

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“ANÁLISIS DE LA VULNERACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE
CULPABILIDAD E INTERVENCIÓN MÍNIMA EN EL DELITO DE
FEMINICIDIO DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE”**

Tesis presentada por la Bachiller en Derecho:
LUZ CELESTE VALENZA TRUJILLO
Para optar el Título Profesional de:
ABOGADA.

AREQUIPA – PERÚ

2015

“Justicia es el hábito de dar a cada quien lo suyo”

Domicio Ulpiano

“El Derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal”

Franz von Litz

“Toda ley que viole los derechos inalienables del hombre es esencialmente
injusta y tiránica, no es una ley en absoluto”

Maximilien Robespierre



A Dios por su infinito amor;
A mis padres porque sin ellos nada sería posible;
Y a mis hermanos por compartir tanto junto a mí.

INTRODUCCIÓN

1. Empecemos mencionando al Derecho penal del enemigo de Gunther Jakobs; a través del cual, se faculta:“(…) penar la conducta de un sujeto peligroso en etapas previas a la lesión, con el fin de proteger a la sociedad en su conjunto (…)”¹. De ello se infiere, dar un tratamiento especial al enemigo, al sujeto peligroso que genera riesgo en la sociedad y por tanto debe ser penado. Ésta aplicación fue dada en un régimen totalitario como el nazi, en plena vigencia del Estado de Derecho.

No obstante, la doctrina penal señala que existen otros ordenamientos jurídicos penales autoritarios, como el Derecho Penal Terrorista, el cual tiene como único objetivo controlar a la sociedad, no importando la vulneración de derechos y garantías fundamentales del ciudadano. Siendo su premisa: El fin justifica los medios.

De lo anotado se aprecia que en ambos casos se tiene un punto en común: Ambas son manifestación de un Derecho penal autoritario, un derecho penal que abandona los límites que todo Estado de derecho posee, vulnerando así derechos y garantías del ciudadano.

Siguiendo la línea e ingresando al tema de nuestra investigación, ubicamos de manera contraria a la legislación peruana con un Estado social y democrático de derecho, respetuoso de la Constitución, de las leyes y el ciudadano, forma de Estado que posee la facultad de crear delitos e imponer penas, o como mejor lo denomina la doctrina *ius puniendi*; empero, esta facultad está sometida a límites, los cuales son manifestados a través de los principios

¹ BETSABÉ HAZRÚN. Derecho Penal del enemigo. Publicado en la página web: <http://www.derecho.unc.edu.ar/njrj/revista-no-1/derecho-publico/derecho-penal-del-enemigo>, consultado por última vez el 20 de Octubre del 2015.

del Derecho Penal. Asimismo, se advierte que el desacato de los mencionados supone la quiebra del Estado de Derecho y vulneración a los derechos del ciudadano.

2. Partiendo de esa premisa y para el desarrollo de la investigación, tomaremos dos límites para analizarlo frente al actual delito de feminicidio. Los principios que hacemos alusión son: La Culpabilidad e Intervención Mínima del Estado.

Ante ello, diremos que el feminicidio como problema social es un crimen hacia la mujer, que durante los últimos años ha alcanzado cifras realmente alarmantes en nuestro país, partiendo de ese dato los legisladores realizaron modificaciones legislativas en el Código Penal, tal como la primigenia incorporación del delito de feminicidio con fecha 27 de Diciembre del 2011, la cual la incluía como forma del delito de parricidio; no obstante, actualmente la figura en mención fue modificada y la podemos ubicar como un delito autónomo en el artículo 108-B del mencionado ordenamiento jurídico penal.

A partir de la primera inclusión penal, ésta nueva figura delictiva ha generado polémica respecto a su regulación, por parte de juristas, académicos y abogados, tales como Raúl Alonso Peña Cabrera, Hugo Silfredo Vizcardo, entre otros. A pesar de ello, hemos ubicado dos problemas, los cuales a través de la presente investigación, pretendemos resolver.

Iniciemos manifestando que la conducta prohibida del delito de feminicidio señala: “El que mata a una mujer por su condición de tal (...)”². La primera interrogante que nos hacemos es: ¿A qué hace referencia el legislador cuando señala: por su condición de tal?

² Artículo 108-B Código Penal peruano.

