad de oportunidades y trato para todas las personas.

El punto central de la crítica reside en el modo en que la aplicación sexista de las leyes opera en función de preservar el dominio de la esfera pública por parte los varones y mantener a las mujeres como únicas o principales responsables del cuidado de niñas/os y ancianos/as y del mantenimiento del hogar, reproduciendo su relegación en el espacio doméstico y dificultando su desarrollo en el espacio político. El problema se desenvuelve, entonces, principalmente en la extensión de los derechos hacia las mujeres y en la redistribución de recursos (simbólicos y/o materiales) para un goce y ejercicio efectivos de los mismos.

Por su parte el feminismo de la diferencia considera que el derecho está constituido de forma implícita a partir de las características y en función de las necesidades de cierto sujeto que, entre otras cosas, es varón, es decir, las mujeres y los hombres son diferentes en el sentido en que se orientan hacia valores distintos. Corresponde en ese sentido, hacer visibles las diferencias entre varones y mujeres como una solución contra el sesgo sexista del derecho, comprendiendo el paradigma de la neutralidad como un dispositivo propio de los intereses del

patriarcado. Para esta corriente feminista las mujeres tendrían más bien una tendencia hacia la cooperación, la solicitud y la solidaridad, mientras que los hombres se orientarían más bien hacia la confrontación y al individualismo. Las mujeres pensarían sobre todo de manera concreta y teniendo en cuenta las relaciones emocionales y solidarias, mientras que los hombres pensarían de manera individualista, lógica y abstracta.

2.5.11. El paradigma de la igualdad

Se parte de la base de que los derechos los tiene reconocidos en su totalidad el hombre, que las mujeres tienen menos derechos que los hombres y por lo tanto hace falta igualarlas, se le concederán así los mismos derechos que a ellos. Es decir, con este planteamiento, estaríamos en el supuesto de que, conseguida la igualdad, desaparecerá la opresión.

Sin embargo, tenemos el derecho a la igualdad plasmada en nuestra Constitución, la cual no permite ningún tipo de discriminación ya que todos somos iguales ante la Ley, es decir, los hombres también tienen derecho a la igualdad, en comparación con los derechos de las mujeres.

No resulta ser el paradigma de la igualdad como único, exclusivo y omnipresente en las reivindicaciones del feminismo. Es un tema de debate con algunas corrientes del feminismo y quizá no

lleguemos a un acuerdo en su tratamiento. Pero en todo caso, y aunque sea de forma parcial, hay que insistir en este tema en dos cuestiones fundamentales ya señaladas.

No se puede plantear como única aspiración la igualdad con los derechos de los hombres, pues éstos disfrutaban de diferentes derechos-privilegios dependiendo de su situación en la sociedad también desde otros parámetros de desigualdad como pueden ser los de clase, nacionalidad, religión. Y habría que preguntarse a qué derechos de qué clase de hombres nos estamos refiriendo. Y claro, no queremos hacer extensivos los privilegios, que habría que eliminar, pues éstos no son derechos.

Por otro lado, hay muchas situaciones que viven las mujeres que dan lugar a derechos exclusivamente para ellas, como es el campo de la salud sexual y reproductiva, en las que la reivindicación de la igualdad no aporta nada a este debate. Es más, en algunos casos, la igualdad y la consideración del sujeto neutro tratando de legislar de la misma forma para hombres y mujeres, ha llevado a situaciones de incongruencia jurídica máxima, como es el hecho de considerar la violencia de género como violencia de un género contra el otro, con lo que las víctimas no tienen necesariamente que ser mujeres, pues se definen como personas con alto grado de dependencia, como si el ser mujer viniese exclusivamente definido por ser dependiente de

un hombre. Así la victimización se hace por ser mujer o persona vulnerable o dependiente, cuando en realidad la víctima de la violencia sexista es en realidad una mujer situada dentro del sistema de dominación masculina.

2.5.12. Homicidio de mujeres

Dentro de “otros homicidios de mujeres” se han incluido las muertes que ocurren en robos o asaltos, en actos de terrorismo, por ajustes de cuentas, etc. En estos casos no se ha establecido que haya alguna relación entre la víctima y el presunto victimario o que haya alguna característica que distinga estas muertes de las de los hombres.

Asimismo, se incluyen a las madres que presuntamente mataron a sus hijas, así como a las mujeres que presuntamente mataron a sus primas, amigas y vecinas.

La información que se consigna en este capítulo ha sido recogida de los medios de comunicación

2.5.13. Posiciones respecto del delito de feminicidio

Para analizar las posiciones encontradas respecto del feminicidio debe observarse su origen, es decir, desde su visión convencional, en el campo de los derechos humanos, con la

sentencia de campo algodnero contra el Estado de México que involucra el homicidio de las mujeres por su condición de tal, es decir, por su género (Bringas Flores, 2018, p. 67); bajo este presupuesto es que se ha desarrollado las posiciones a favor y en contra de la regulación de este tipo penal.

Una marcada posición en contra la presenta Villanueva Flores (2011) quien indica que es innecesario la tipificación del feminicidio pues su efectividad para prevenir conductas existe únicamente en un plano cultural y simbólico y no en un plano material, siendo que lo realmente efectivo serían las políticas públicas que operan antes de la comisión del delito. Esta autora califica la tipificación del feminicidio como una salida simplista al problema de la discriminación contra la mujer.

En igual sentido opina Ramírez Huaroto (2011) quien señala que recurrir al feminicidio como figura penal implica comprender a esta disciplina como un instrumento simbólico, visión totalmente ineficiente y distante de su finalidad, y que lejos de responder a una política criminal, la regulación de tal delito responde a buenas intenciones y fundamentos simbólicos y políticos.

Por otro lado, existen posiciones en contra como la presentada por Carmen Antony (2011) quien justifica la inclusión del feminicidio a efectos de corregir la mentalidad patriarcal que se ha

tenido al momento de configurar las normas, así como en la actuación de los magistrados pues obliga a fundamentar sus fallos de acuerdo a la descripción del delito, la comprobación de que concurren los elementos del tipo y no de manera subjetiva.

En igual sentido, Lorenzo Copello establece que el feminicidio responde a un fenómeno social que compone un tipo específico de homicidio vinculado de modo directo al sexo de la víctima sustentado en el reparto inequitativo de los roles sociales (Laurenzo Copello, 2005); con lo que se sustenta la diferenciación que se realiza entre la protección de la vida de la mujer y la protección de la vida de los demás integrantes de la sociedad, es decir, una discriminación como tal; no obstante, este elemento discriminatorio bien podría justificar una agravante específica muy difícil de probar en el caso concreto, pero no la elaboración de una tipo penal con supuestos que escapan a los límites impuestos por la discriminación.

La salida que ha encontrado Zaffaroni (2009) a este enfrentamiento es a través de la visualización de los medios de control social como un todo que se fortalece por la suma de las partes, vale decir que el feminicidio es un aporte importante como tipo penal en tanto y en cuanto sume a la prohibición de la discriminación contra la mujer y se construya con tal finalidad.