Si indicamos que hace referencia al sexo de la víctima pero basada en una discriminación de género, nos referimos a una motivación; sin embargo, el problema viene aquí, no todo homicidio que tenga como víctima una mujer y se haya producido dentro de los contextos establecidos por la norma, supone el mencionado motivo. Por lo que se nos avecina la interrogante del problema ¿la existencia de una motivación en el tipo penal, genera riesgo de presunción al momento de la aplicación? Ya que si ello fuese así, quebrantaría uno de los límites establecidos por el Derecho Penal, el principio de Culpabilidad.

El segundo problema que planteamos está abocado a la decisión legislativa de recurrir al ordenamiento jurídico penal, para incorporar una nueva figura delictiva frente a un problema social tan notorio como es el feminicidio. Al respecto nos preguntamos: ¿Se ha agotado las vías extra penales, antes de incorporar el delito de feminicidio? ¿Existe impunidad en el caso de no regulación del delito de feminicidio? Si se llegase a confirmar que no se ha agotado las vías alternas a la penal y si no existiese impunidad ante este tipo de crimen, se quebrantaría el límite de la Intervención Mínima del Estado

3. Mencionados los dos problemas ubicados en la presente investigación, determinaremos la vulneración a los principios de Culpabilidad e Intervención Mínima en el delito de feminicidio tipificado en el artículo 108-B de nuestro Código Penal vigente.

Para esto pretendemos establecer si la existencia de una motivación en el tipo penal del delito de feminicidio, genera riesgo de presunción al momento de la aplicación y por tanto una vulneración al principio de Culpabilidad. Así también pretendemos establecer si la inclusión del delito de feminicidio vulnera el principio de Intervención Mínima.

4. Para ello, hemos planteado las siguientes hipótesis, las cuales serán sometidas a comprobación en la presente investigación. Como hipótesis principal indicamos: Dado que, se ha analizado a los principios de Culpabilidad e Intervención Mínima y teniendo en cuenta que toda inclusión penal debe respetar los límites de la potestad punitiva del Derecho Penal, es probable que, el delito de feminicidio vulnere a los principios de Culpabilidad e Intervención Mínima.

Dado que, el tipo penal del delito de feminicidio exige para su configuración la motivación de discriminación de género en el sujeto activo, y al ser una circunstancia interna del agente, que aumentaría la culpabilidad del agente, es probable que, ante la presencia de un homicidio que tenga como víctima una mujer y ello suceda en los contextos establecidos por la norma, se presuma que la motivación del agente haya sido la discriminación de género, aumentándose la culpabilidad del agente y vulnerándose así el Principio de Culpabilidad.

Dado que, se debe optar por el Derecho Penal y la pena como última ratio ante las vías socio-políticas y jurídicas que cuenta el Estado; y al observarse que debido al aumento de cifras de feminicidios en el país, se ha incluido al delito de feminicidio, es probable que, que no se haya tenido en cuenta la subsidiariedad del Derecho Penal como política social, y la necesidad de delito a razón de si éste tipo de crimen puede ya estar cubierto por alguna de las figuras delictivas que tutelan la vida, vulnerándose así al Principio de Intervención Mínima.

5. No obstante, para cumplir los objetivos y así comprobar o desvirtuar las hipótesis trazadas, hemos obtenido información de todas las fuentes disponibles en el derecho, recurriendo a la doctrina nacional como internacional a fin de conocer lo relativo a la presente investigación.

6. Con el objetivo de desarrollar el marco teórico de la presente investigación, hemos dividido el análisis en cinco capítulos:

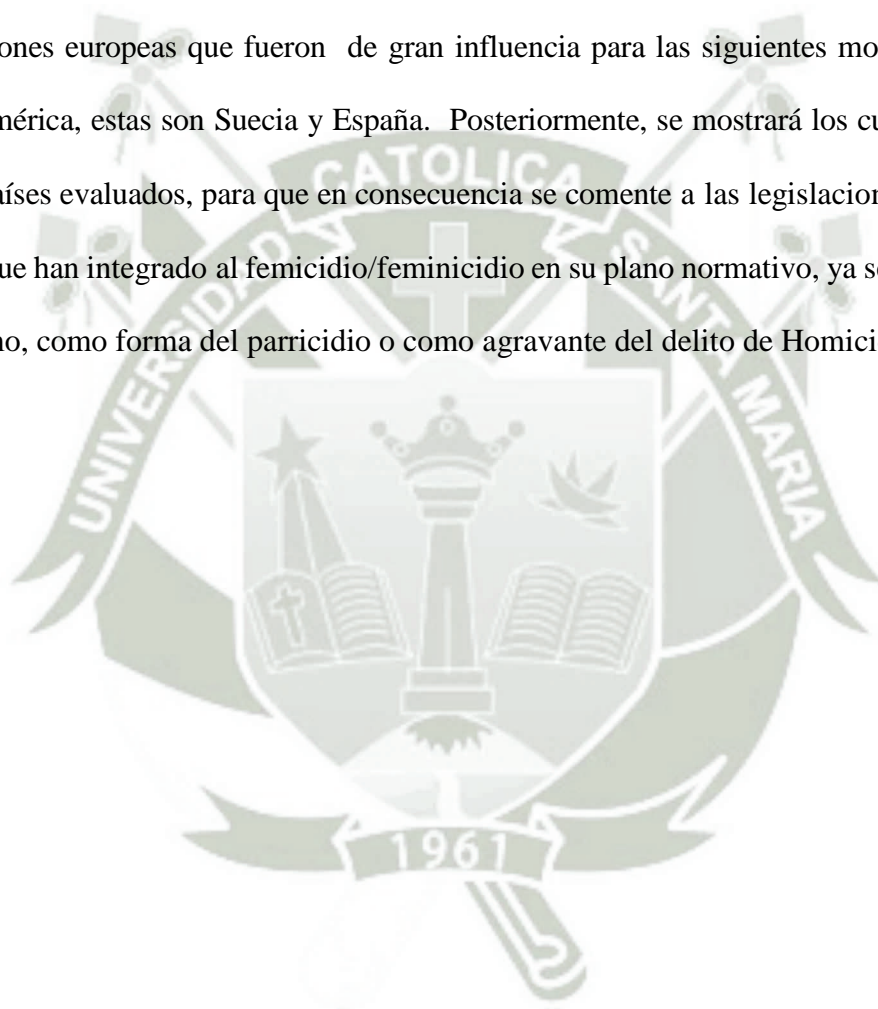
El primer capítulo está abocado al Estado social y democrático de derecho que adopta el Perú, conoceremos en que consiste ello, seguidamente haremos alusión a la facultad punitiva de éste Estado y cuáles son los límites que éste posee, ya que con ello conoceremos el origen de los principios evaluados.

El segundo capítulo, contará de dos partes en la primera parte nos centraremos en el principio de culpabilidad como límite al *ius puniendi*, mencionaremos al fundamento de éste, explicaremos a la culpabilidad como categoría dogmática del delito y las teorías que ésta presenta, la segunda parte estará abocado al principio de intervención mínima del Estado, mencionaremos en qué consiste ello, cuáles son las dos características indispensables para su configuración, haciendo hincapié en uno de los caracteres del mismo.

El tercer capítulo, describirá al feminicidio como problema social, cual es la tipología que adopta el Perú y cuáles son las características del mismo, posteriormente se describirá al feminicidio como delito en la legislación peruana como fue su primigenia incorporación y en consecuencia, se señalará el artículo vigente del delito de feminicidio publicado el 18 de Julio del 2013.

En el cuarto capítulo, nos encargaremos de responder las interrogantes planteadas, confrontando al delito de feminicidio con los principios de culpabilidad e intervención mínima, a fin de determinar el objetivo principal de la investigación: si el delito de feminicidio contraviene los principios señalados.

El último capítulo, hará referencia al derecho comparado, se iniciará describiendo a dos legislaciones europeas que fueron de gran influencia para las siguientes modificaciones en Latinoamérica, estas son Suecia y España. Posteriormente, se mostrará los cuadros resumen de los países evaluados, para que en consecuencia se comente a las legislaciones de América Latina que han integrado al femicidio/feminicidio en su plano normativo, ya sea como: delito autónomo, como forma del parricidio o como agravante del delito de Homicidio.



RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN

RESUMEN

El Estado social y democrático de derecho que adopta el Perú, posee la facultad de crear delitos e imponer penas; sin embargo, este poder punitivo del Estado no es ilimitado, ya que posee principios que evitan que traspase su propia naturaleza y en consecuencia la quiebra del Estado de derecho. Dos de esos límites son: el principio de Culpabilidad e Intervención mínima, el primero parte de un Estado social y el segundo de un Estado democrático protector de la dignidad humana, ambos límites regulan el poder punitivo en la creación de normas penales e imposición de penas. Siendo ello así, analizamos el actual delito de feminicidio frente a los principios señalados, tomando como contenido el marco teórico presentado, a fin de analizar la vulneración a los principios de Culpabilidad e Intervención Mínima en el delito de feminicidio del Código Penal vigente. Tras el análisis aludido, indicamos que respecto al primer límite ubicamos que la figura delictiva del feminicidio muestra en su tipo penal una motivación que genera riesgo de presunción ya que al tratarse de una circunstancia interna del agente, ésta puede ser presumida, siendo así se muestra una sentencia de feminicidio con el artículo vigente, a través de la cual toma forma la presunción visibilizada. Así también analizamos al principio de intervención mínima, en su aspecto subsidiario y de última ratio, revisando así el plan nacional y el balance del mismo; no obstante, examinamos la necesidad de incluir al delito de feminicidio, revisando a los delitos que tutelan el bien jurídico que es la vida, mostrando así la falta de impunidad ante éste tipo de crimen. Demostrando al concluir la investigación, la afectación de los límites evaluados.

SUMMARY

The social and democratic state of law that adopts Peru, has the power to create offenses and impose penalties; However, the punitive power of the State is not unlimited, since it has principles that prevent transferred its nature and therefore the failure of the rule of law. Two of these limits are: the principle of guilt and minimum intervention, the first part of a social state and the second of a democratic state protecting human dignity, both limits governing punitive power in the creation of criminal law and sentencing. This being so, we analyze the current crime of femicide against the above principles, based on content presented theoretical framework to analyze the violation of the principles of Minimum Intervention guilt and the crime of femicide in the Criminal Code. Following the aforementioned analysis we indicated that compared to the first limit we place the offense of femicide shown in his criminal motivation that generates risk assumption as to be an internal circumstances of the agent, it may be presumed, thus being shown a sentence of existing Article femicide, through which it takes shape the presumption made visible. So also we analyzed the principle of minimum intervention, reviewing the national plan and the balance thereof; however, we examine the need to include the crime of femicide, checking to offenses that protect the legal right that is life, showing a lack of impunity for this type of crime. Demonstrating the conclusion of the investigation, the allocation of limits evaluated.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	iv
RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN.....	xi
ÍNDICE	xiv
RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	xviii
MARCO TEÓRICO	xxviii
CAPÍTULO I. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	1
1.1. ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	2
1.1.1. El Estado Social de Derecho.	2
1.1.2. El Estado Democrático de Derecho.	2
1.1.3. El Estado de Derecho.	3
1.2. EL DERECHO PENAL EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO..	4
1.2.1. El poder punitivo del Estado.	5
1.2.1.1. Principios limitadores del poder punitivo.	10
1.2.1.1.1. ¿Qué son los principios limitadores del ius puniendi?.....	10
1.2.1.2. Clasificación de los límites del poder punitivo estatal.	12
1.2.1.2.1. Límites de un Estado social.....	12
1.2.1.2.2. Límites de un Estado democrático.	13
1.2.1.2.3. Límites de un Estado de derecho.....	13
CAPÍTULO II: LOS PRINCIPIOS DE CULPABILIDAD E INTERVENCIÓN MÍNIMA... 16	
2.1. LIMITE AL “IUS PUNIENDI” EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO	17
2.1.1. El principio de Culpabilidad.	17
2.1.2. Esencia del principio de culpabilidad.....	17
2.1.3. Fundamento del principio de culpabilidad.	20
2.1.4. Presunciones de Culpabilidad.	20
2.1.5. Contenido del principio de culpabilidad.	21
2.1.5.1. Principio de personalidad de la sanción penal.	22
2.1.5.2. Principio de responsabilidad por el hecho.....	24
2.1.5.3. Principio de exclusión de responsabilidad puramente objetiva.....	25
2.1.6. La culpabilidad como categoría dogmática del delito.....	25
2.1.6.1. Concepto de Culpabilidad.	26
2.1.6.2. Teorías sobre la culpabilidad.....	27
2.1.6.3. Fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad.....	32