Lo que llevaría a verificar que la conducta debe estar orientada a la reunión de elementos que contengan dicha discriminación y no componentes elegidos al azar, lo que ocurre con el tipo penal contenido en el artículo 108-B del Código Penal que incluye supuestos que se alejan de la propia discriminación.

CAPÍTULO III: DISCUSIÓN DE RESULTADOS Y DEMOSTRACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

3.1.1. Análisis de las teorías relativas al derecho penal como medio de control social secundario en relación con los principios de la política criminal

Este punto ha sido desarrollado también en el antecedente directo de la Dra. María Carnero-Farías (2017); no obstante, la óptica es totalmente distinta, puesto que en su propuesta reconoce al Derecho Penal 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. (p. 143).

La diferencia radica en que, a pesar de que esta tesis reconoce al Derecho Penal como un instrumento de control social que coadyuva con la paz social y la vida en común, no lo hace otorgándole un rol estelar en esta tarea, sino residual, puesto que los actores principales en la tarea de reprimir, prevenir y luchar contra la criminalidad son las familias, la escuela (en sus diferentes

niveles), así como las diversas instituciones ya sean públicas, privadas o religiosas que tengan la posibilidad de influir directamente sobre el comportamiento de los miembros de la sociedad.

El Derecho penal, pese a que cuenta con una justificación preventiva, esta es especial positiva, es decir, a posteriori, lo que previene es que las conductas se vuelvan a cometer; es decir, reeduca, rehabilita y reinserta al delincuente en la sociedad.

De ahí que se sustenta y se engrana la visión del Derecho Penal desde la perspectiva de la mínima intervención, bajo la lógica de que la sociedad requiere de un Derecho Penal justo, racional, controlable y siempre a su servicio; pero esta perspectiva es en realidad el siguiente paso en la construcción del Derecho penal, es decir, se trata del reconocimiento de que su intervención debe presentarse cuando se trate de la protección de un bien jurídico igualmente importante en la sociedad, solo que, cuando los demás miembros de la sociedad no hayan cumplido con su tarea en el caso particular.

En ese sentido, tampoco se considera correcta la afirmación de que el Derecho Penal es de mínima intervención "...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” (p. 143); puesto que esta es una falacia en la que suele incurrirse, creyendo que la importancia del bien jurídico es lo que define qué conductas pueden ser objeto de Derecho Penal y qué conductas no.

Al respecto cabe aclarar que, todos los actores encargados del control social, tienen la potestad y la posibilidad de prevenir las conductas lesivas a bienes jurídicos de suma importancia, solo que esta prevención se realiza en diferentes momentos; vale decir que, los medios de control social son igual de importantes, protegen bienes jurídicos de igual importancia, variando únicamente la forma de protección y el momento en que esta se aplica.

Es por ello que se reconoce al Derecho penal como un medio de control social secundario, no porque sea menos o más importante, no porque los bienes que protege sean más o menos importantes, sino porque tras la existencia de diversos medios de control social de las conductas de los individuos, éste se aplica después de cometida la conducta delictiva, cuando los demás han fallado; aunque, debe quedar sentado que siempre deben preferirse a los primeros puesto que son menos intrusivos.

Se dice que la influencia de este tipo de medios de control social es directa, debido a que se encuentran en un primer plano de

influencia sobre el comportamiento de la persona, pues generalmente, salvo las excepciones de niños huérfanos o personas que no reciben instrucción en los ejemplos planteados, estos espacios sociales se encuentra inmediatamente a disposición de los individuos, es más, forman parte de su estructura social personal, lo que los dota de una eficacia excepcional para conseguir una primerísima inserción en la sociedad.

En este entendido, aquellos medios de control social que influyan directamente en la construcción de la consciencia social de las personas constituyen medios primarios con eficacia para determinar conductas; el caso del Derecho Penal es otro, su inmersión se presenta una vez que se haya corroborado el fallo en los medios de control social primario y, su propósito es la resocialización, es decir, una suerte de tratamiento que busca corregir aquellas conductas que se hayan desligado de los primigenios planteamientos sociales inculcados por los otros medios de control social.

Bajo este entendido, en el caso de las conductas tendientes a violentar el derecho a la vida de las personas, las formas más eficaces para impedir las o prevenirlas son los medios de control social primario, sin distinción entre la protección de vida de hombres o mujeres.

Esta aclaración se realiza bajo el entendido de que las conductas que violentan el derecho a la vida de las mujeres, específicamente, se generan en el contexto de una sociedad que realiza discriminación negativa entre la figura del varón y la de la mujer, esta propia discriminación es la materia prima para considerar, muchas de las veces, a las mujeres como personas y ciudadanos de segunda clase, subyugándola al varón.

El inconveniente está en que, las perspectivas feministas, no caen en la cuenta de que, fomentar una educación de sobrevivencia de la mujer o, siquiera una diferenciación mínima entre el derecho a la vida del hombre y el derecho a la vida de la mujer, lo que finalmente se está consiguiendo es que se los identifique, desde los medios de control social primario, como seres distintos en sentido negativo, se inserta la idea de la mujer como un ser débil, que necesita de mayor protección respecto de la figura del varón y, como consecuencia, la creencia de que sus derechos pueden ser vulnerados con mayor facilidad.

La diferencia de esta afirmación de la realizada por Alonso R. Peña Cabrera Freyre (2013) radica en que el autor establece que es la incorporación del delito de feminicidio la que, "...en vez de solucionar la discriminación que sufre la mujer, la coloca en un plano de inferioridad respecto del hombre..." (p. 49); es decir que reduce todo el problema a la regulación o tipificación de feminicidio,

cuando en realidad, la problemática va más allá del ámbito deontológico y se ubica en las consideraciones axiológicas que le sirven como razón subyacente a la regulación; es decir, el problema de que la sociedad entera, inclusive los medios de control social primarios, realizan diferenciación entre el varón y la mujer, desde la diferenciación de juguetes, colores, trato, actividades permitidas y no permitidas, etc.

La modificación de esta perspectiva sesgada de los géneros es lo que genera diferenciaciones más especializadas y falacias en la solución de las afectaciones de derechos generadas de la propia diferenciación, una de estas diferenciaciones especializadas igualmente sesgadas es la regulación del delito de feminicidio, que es en sí mismo incoherente e ineficaz para dar solución a un problema que es de concepciones previas, actuaciones previas, y, por tanto, se torna en una regulación innecesaria.

Esta posición errada de que la sola regulación del feminicidio acabará con la diferenciación de género es el producto de la creencia de que la mujer es un ser débil que requiere de protección diferenciada del hombre, decisión que, finalmente, transforma estas medidas en parte de un círculo vicioso que afecta en sentido redundante a las concepciones de la sociedad.