2.1.6.4. Formas o especies de la Culpabilidad.	34
2.1.6.5. Graduación de la Culpabilidad.	35
2.2. LÍMITE AL “IUS PUNIENDI” EN UN ESTADO SOCIAL	36
2.2.1. El Principio de Intervención Mínima.	36
2.2.2. Derecho Penal Mínimo y Derecho Penal Máximo.	38
2.2.3. Derecho penal moderno.	41
2.2.4. Características del Principio de Intervención Mínima.	43
2.2.5. Principio de Intervención Subsidiaria del Derecho Penal.	47
2.2.5.1. El Concepto de Subsidiaridad y sus premisas.	47
2.2.5.2. El marco de la Teoría de las normas.	49
2.2.5.3. Alcances de la Intervención subsidiaria del Derecho Penal.	51
2.2.6. Principio de Intervención Fragmentaria del Derecho Penal.	57
2.2.6.1. Fragmentariedad y criminalización de conductas.	58
CAPÍTULO III. EL DELITO DE FEMINICIDIO EN EL PERÚ	60
3.1. FEMINICIDIO	61
3.1.1. Aspectos generales.	61
3.1.2. Concepto de la expresión feminicidio.	62
3.1.3. El feminicidio en el Perú.	63
3.1.4. Tipología del Feminicidio.	64
3.1.5. Características del feminicidio.	66
3.2. EL DELITO DE FEMINICIDIO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO	67
CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DE LA VULNERACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE CULPABILIDAD E INTERVENCIÓN MÍNIMA EN EL DELITO DE FEMINICIDIO DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE	69
4.1. EL DELITO DE FEMINICIDIO Y EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD	70
4.1.1. Condición de mujer.	70
4.1.2. Vulnerabilidad de la mujer.	75
4.1.3. Motivación o finalidad.	76
4.1.4. Motivación del agente.	80
4.1.5. Presunciones: Iure et de iure / Iuris tantum.	82
4.1.6. Hechos ajenos.	85
4.1.7. Mayor culpabilidad.	87
4.1.8. Vulneración al Principio de Culpabilidad.	91
4.1.9. Síntesis de lo evaluado.	93

4.1.10. Sentencia del delito de feminicidio.....	95
4.2. EL DELITO DE FEMINICIDIO Y EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA.....	99
4.2.1. Posturas dogmáticas de la inclusión del delito de feminicidio.....	99
4.2.2. Políticas públicas frente al feminicidio.....	107
4.2.3. Cuadros de estadísticas de feminicidios y tentativas de feminicidios.....	113
4.2.4. El delito de homicidio y derivados.....	120
4.2.4.1. Homicidio simple.....	120
4.2.4.2. Parricidio.....	122
4.2.4.3. Homicidio calificado.....	123
4.2.4.4. Homicidio por emoción violenta.....	125
CAPÍTULO V. EL DELITO DE FEMINICIDIO EN EL DERECHO COMPARADO.....	129
5.1. EL FEMICIDIO EN EUROPA.....	130
5.2. CUADROS RESUMEN DEL FEMICIDIO/FEMINICIDIO EN AMÉRICA LATINA.....	132
5.3. EL FEMICIDIO EN AMÉRICA LATINA.....	135
5.3.1. Países que incorporaron al feminicidio como un delito autónomo en su Código Penal o en una ley especial.....	135
5.3.1.1. El feminicidio como delito autónomo en una ley especial.....	144
5.3.2. Países que incorporaron al feminicidio como forma del delito de parricidio.....	153
5.3.3. Países que incorporaron como agravante de homicidio la muerte de una mujer.....	154
CONCLUSIONES, SUGERENCIAS Y PROPUESTA.....	155
BIBLIOGRAFÍA, HEMEROGRAFÍA E INFORMATIGRAFÍA.....	155
ANEXOS.....	155

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN



Capítulo I: El Estado social y democrático de derecho

1.El Estado peruano cumple las características básicas del Estado Social y democrático de Derecho, tal como lo anotan los Artículos 3 y 43 de la Constitución Política del Perú: La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado de Derecho posee la potestad punitiva de crear delitos e imponer penas; empero, esta facultad no es ilimitada ya que cuenta con las garantías propias del Estado de Derecho, las cuales constituyen un límite a éste.

El control del poder punitivo en cualquier sociedad, debe encaminarse a que la aplicación de las normas penales excluya la arbitrariedad y el exceso, por parte de quienes ejercen ese poder para imponer sanciones penales; el derecho del Estado está limitado garantizando los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario estatal³.

2.Los principios “jurídico-penales” constituyen el límite que la sanción punitiva no puede rebasar, no puede desbordar, mucho menos desconocer, so pena de ingresar a un ámbito de oscurantismo, donde el poder prevalece sobre el Derecho; la plataforma programática de un Derecho penal democrático respeta las garantías y determina la defensa de las libertades fundamentales ante el poder penal estatal⁴.

Los límites de la potestad punitiva derivan de la característica de Estado que se adopta.

³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal. Concepto y principios constitucionales*. 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 200.

⁴ PEÑA CABRERA, Alonso. *ESTUDIOS CRÍTICOS DE DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL a partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales*. Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C., 2013, p. 34.