Ahora, es cierto que históricamente existe una diferenciación real entre varón y mujer y que ésta debe ser erradicada, pero ello no se consigue a través de la interposición de sanciones de conductas que ya vienen con la estructura del maltrato al mal llamado sexo débil, puesto que la sanción penal no tiene la posibilidad de cambiar eficientemente perspectivas tan enraizadas en la psique del delincuente, en todo caso, la intervención del derecho penal no constituye el medio más idóneo o adecuado para tal finalidad.

El medio idóneo son las familias, las escuelas, la radio, la televisión, los grupos religiosos, los grupos de educación alternativa, entre varios otros que tienen la posibilidad de participar de la formación de los seres humanos desde una temprana edad, que tiene la obligación de transmitir mensajes distintos a: “a la mujer no se le toca ni con el pétalo de un rosa”, “tu hermanita es mujercita, debes tratarla bien”, “las mujercitas no juegan con carritos”, entre muchas otras frases que, lejos de fomentar una idea de igualdad entre los géneros, lo que hacen es proyectar una creencia de debilidad de las mujeres y general la posibilidad de su afectación por el “sexo fuerte”.

Hablando de medidas que resultan idóneas, entonces, para la erradicación de la violencia contra la mujer, el Derecho Penal, que es un medio de control social secundario, no resulta adecuado; menos aún si, lejos de fomentar igualdad entre varón y mujer, los diferencia, nuevamente, bajo la falsa creencia de que las mujeres

pertenecen al sexo débil, constituyéndose como un elemento más del problema mas no en solución.

3.1.2. Configuración del principio de la mínima intervención como fundamento de la política criminal en la tipificación del delito de feminicidio.

Este segundo punto de la discusión se observa desde la perspectiva del test de necesidad, pues, si bien se ha verificado en el acápite anterior que existen medios de control social que resultan más idóneos que la regulación del feminicidio, dicha regulación existe, de hecho, ha sido tomada y, es necesario verificar si es necesaria en términos de ponderación.

Pues bien, la intención de una regulación del delito de feminicidio, según su exposición de motivos, es acabar con la diferenciación de géneros que se traduce como violencia contra la mujer, el mismo que es un problema social que efectivamente se vive.

No obstante, debe tenerse en cuenta que ya se ha sustentado, existen otros medios más idóneos para terminar con dicha situación, es más, la propia configuración teórica y dogmática del derecho penal entienden que su intervención en determinadas circunstancias de la sociedad debe ser mínima, en tanto y en cuanto no existan medidas igualmente satisfactorias para la finalidad contemplada.

Lo sustentado en el acápite anterior hace ver que medidas igualmente satisfactorias sí existen, por lo tanto, la discusión va más allá, la finalidad del derecho penal no debería ser acabar con las iniquidades sociales, porque dada su mínima intervención, estructuralmente no le es posible, puesto que interviene una vez configurada la conducta, con la aplicación de una pena y, a través de dicha pena, conseguir la resocialización.

Pues bien, al respecto, la resocialización de la conducta de homicidio, no se consigue con la diferenciación respecto a si se mata a un varón o a una mujer, se consigue con la sola aplicación de la sanción y el tratamiento resocializador al interior del establecimiento penitenciario.

Es decir, el contenido del tratamiento resocializador no se encuentra determinado por una diferenciación normativa entre homicidio de los varones y el homicidio de las mujeres o el tiempo de pena que se le dé a uno y a otro, sino que se encuentra determinado por las técnicas de resocialización que se apliquen en el interior del establecimiento penitenciario en atención a las particularidades de cada caso.

Es decir, un homicida, será tratado por un especialista al servicio de la resocialización, de conformidad con las particularidades del caso, el tipo penal por el que fue condenado es solo una de los

antecedentes del tratamiento, pues, las técnicas aplicadas por los profesionales en psicología, sociología, educación, etc., no dependen únicamente del tipo penal, sino de las materias propias estudiadas por estos.

En consecuencia, regular un delito diferenciado de feminicidio, de ninguna manera es necesario para realizar un efectivo control social, no es necesario para impedir el incremento de violencia contra la mujer, el tratamiento que se da al homicida al interior del establecimiento penitenciario, sí lo es, lo que nuevamente nos lleva a la verificación de que se pretende solucionar un conflicto social con la utilización de formas que no necesariamente involucran acciones certeras o efectivas para tal cometido.

Es más, al ser aplicado el Derecho penal y todas sus sub disciplinas para las conductas comisivas, resulta imposible que pueda prevenir originariamente la comisión de un delito; debe tomarse en cuenta que la teoría preventivo general ya hace mucho tiempo que quedó sin vigencia.

En ese sentido es acertada la afirmación realizada por Peña Cabrera Freyre (2013) acerca de que la regulación del feminicidio es utilizada para hacer creer a la población que se va a aplacar o desterrar la violencia de género a través del uso del Derecho penal; es decir que, se trata de una medida populista con pretensiones

legitimación de autoridades; no obstante, eso no es lo realmente relevante para efectos de la disciplina penal, sino la identificación dogmática de que las decisiones que no cuentan con los presupuestos de la política criminal⁹ no pueden formar parte del ordenamiento jurídico penal.

Ahondando en el tema, la tesis de que la regulación de un delito especializado que sanciona conductas que afecten la vida de las mujeres va a llevar a reducir la criminalidad contra éstas, es la vuelta a las teorías de la prevención general negativa y la falsa creencia de que el delincuente comete el delito tomando en cuenta las prescripciones legales; el delincuente comete el delito por motivos diversos dentro de los cuales puede o no estar la consideración de la pena que va a sufrir.

3.1.3. Confluencia del derecho a la igualdad y prohibición de la discriminación en la tipificación del delito de feminicidio

Este es, tal vez, el punto más importante de la discusión, puesto que las apreciaciones de la regulación o desregulación de una figura generalmente se centran en cuestiones meramente legislativas, descuidando la perspectiva constitucional que subyace a cualquier regulación; precisamente, cualquier decisión político criminal que se tome, debe ejercerse en estricto respeto de los derechos fundamentales y los principios que éstos fundan.

⁹ No puede decirse que se trata de una política criminal inadecuada o mal aplicada, puesto que las decisiones que se basan en falacias o teorías desfasadas no pueden siquiera ser consideradas política criminal.

El derecho a la igualdad debe ser protegido con la prohibición de discriminación negativa, puesto que la discriminación positiva es necesaria en determinadas circunstancias que devienen de la naturaleza misma de las personas; por ejemplo, es natural otorgar mayor plazo de descanso pre y post maternidad a la mujer porque es quien sufre los avatares del embarazo y el parto, eso es discriminación positiva.

No obstante, presumir que la mujer es el sexo débil y dotarla de mayor protección en una situación que no es natural, como la violencia generada en su contra, lejos de constituir discriminación positiva es una discriminación negativa, porque se refuerza la idea de que la mujer, naturalmente es más débil que el varón, lo que no es cierto.

Se vuelve a aclarar que no se cree que el delito de feminicidio o su regulación generen debilitamiento de la figura de la mujer, sino que se trata de un resultado de las concepciones erradas que todavía se mantienen en la sociedad y en los medios de control social primario.

El feminicidio es, en realidad, la consecuencia de la idea de aquella debilidad femenina, que es falsa, y que lo único que consigue es mantener un *statu quo* de violencia contra la mujer, es decir, la visión de que el hombre fuerte puede abusar de la mujer y que,

cuando lo haga, va a ser sancionado por aquello de que ha lesionado a un ser inferior, motivo por el que su castigo será mayor.

Esta perspectiva generada en la población lesiona a las perspectivas de prevención general positiva, pero también afecta severamente la posibilidad de resocialización debido a que desde su regulación ya establece la idea de diferencia de género.

Cabe resaltar en mérito a lo antes expresado, que el feminicidio puede ser enmarcado dentro de un delito de homicidio simple o un delito de parricidio sin más, no encontrando justificación alguna para que por medio del derecho penal se propenda materializar un derecho penal de autor y no del acto, ya que la vida es la misma, sea esta de un hombre o de una mujer, quiere decir por ejemplo no será parricidio el hecho de que un esposo asesine a su cónyuge y sí si el hecho de que la esposa haga lo propio con su cónyuge. Diremos que es lo mismo, por lo que no debe existir la tipificación del delito de feminicidio dentro de nuestro ordenamiento penal, ya que bastará para encuadrar típicamente tal conducta dentro de los tipos establecidos en el artículo 106, 107 o 108, según corresponda, bastando tener presente como conducta tipificante el hecho de matar a otro y no distinguir el que mata a una mujer por su condición de tal.

Según lo dicho, ocurre que la regulación del feminicidio afecta la igualdad ante la ley, pues, el legislador cuenta con la obligación de no hacer diferencias formales donde no existen diferencias materiales; un homicidio es grave, siempre, en todos los casos, por lo que su regulación debe ser realizada teniendo en cuenta la actuación y, debe girar a ver al sujeto pasivo, únicamente, cuando éste sea realmente vulnerable o cuente con una situación especial que obligue a su diferenciación.

Regular el delito de feminicidio es continuar con la creencia de que la mujer por el solo hecho de serlo cuenta con una discapacidad natural, lo que no es correcto, es decir que, el legislador hace diferenciación formal en donde no existe diferencia real; existen mujeres con mayor fuerza física que algunos varones, las mujeres también son capaces de razonar, trabajar, insertarse como componente activo de la sociedad; concepciones erradas y arraigadas desde antaño que las considera sujetos de segundo orden, son las que generan los errores en la educación, las diferenciaciones sociales, las mismas que no pueden sustentar una diferenciación en la ley puesto que lejos de acabar con dichas percepciones erradas las continúan.

Si es que el caso específico requiere de un tratamiento diferencial, este no podrá generarse en la disposición normativa, sino en el caso específico, lo que le da al juez la facultad y responsabilidad de resolver teniendo en cuenta las circunstancias específicas, por

ejemplo, cuando se acredite una animadversión contra el género femenino pero también contra el género masculino, cuando se presente una situación de machismo, entre otras múltiples circunstancias que no se ven en la ley misma sino en la labor jurisdiccional, de ahí que se encuentren tomando la posta las teorías pospositivistas que sostienen que la norma se genera en la interpretación del caso concreto y no en la disposición normativa.

3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La hipótesis planteada en el proyecto de investigación fue la siguiente:

La relación entre la inclusión del delito de feminicidio en el Código Penal y la protección del principio de mínima intervención del Derecho penal y el derecho a la igualdad y prohibición de discriminación es de extralimitación en el caso del principio y de vulneración en el caso de los derechos.

La extralimitación se acredita en la verificación de que se pretende instalar al Derecho penal como un medio de control social primario, directo, cuando su propia configuración lo hace imposible, pues interviene recién después de que se ha presentado la conducta delictiva.

La mínima intervención se configura, entonces, por el momento de la intervención, el Derecho penal como medio de control social secundario, interviene de manera subsidiaria, residual, cuando los medios de control social primarios como la familia, la escuela, la iglesia, etc., hayan fallado.

Por tanto, pretender que intervenga de manera preventivo general, cuando esta teoría se ha comprobado inexacta, es regresar a discusiones ya zanjadas y extralimitarse en las posibilidades con las que materialmente y formalmente cuenta el Derecho penal.

El respeto del principio a una mínima intervención del Derecho Penal no supone una mirada técnica específica de la disciplina penal, sino que, se encuentra íntimamente ligado con el respeto del principio general de proporcionalidad (Castillo Alva, 2004) también aplicable al Derecho Penal y que implica que, cada vez que se vaya a tomar una medida legislativa o administrativa que lesione o contravenga derechos fundamentales, ésta debe respetar los sub test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha.

Esto se aplica al derecho penal en el extremo correspondiente al Derecho a la Libertad personal, tutelado en el artículo 2, numeral 24, de la Constitución Política del Perú y sus derechos conexos; en el caso específico del feminicidio, la medida normativa tomada, debe asegurarse de respetar el test de idoneidad, es decir, que cuenta con la capacidad de adecuación para reprimir y sancionar las conductas lesivas de un bien jurídico oponible a la libertad personal.

En el caso específico, el bien jurídico oponible es la vida, específicamente la vida de las mujeres en su calidad de tales, en el contexto de la discriminación estructural que se vive en la sociedad peruana; la

idoneidad implica que la medida resulta adecuada para la protección del bien jurídico a tutelar; bajo este entendido, regular un tipo penal de feminicidio es eficiente para tutelar el referido bien jurídico y justifica la limitación del derecho a la libertad personal.

No obstante, no ocurre lo mismo cuando se analiza el test de necesidad, pues este implica, además de la adecuación, que no existan otras medidas igualmente satisfactorias o que no sea posible tutelar el bien jurídico vida de las mujeres por su condición de tal mediante otros mecanismos, lo que pasa por analizar, además, los elementos diferenciadores entre una medida y otra en el sentido de que éstos no afecten otros principios como ocurre con el de igualdad (Caso Carmen liliانا Arlet Rojjasi Pella, 2018, fund. 39).

Vale decir que, el principio de necesidad cuida que la medida legislativa a tomar, la regulación del feminicidio, sea la más adecuada para dar solución al enfrentamiento entre la protección del derecho a la vida de la mujer y la afectación del derecho a la libertad personal del presunto delincuente; esto, por consecuencia, implica la constatación de que no existen medidas menos gravosas y de que no se incluyen nuevas afectaciones en el enfrentamiento entre derechos.

Para el primer extremo, se tiene que existen medidas que incluyen o tutelan el derecho a la vida de la mujer, tal y como ocurre con el delito de homicidio como tipo base, o el asesinato como forma agravada, que

perfectamente pueden incluir agravantes específicas en cada uno de los tipos penales determinadas, no por la calidad de tal, sino por las circunstancias de lesión estructural que se viven en la sociedad peruana.