La modalidad social, subordina el ejercicio del *ius puniendi* del Estado a lo estrictamente necesario para mantener la coexistencia pacífica entre súbditos, y proteger los intereses que estos califican como fundamentales, los límites que derivan de éste son: El principio de Intervención Mínima y el principio de protección de bienes jurídicos. La naturaleza democrática del Estado subordina la facultad de sancionar al más amplio respeto de los derechos fundamentales del hombre, de ello derivan los principios de: Humanidad, Culpabilidad, Proporcionalidad y Resocialización. La modalidad de Estado de derecho alude a un ordenamiento normativo producto de una manifestación de voluntad soberana de la sociedad, libremente expresada, no a un sistema normativo impuesto, sea por la autoridad o un grupo, el único límite que deriva de éste es el principio de legalidad o reserva⁵.

Capítulo II: Los principios de Culpabilidad e Intervención Mínima

3. El principio de culpabilidad, es el límite mínimo que el Estado debe respetar si es que se pretende legitimar su intervención y la aplicación del instrumento estatal más poderoso: la pena, sirve de fundamento a todas las exigencias que entraña la prohibición de castigar a un inocente en un Estado social y democrático de Derecho respetuoso de la dignidad humana⁶.

La esencia del principio de culpabilidad en la consagración de un estado de Derecho que lo inspira y legitima como deducción jurídico constitucional del mismo, se inspira en dos elementos: 1 ° Que no haya pena sin culpabilidad y 2° Que no haya una pena que exceda la

⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 7° edición. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2005, pp. 113-114.

⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal-Parte general*. Presentación y anotaciones de Percy García Caveró. Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2004, p.557.

medida de la culpabilidad.

El contenido del principio de culpabilidad, establece que sólo puede perseguirse y castigarse penalmente a quien intervino en la comisión de un delito por un hecho propio, con dolo o culpa, y con una motivación racional normal; sin duda alguna, el principio de culpabilidad constituye un indispensable límite al poder punitivo estatal no sólo para evitar cualquier castigo motivado en hechos de otros, en una responsabilidad puramente objetiva o basada exclusivamente en las características personales del autor, sino también para no sobrepasar la medida o grado del injusto cometido, por ello el principio de culpabilidad limita el derecho penal a los hechos propios cometidos por un ser racional culpablemente (dolo o culpa), y establece el marco justo preciso y equitativo de la pena⁷.

4. El principio de Intervención Mínima es un límite del derecho penal subjetivo, que restringe usarlo únicamente cuando se han agotado los demás medios que pueden emplearse, para evitar comportamientos socialmente negativos y que afecten gravemente los bienes jurídicos tutelados; es el límite que debe ser empleado por el legislador penal a quien le sirve de guía y orientación, ya que se encuentra en la cúspide del sistema penal y es finalmente quien abre las puertas del mismo⁸.

El principio de intervención mínima supone la concepción del delito tanto como un problema social como jurídico. El delito, si bien es objeto de sanción por el Derecho penal, en virtud a las consecuencias nocivas que arrastra, su solución corresponde al Estado y a la sociedad

⁷ YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 2002, p.296.

⁸ MIR PIUG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. 2º edición. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2003, p. 125.

en su conjunto; implica la renuncia a la contemplación del fenómeno criminal como un problema eminentemente formal o puramente jurídico, pues de ser así, el delito tendría que ser resuelto sólo por el Derecho sin intervención de otro sector del control social, por tanto proporciona el concepto de dicotomía social - jurídico.

Mientras un Estado democrático interviene limitando los derechos de los ciudadanos en los casos que sea necesario para garantizar la paz social; un estado totalitario aprovechara cualquier perturbación al orden público o político para criminalizar cualquier conducta. Este límite ayuda a controlar e identificar su grado de legitimidad. A mayor y más indiscriminada intervención estatal, menor legitimidad democrática del Estado; a menor intervención estatal, mayor legitimidad democrática del mismo⁹.

El principio de intervención mínima posee dos características inherentes al mismo, sin las cuales no tendría razón de ser, la subsidiariedad y fragmentariedad.

5. El carácter subsidiario del Derecho penal, supone un límite para el legislador, quien sería libre para no atender al mismo. Se distingue entre una subsidiariedad formal o jurídica y una subsidiariedad socio-política. La primera legitima la intervención del Derecho penal sólo cuando los otros controles jurídicos fallan o resultan insuficientes para resolver una perturbación social grave (delito), mientras que la segunda aparece al exigir que el Derecho penal deba ser la última arma de la política social¹⁰.