Es justamente este extremo el que determina que la regulación del feminicidio no sobrepasa el test de necesidad, el hecho de que incluye una nueva afectación de un derecho constitucionalmente reconocido en el escenario, el principio de igualdad, el mismo que determina el siguiente punto de discusión y que, además, cuenta con un análisis independiente respecto del test mismo de igualdad inmerso en la aplicación de esta medida legislativa.

Antes de continuar con el desarrollo del segundo punto de la contrastación de hipótesis, es necesario puntualizar que, al no superar el test de necesidad, es imposible e innecesario desarrollar el test de proporcionalidad propiamente dicho.

El segundo extremo, respecto de la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, se ha dejado sentado que es obligación del legislador hacer diferencias formales en los supuestos que se basan en diferencias materiales; el caso del feminicidio no cumple con tal requisito, puesto que la lesión de una vida es grave y debe ser sancionada, sea esta una lesión causada a una mujer o a un hombre; la única diferenciación posible en cuanto al homicidio puede ser realizada por el juez, luego del conocimiento de las circunstancias del caso, a través de la interpretación del tipo penal y las ocurrencias constatadas.

Contrastándose el segundo componente de la hipótesis, puesto que de lo contrario, se estaría volviendo a las épocas positivistas en que se pretendía que el Derecho camine separado de la moral crítica y que el juez aplique las disposiciones normativas como una fórmula matemática, de la misma manera para todos los casos; lo que confluía con la pretensión de que las disposiciones normativas sean postulados acabados y aplicables a todas las circunstancias por igual, lo que generaba exceso de regulación y la imposibilidad natural de que se prevean todas las conductas a configurarse.

Bajo este entendido es preciso desarrollar lo establecido por el Tribunal Constitucional respecto del test de igualdad (Caso Colegio de Abogados del Cono Norte - Lima, 2005) por el que el tribunal determina si en un caso de regulación, es decir, la toma de una medida legislativa, existe un trato igualitario o un trato desigual.

En el caso en comento, el Tribunal Constitucional establece un camino a seguir, de orden procedimental, e imputable a nivel de razonabilidad, para constatar si existe o no afectación del derecho-principio a la igualdad, el mismo que será seguido en el presente ítem.

En primer término, se encuentra la consideración referida a la toma de la medida legislativa, lo que ocurre también cuando se aplica el test de proporcionalidad, a efectos de constatar si se trata o no de un tratamiento legislativo diferente (fundamento 34); en el caso del feminicidio, desde la

exposición de motivos se ha sustentado un trato legislativo que resulta diferente, basándose en la condición de tal de la mujer, asunto que fue sustentado originariamente por quienes defendían esta postura y la desarrollaron ideológicamente como el “asesinato de mujeres por razones asociadas con su género (...) la forma más extrema de violencia de género, entendida esta como la violencia ejercida por los hombres contra las mujeres en su deseo de obtener poder, dominación o control” (Monárrez, 2004).

Además, se ha agregado a dicho tipo de diferenciación, el homicidio contra las mujeres por cuestiones de desigualdad histórica entre hombres y mujeres que provoca un daño estructural en la sociedad y afecta a las segundas en términos de daños íntimos y no íntimos (Villanueva, 2009)

Es decir que, la medida tiene detrás asuntos de diferenciación por aversión contra la mujer y también situaciones generadas por el daño estructural que ha sufrido la sociedad al minimizar el rol de mujer en distintos aspectos, familiar, laboral, económico-patrimonial, político, entre otros ámbitos de la sociedad.

Luego de esta constatación meramente descriptiva, el Tribunal ha establecido un segundo momento que se adentra más en la afectación o justificación de la afectación del principio-derecho de igualdad, denominado determinación de la intensidad del tratamiento diferente (fundamento 35) respecto del cual se diferencia entre intensidad grave,

media y leve; al respecto, en cuanto a la afectación entre el derecho a la vida de las mujeres y el derecho a la libertad personal del agresor, por definición del propio Tribunal, es grave, puesto que “la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia constitución (...) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental (...) o de un derecho constitucional” (literal a).

El meollo de la discusión en cuanto a este paso, acuñado por el propio Tribunal Constitucional, es la constatación de la intensidad con la que la medida u otras medidas afecten a la igualdad; es decir, en el caso específico, existe un enfrentamiento entre el derecho a la vida de la mujer y el derecho a la libertad que se presenta hipotéticamente en la medida legislativa tomada y la necesidad radica en la afectación que esta medida cause no únicamente al derecho a la libertad personal, sino, además, al derecho a la igualdad entre hombres y mujeres; bajo este supuesto, existen otras medidas que son igualmente adecuadas para tutelar la vida de la mujer pero que afectan en menor medida, es decir con menor intensidad, la igualdad entre varón y mujer.

Bajo esta consideración del Tribunal Constitucional, el análisis de la intensidad de la medida no opera únicamente sobre la afectación de la libertad personal y la tutela del derecho a la vida de la mujer, sino además, la intensidad con la que se afecta la igualdad y el cumplimiento de las finalidades del derecho penal con la aplicación de la medida.

Es claro que la medida tutela con eficacia abstracta al derecho a la vida de la mujer y afecta justificadamente, por *ius imperium*, al derecho a la libertad, empero, respecto de la intensidad con la que se afecta al principio de igualdad, se tiene que en el caso del tipo penal de feminicidio es grave, por enfrentar dos derechos fundamentales, en el caso del homicidio calificado sigue siendo grave por cuanto la constitución del feminicidio como un agravante sigue enfrentando a la vida de la mujer con la libertad, es decir, sigue teniendo carga de diferenciación y, en el homicidio simple es nula, porque no genera diferenciación, es decir, no enfrenta vida de la mujer con libertad, sino el valor vida, sin discriminación alguna.

Al respecto, el Tribunal ha determinado un tercer momento íntimamente ligado con el anterior, la finalidad del tratamiento diferente (fundamento 37), es decir que, debe existir un objetivo, estado de las cosas o situación jurídica que el legislador pretenda conformar a través del tratamiento diferenciado, en el caso concreto, la disminución de las muertes de mujeres, para generar esto, el legislador únicamente puede sustentarse en la finalidad preventiva general de la pena, la cual, como ya se ha señalado anteriormente, es totalmente ineficaz para la situación jurídica que se pretende generar, por otro lado, la finalidad se evidencia también en “el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo”, vale decir que la reducción de las muertes de las mujeres tutelan la vida de la mujer, esa es la finalidad, no obstante, como ya se ha mencionado, la regulación del feminicidio, tanto

como la regulación del homicidio calificado, el homicidio o cualquier otro tipo penal, no sirve para disminuir la muertes de las mujeres ni protege ex ante la vida de la mujer; sino que actúa cuando el crimen ha sido ya cometido.

En consecuencia, el tipo penal de feminicidio no supera el test de proporcionalidad y tampoco el de igualdad; lo que influye directamente la no necesidad de su regulación y en la configuración del principio de mínima intervención.

CONCLUSIONES

1. La relación entre la inclusión del delito de feminicidio en el Código Penal y la protección del principio de mínima intervención del Derecho penal es de extralimitación y respecto del derecho a la igualdad y prohibición de discriminación es de vulneración.
2. La mínima intervención del Derecho penal y su aplicación *ultima ratio* no depende de la importancia del bien jurídico protegido, sino del momento de su aplicación; es por ello que la regulación del feminicidio no hace más importante la vida de la mujer y no podría hacerla, motivo por el cual no es necesaria.
3. La regulación del feminicidio afecta a la igualdad ante la ley y la prohibición de realizar discriminaciones legales generando supuestos que no cuentan con un correlato material; es decir, no existe diferencia entre la afectación de la vida de una mujer y la afectación de la vida de un varón; motivo por el cual tampoco es posible realizar esa diferenciación a nivel formal.
4. La tarea de realizar diferenciaciones entre la afectación del derecho a la vida, pero no abstractas sino concretas, es del juez, no del legislador, en cada caso concreto en el que se determinarán las circunstancias que determinan la pena; esto en consonancia con las teorías pospositivistas.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al congreso de la república la derogación del delito de feminicidio puesto que afecta al principio de mínima intervención y al derecho de igualdad ante la Ley.

PROPUESTA LEGISLATIVA

APRECIACIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Para la elaboración de la presente proposición legislativa se ha tenido en cuenta lo establecido por el artículo 75 del Reglamento del Congreso de la República, referente a los requisitos de las proposiciones legislativas.

El referido artículo establece que las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental. De ser el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos sólo pueden ser dispensados por motivos excepcionales.

Para efectos que pueda ser presentada la iniciativa legislativa, el artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República establece requisitos especiales que resulta importante tenerlos presente.

En efecto, si fuera de interés que sea presentado por el Presidente de la República, deben estar refrendadas por el Presidente del Consejo de Ministros y, en forma opcional, por el Ministro o Ministros cuyas carteras se relacionan en forma directa con la materia cuya regulación se propone.

Si fuera presentada por los Congresistas, se le incorpora el desarrollo de la “Vinculación con el Acuerdo Nacional”, en atención a que es una de las exigencias prevista en el inciso e) del segundo numeral del artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República, referente a los requisitos especiales para presentar proposiciones legislativas que deben de cumplir los Congresistas.

En caso que fuera presentado por los ciudadanos, la iniciativa legislativa debe de ir acompañada por las firmas de por lo menos 0.3% de la población electoral y una resolución expedida por la Oficina Nacional de Procesos Electorales, que declare expedito el procedimiento al haberse realizado la comprobación de firmas, de acuerdo con la ley, que regula la materia. El oficio de remisión al Congreso debe estar firmado por uno o por los diez primeros ciudadanos que suscriben la iniciativa, indicando, además del número de libreta electoral, la dirección donde deba notificársele en caso necesario.

Si el Proyecto de Ley fuera presentado por el Poder Judicial o el Ministerio Público, o los Colegios Profesionales sólo podrán versar sobre asuntos de su exclusiva competencia debiendo precisarse la concordancia de competencia en el documento de remisión.

A continuación, el desarrollo de la proposición legislativa:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El 27 de diciembre de año 2011, mediante Ley se incluyó el delito de feminicidio en nuestra legislación penal con la finalidad de disminuir y erradicar las agresiones físicas, psicológicas contra las mujeres, dotando a estas un *status* preferencial.

Sin embargo, hasta la fecha no está demostrada su eficacia en nuestro país, pues de acuerdo al reporte estadístico de casos de víctimas de feminicidio atendidos por los Centros de Emergencia Mujer publicado en la página web del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables- programa nacional contra la violencia familiar y sexual, los casos de víctimas por feminicidio en el año 2011 fueron 93, en el año 2012 fueron 83, en el año 2013 fueron 131, en el año 2014 fueron 96, en el año 2015 fueron 95, en el año 2016 fueron 124, en el año 2017 fueron 121 y en el año 2018 hasta el 31 de octubre son 119;por tanto, se concluye que no se ha manifestado una disminución considerable de los casos de víctimas por feminicidio desde la entrada en vigencia de este tipo penal.

Aunado a esto, sabemos que la validez de una norma es corroborada cuando existe coherencia y conformidad con las demás normas y más aun con normas que jerarquía superior si las hubiesen. Y, en el caso concreto, existen políticas criminales, principios penales y principios constitucionales que deben ser respetados para reconocer la validez de la norma que crea el tipo penal de feminicidio, las cuales son:

Principio de política criminal del derecho penal como medio de control social secundario. La política criminal de nuestro país reconoce al derecho penal como instrumento de control social que coadyuva con la paz social y la vida en común (no lo garantiza), pero debido a la existencia de medios de control social que influyen de manera directa en la formación de la conciencia social de las personas como la familia , la escuela, las instituciones públicas, privadas o religiosas (llamados medios de control social primarios); es que se otorga al derecho penal una justificación preventiva especial positiva, es decir, a posteriori previniendo que las conductas se vuelvan a cometer reeducando, rehabilitando y reinsertando al delincuente en la sociedad, es por ello que se denomina al derecho penal como un medio de control social secundario.

Por tanto, la política criminal otorga al derecho penal la categoría de medio de control social secundario, porque tras la existencia de diversos medios de control social de las conductas de los individuos, éste se aplica después de la conducta delictiva y cuando los demás medios han fallado (controles sociales primarios).

En ese sentido, las formas más eficaces para evitar conductas tendientes a violentar el derecho a la vida de las personas sin distinción entre varones y mujeres son los medios de control social primarios; puesto que, en el contexto de una sociedad que realiza discriminación negativa entre el varón y la mujer, crea la materia prima para considerar a éstas como ciudadanos subyugados al varón.

Por ello, la regulación del tipo penal de feminicidio como política criminal, carece de sustento y no soluciona la discriminación de la mujer debido a que el génesis de esta diferenciación radica en la sociedad entera e inclusive en los medios de control social primarios (diferenciación de colores, trato, juguetes, etc...); en consecuencia, la regulación del feminicidio es en sí mismo es incoherente e ineficaz para dar solución a un problema que es de concepciones previas.

Por lo que el medio idóneo para la erradicación de la violencia contra la mujer, es el control social primario conformado por las familias, las escuelas, los medios de comunicación, grupos religiosos, grupos de educación alternativa, y otros que tiene la posibilidad de participar en la formación de los seres humanos; y no el derecho penal, que es un medio de control social secundario, y menos aún en el presente caso, debido a que lejos de fomentar igualdad entre el varón y la mujer, los diferencia nuevamente, bajo la falsa creencia de otorgar la calidad de sexo débil a las mujeres.