⁹ CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios del Derecho Penal Parte General*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2002, p. 210.

¹⁰ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Conceptos y límites del Derecho penal*. Madrid: Temis, 1994, p.74.

6. El carácter fragmentario del Derecho penal se ocupa de castigar los ilícitos más graves, ya sea por la importancia del bien jurídico o por la dañosidad social de la conducta, de todos los ilícitos existentes, el Derecho penal prohíbe y castiga únicamente los más graves, dejando la sanción de los demás ilícitos leves o insignificantes, a otros controles jurídicos formales; este principio cumple así una función selectiva y de elección de los ilícitos más graves¹¹.

Capítulo III: El delito de feminicidio en el Perú

7. El feminicidio como problema social es uno de los crímenes más horribles que puede existir, debido a su vinculación al género de la víctima, la mujer.

El concepto del mismo es variado; empero, todas tienen un punto en común el cual es la discriminación de género.

Las características más frecuentes de este tipo de homicidio según el Observatorio de criminalidad del Ministerio Público, son las siguientes: Edad de la víctima: 25 – 34 (31.3%), Edad del victimario: 25 – 34 (28.3%), Relación entre victimario y víctima: Conviviente o ex conviviente (45.9%), Características del feminicidio: Motivo: celos (33.3%) – Forma de homicidio: golpeada (31.3%) – Lugar de homicidio: dentro de la casa (62.5%)¹².

El delito de feminicidio en el Perú, fue incluido por primera vez a través de la Ley 29819, para dar cabida por primera vez, dentro del delito de parricidio, previsto en el artículo 107 del cuerpo de normas anotado, a la modalidad criminal de “feminicidio”; sin embargo, casi

¹¹ CASTILLO ALVA, José. *Principios del Derecho Penal parte general op.cit.*, p. 224.

¹² FUENTE: Observatorio de criminalidad del Ministerio Público.

dos años después ésta fue modificada, dejando de ser forma del parricidio, para actualmente ser un delito autónomo ubicado en el artículo 108-B del Código penal vigente.

Capítulo IV: El delito de feminicidio frente a los principios de Culpabilidad e Intervención Mínima.

8. El tipo de condición de mujer a la que hace referencia el delito de feminicidio, es el sexo de víctima; empero, sobre una base de discriminación de género tal como lo evidencia la exposición de motivos de la Ley que introduce el delito en mención.

En todos los casos de homicidio hacia una mujer, en los contextos establecidos en la norma, no debe presumirse la vulnerabilidad de la víctima; es decir, la sumisión y desigualdad que ésta sufra.

El sujeto activo al cometer el homicidio hacia una mujer, debe actuar motivado en la discriminación de género, para que pueda configurarse el delito de feminicidio.

Existen casos en los que el agente actúa motivado en la discriminación; empero, en todos los casos no es así, cuando concurre un caso y no se ha actuado bajo esa motivación, se está atribuyendo una responsabilidad general de que todos los varones que maten a una mujer en los contextos establecidos por la norma lo hacen bajo el motivación en mención.

Al ser la motivación parte del delito de feminicidio y al ser valorado ella en sede de la culpabilidad, ésta supone una mayor culpabilidad, un mayor reproche de culpabilidad y por tanto una mayor penalidad.

El principio de culpabilidad será vulnerado, cuando la existencia de la motivación que exige el tipo penal se presume al momento de su aplicación, en la sentencia presentada se desprende que en los hechos materia de resolución, no existe la situación de vulnerabilidad de la víctima presumiéndose la motivación de discriminación de género que exige la norma, materializándose el riesgo de presunción que implica una motivación en la descripción del tipo de éste delito.

Primero por responsabilizar al sujeto por hechos de otros hombres (subprincipio de personalidad de las penas) y segundo porque la pena estaría sobrepasando la responsabilidad del agente (esencia del principio de culpabilidad).

9. El delito de feminicidio fue incluido sin respetar los límites para la creación de delitos; esto es, la intervención subsidiaria del derecho penal, analizando el principio en mención ésta indica, que antes de recurrir al Derecho penal se debe agotar las vías socio-políticas y jurídicas que cuenta el Estado; sin embargo, analizando las políticas públicas realizadas previas a la incorporación del delito, ubicamos que al momento de implementar el delito de feminicidio, se encontraba en ejecución el plan nacional de prevención del feminicidio; esto es, sin concluirse y por tanto sin comprobar la eficacia de ésta, recurriéndose a la rama más dura del Derecho, la norma penal, decisión que chocaría directamente con la última ratio del derecho penal, así también éste principio señala la necesidad de creación de delitos; al respecto, evaluamos si este tipo de crimen es sancionado por el código penal, con lo que comprobamos que si es sancionado por el mismo, ya que se cuenta con los instrumentos para hacer frente a este delito.