Principio de mínima intervención en la tipificación del delito de feminicidio. Reconocido ya en el acápite anterior la existencia de medios de control social más idóneos que la tipificación del delito de feminicidio para erradicar la diferencia de género y prevenir de la violencia contra la mujer, como segundo punto analizaremos la necesidad de este tipo penal.

La configuración teoría y dogmática del derecho entienden que la “finalidad del derecho penal no es acabar con las desigualdades sociales”, a su vez,

reconoce que en determinadas circunstancias este debe tener una intervención mínima, siempre que existan medidas igualmente satisfactorias (como los medios de control social primarios).

En consecuencia, la regulación del tipo penal de feminicidio de acuerdo al reporte estadístico de casos de víctimas de feminicidio atendidos por los Centros de Emergencia Mujer publicado en la página web del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables- programa nacional contra la violencia familiar y sexual, no es un medio de control social eficaz ni cumple su finalidad de erradicar la diferencia de género y prevención de la violencia contra la mujer.

En consecuencia, este tipo penal no es necesario para impedir el incremento de la violencia contra la mujer debido a que la resocialización del homicida no se consigue con la diferenciación respecto de matar a un varón o mujer; sino, con la sanción y el tratamiento resocializador dentro del establecimiento penitenciario (dicho tratamiento se realiza por la particularidad del caso y no solo por el tipo penal que fue sentenciado).

Y, por tanto, reconocer que la regulación del tipo penal de feminicidio va a reducir la criminalidad contra las mujeres, es la vuelta de las teorías de prevención general negativa y la falsa creencia de que el delincuente comete el delito tomando en cuenta las prescripciones legales; pues, el delincuente comete el delito por diversos motivos dentro de los cuales puede o no estar la pena que se le impondrá.

Confluencia del derecho a la igualdad y prohibición de la discriminación en la tipificación del delito de feminicidio. Cualquier decisión respecto a la aplicación de políticas criminales o regulación de un tipo penal debe ejercerse tomando en cuenta la perspectiva Constitucional, es decir, en estricto respeto de los derechos fundamentales y los principios que estos fundan.

Por ello, la invalidez del tipo penal de feminicidio, está fundamentada en la falta de coherencia y conformidad con el derecho de igualdad protegido con la prohibición de discriminación negativa, puesto que la discriminación positiva es necesaria en determinadas circunstancias que devienen de la naturaleza misma de la persona; por ejemplo, es natural otorgar mayor plazo de descanso pre y post natal por maternidad a la mujer, debido a que es ella quien sufre las vicisitudes del embarazo y el parto.

En consecuencia, presumir que la mujer es el sexo débil y dotarla de mayor protección regulando el delito de feminicidio, a pesar de ser una situación que no es natural (como el ejemplo anterior), constituye una discriminación general negativa que no guarda coherencia y conformidad con el derecho a la igualdad que toda persona tiene. Por lo que, esta regulación resalta más la diferencia de género y lesiona las perspectivas de prevención general positiva afectando la resocialización al determinar que el hombre será castigado con una pena superior cuando haya lesionado a un ser inferior (mujer).

También, se considera que la derogación del tipo penal de feminicidio se fundamenta en la coherencia de aplicar el derecho penal contemporáneo que

aplica nuestro país, es decir, el derecho penal del acto y no del autor, ya que la vida del varón y la mujer es la misma, y no es relevante para el derecho penal si fue el varón quien mato a su cónyuge o viceversa.

Por estas consideraciones, la regulación de este tipo penal afecta el derecho constitucional de igualdad ante la Ley, al plasmar diferencias formales donde no existen diferencias materiales, puesto que un homicidio es igual de grave sea quien sea el actor, y solo se tendrá en cuenta al sujeto pasivo cuando realmente se encuentre en una situación vulnerable o especial que obligue su diferenciación,

Finalmente, exponemos que continuar con la regulación del delito de feminicidio otorga una discapacidad natural a la mujer (la cual no la tiene) dotándola de un estatus especial que vulnera el derecho a la igualdad; pues, de existir una diferenciación real en un caso concreto, éste se resolverá de acuerdo a sus circunstancias específicas por el Juzgador y no por una disposición normativa.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente propuesta legislativa no irroga gasto al erario nacional financiándose por los ciudadanos que la proponen; en lo que respecta a la ejecución de la notificación que se hace referencia en la fórmula legal, sin demandar recursos adicionales del tesoro público.

Se tienen como beneficiarios a la ciudadanía toda vez que quienes fuesen investigados por el delito de homicidio, lo haría contando con el hecho de que su imputación se realiza en estricto cumplimiento de la mínima intervención penal y el respeto de su derecho a la igualdad.

Asimismo, también se tiene que mencionar como beneficiario al proceso judicial en general toda vez que la presente propuesta legislativa permitirá que cumplan de la mejor manera posible su objetivo fundamental que es la correcta administración de justicia.

EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta no colisiona ni afecta el orden constitucional o legal vigente, por el contrario, permite erradicar la intervención irracional y desproporcionada del Derecho penal en asuntos que no constituyen competencias penales, fomentando el cumplimiento de los derechos fundamentales descritos en nuestra Carta Magna y los principios que inspiran el ordenamiento penal.

VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL

La iniciativa legislativa guarda relación con la Vigésima octava Política de Estado referente a la Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial, cuando se refiere que el Estado: (..) g) establecerá mecanismos de vigilancia al correcto funcionamiento de la administración de justicia, al respeto de los derechos humanos, así como para la erradicación de la corrupción judicial en coordinación con la sociedad civil.

FÓRMULA LEGAL

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE DEROGA EL ARTÍCULO 108-B DEL CÓDIGO PENAL

Artículo 1. Objeto de la Ley

Derogar el artículo 108-B del Código Penal, en protección del principio de mínima intervención del Derecho penal y el derecho a la igualdad ante la ley.

Artículo 2. Derogación del artículo 108-B del Código Penal

Deróguese el artículo 108-B del Código Penal por constituir un tipo penal que afecta el principio de mínima intervención del Derecho penal y el derecho fundamental a la igualdad ante la ley.

Artículo 3. Vigencia de la Ley

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

Artículo 4. Ampliación de la Derogatoria

Déjese sin efecto la parte que contiene el delito de feminicidio de los siguientes artículos: artículo 22 del Código Penal, artículo 3 de la Ley N° 30819, literal a) del Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1368; así como, las disposiciones que se opongan a la presente Ley.

Lima, octubre de 2018.

Congresista de la República

LISTA DE REFERENCIAS

- Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racioalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Núm. 11, 3-14.
- Antony, C. (2011). *Compartiendo Criterios y Opiniones sobre Femicidio. Contribuciones al Debate sobre la Tipificación Penal del Femicidio*. Lima: CLADEM.
- Baratta, A. (2004). *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Bilbao Ubillos, J., & Rey Martínez, F. (2003). *El Principio Constitucional de Igualdad en la Jurisprudencia*. México: CNDH.
- Binder, A. (2011). *Análisis político criminal*. Buenos Aires: Astrea.
- Binder, A. (2014). *Derecho procesal penal. Dimensión político-criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva. Tomo II*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y Libertad*. Barcelona: PAIDOS.
- Bramon - Arias Torres, L. M. (2002). *Manual de Derecho Penal*. Lima : EDDILI.
- Bramont Arias Torres, L. M. (2002). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Lima: EDDILI.
- Bringas Flores, S. (2018). *La discriminación como elemento de tendencia interna trascendente en el delito de feminicidio y su probanza en el distrito judicial de Cajamarca*. Cajamarca: Universidad Nacional de Cajamarca.

- Carbero Farías, P. (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*. Piura: Universidad de Piura.
- CARNEVALI RODRIGUEZ, R. (23 de Abril de 2008). *SCIELO - Scientific Electronic Library Online*. Obtenido de SCIELO - Scientific Electronic Library Online: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v14n1/art02.pdf>
- Caro Coria, D. (2001). Acerca de la “discriminación de género” en el Código Penal Peruano de 1991. *Derecho Penal y Discriminación de La Mujer*.
- Caso Carmen liliana Arlet Rojjasi Pella, Exp. N° 04101-201-PA/TC (Tribunal Conatitucional 06 de febrero de 2018).
- Caso Colegio de Abogados del Cono Norte - Lima, Exp. N° 045-2004-PI/TC (Tribunal Constitucional 29 de octubre de 2005).
- Castillo Alva, J. (2002). *Principios del Derecho Penal Parte General*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Castillo Alva, J. (2004). El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Especial referencia al ámbito penal. *J. Mállap (Ed.) Doxa: tendencias modernas del derecho*, 155-180.
- Castillo Alva, J. (2013). *Proscripción de la arbitrariedad y motivación*. Lima: Grijley.
- Escobar Rivera, C. L., & Jarpa Silva, V. (2013). *El nuevo delito de femicidio en Chile*. Santiago: Universidad de Chile.
- Gálvez Villegas, T., & Rojas León, R.C. (2017). *Derecho Penal Parte Especial (Introducción a la Parte General)*. Tomo I. Lima: Jurista Editores.

- Gutiérrez Camacho, W., & Sosa Sacio, J. (2013). *Igualdad ante la Ley. La Constitución Comentada Tomo I. Análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Hurtado Pozo, J. (1987). *Manual de derecho Penal*. Lima: EDDILI.
- Hurtado Pozo, J. (2000). Anuario de Derecho penal. *Numero 1999-2000*, 1-3.
- Hurtado Pozo, J. (2001). *Moral, Sexualidad y Derecho Penal. Derecho Penal y Discriminación de La Mujer. Anuario de Derecho Penal 1999-2000*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Lascano, C. (2017). La insostenible 'modernización del derecho penal' basada en la 'tolerancia cero' desde la perspectiva de los países 'emergentes'. *Defense sociale*, 158-171.
- Laurenzo Copello, P. (2005). La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología RECPC*.
- Luzón Peña, D., & Mir Puig, S. (1982). *Función de la pena y Teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: BOSCH.
- Monárrez, J. (2004). "Elementos de análisis del feminicidio sexual sistémico en Ciudad Juárez para su viabilidad jurídica. *Ponencia presentada en el Seminario Internacional: Feminicidio, Derecho y Justicia*, (págs. 1-15). México.
- Muñoz Conde, F. (1985). *Derecho Penal y Control Social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez.
- OEA. (03 de febrero de 2015). *Departamento de Derecho Internacional. Organización de los Estados Americanos. Washington D.C.* Obtenido de Departamento de Derecho Internacional. Organización de los Estados

Americanos. Washington D.C:

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Opinión Consultiva, OC-24/17 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de noviembre de 2017).

Peña Cabrera Freyre, A. (2017). *Delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud*. Lima: Gaceta Jurídica.

Peña Cabrera Freyre, R. (2013). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Lima: IDEMSA.

Peña Cabrera Freyre, R. (2013). *El derecho penal del Género: A propósito de la inclusión en el Código Penal del delito de Femicidio*. Lima: Gaceta Jurídica.

Pérez Ruiz, D. E. (2014). *Feminicidio o femicidio en el Código Penal peruano*. Lima: UNMSM.

Polaino-Orts, M., & Ugaz Heudeberg, J. (2012). *Feminicidio y discriminación positiva en el Derecho Penal*. Lima: ARA.

Puch, F. (02 de junio de 2018). *Penología*. Obtenido de Principales teorías: <https://fanypuch.wordpress.com/2017/07/09/3-3-principales-Teorias>

QUIROZ, W. S. (2017). FEMINICIDIO. *EL FEMINICIDIO*, 58.

Ragués Vallés, R. (2003). *Retos actuales de la política criminal y la dogmática penal. Pensamiento Penal y Criminológico. Revista de derecho Penal Integrado*. Córdoba: Editorial Mediterránea.

Ramírez Huaroto. (2011). *Cuando la muerte se explica por el género. Problematizando la tipificación del feminicidio/femicidio*. Lima: Gaceta Jurídica.

- Reátegui Sánchez, J. (2016). *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Volumen 1*. Lima: Legales Ediciones.
- Reátegui Sánchez, J., & Reátegui Lozano, R. (2017). *El Delito de feminicidio en la Doctrina y la Jurisprudencia*. Lima: IUSTITIA.
- Rodríguez, G. (02 de junio de 2018). *Derecho penal on line*. Obtenido de El Derecho Penal:
<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,407,0,0,1,0>
- Salinas Siccha, R. (2017). *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen 1*. Lima: IUSTITIA.
- Sánchez Barrenechía, J. (2014). “*Si me dejas, te mato*” – *El Feminicidio Uxoricida en Lima*. Lima: PUCP.
- Silva Sánchez, J. (1992). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: BOSCH.
- Toledo Vásquez, P. (2009). *Feminicidio*. México: Naciones Unidas.
- Villanueva Flores. (2011). *Tipificar el Feminicidio: ¿La huída simplista al derecho penal? En Contribuciones al debate sobre la tipificación Penal del Feminicidio/femicidio*. CLADEM.
- Villanueva, R. (2009). *El Registro del Feminicidio del Ministerio Público*. Lima: Ministerio Público.
- Villavicencio Terreros, F. (2014). *Derecho Penal. Parte Especial*. Lima: Grijley.
- Villegas Fernández, J. (2009). ¿Qué es el principio de intervención mínima?
Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 23, 1-10.
- Vives Antón, T. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Von Liszt, F. (1998). *Tratado de Derecho Penal. Tomo I*. Madrid: Hijos de Reus.

Zaffaroni, E. (1993). *En busca de las penas perdidas: Deslegitimación y Dogmática Jurídico – Penal*. Santa Fe de Bogotá: Temisa.