El Derecho Penal, en la tarea de prevención de la violencia en la relación de pareja, constituye el último recurso en manos del poder público, dada la exigencia, inexcusable en un Estado social y democrático de Derecho, de ubicar al sistema punitivo en el lugar postrero a la hora de pergeñar las diversas estructuras de tutela de los proyectos vitales de los seres humanos. Su presencia, consecuentemente, se ciñe a ser el colofón de una estrategia preventiva, de contenido educativo y finalidad comunitaria, centrada en fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en el entramado social y acuñar los valores de libertad y diversidad en las relaciones personales. La colocación de la función penal del Estado en la línea de cierre del sistema institucional de tutela no cohonesta con propuestas públicas, de fértil presencia en la agenda política por su rápida acogida mediática e inmediata percepción¹³.

Capítulo V: El delito de feminicidio en el derecho comparado

10. Dos legislaciones europeas fueron de gran influencia para las siguientes modificaciones en Latinoamérica, ya que éstas siguen una tendencia iniciada por legislaciones penales europeas en particular las disposiciones que contiene el Código Penal sueco desde 1998, y español del 2004, se observa que la legislación española optó por normas penales género específicas para sancionar la violencia contra las mujeres. En este sentido la legislación sueca, si bien sanciona separadamente la violencia contra las mujeres en relaciones de pareja (heterosexuales) no altera la penalización, que será idéntica para cualquier otro caso de violencia ejercida dentro de relaciones de pareja

¹³ ALONSO ALAMO, Mercedes. “Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género”. *Cuadernos de Política Criminal*, 2008. En: 9, consultado por última vez el 16 de Agosto del 2015.

Cosa distinta a las posteriores inclusiones en América Latina, ya que estas integraron al femicidio/feminicidio en su plano normativo, ya sea como: delito autónomo en el Código penal o en una ley especial, como forma de parricidio o como agravante del delito de Homicidio. Concretamente son 16 países de América Latina que incluyeron al femicidio/feminicidio con alguna modalidad mencionada (Bolivia, Brasil, Ecuador, Honduras, México, República Dominicana, Nicaragua, Panamá, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Colombia, Argentina, Venezuela, Chile y Perú). Al respecto se observa que más del 70% de estas legislaciones, toman en cuenta, el género de la víctima, otras hacen mención de manera no clara; sin embargo, se evidencia que su finalidad es la protección a las mujeres víctimas de violencia de género y en consecuencia feminicidio.



MARCO TEÓRICO

■ Capítulo I.

EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

TÍTULO I. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

SUMARIO: 1.1. El Estado social y democrático de derecho. 1.1.1. El Estado Social de Derecho. 1.1.2. El Estado Democrático. 1.1.3. El Estado de Derecho. 1.1.4. El poder punitivo del Estado. 1.1.4.1. Principios limitadores del poder punitivo del estado según la doctrina. 1.1.4.1.1. ¿Qué son los principios limitadores del *ius puniendi*? 1.1.4.1.2. Clasificación de los límites del poder punitivo estatal. 1.1.4.1.2.1. Límites de un Estado social. 1.1.4.1.2.2. Límites de un Estado democrático. 1.1.4.1.2.3. Límites de un Estado de derecho.

1.1. ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El Estado peruano formalmente, asume las características básicas del Estado Social y democrático de Derecho, tal como lo anotan los Artículos 3 y 43 de la Constitución Política del Perú: La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

Siendo ello así, desglosaremos cada característica que éste posee.

1.1.1. El Estado Social de Derecho.

Es todo aquel que cuya prioridad sean las obligaciones sociales; es decir, de encaminar la justicia social. Deriva del valor fundamental de la igualdad y de la declaración del principio de justicia social, como base del sistema económico. Es un sistema que se dispone a fortalecer servicios y garantizar derechos esenciales, para mantener el nivel de vida digno de cada miembro en la sociedad. En ese sentido el Estado se presenta como garante de asistencia sanitaria, salud, educación pública, trabajo, vivienda digna, indemnización de desocupación, subsidio familiar, acceso a los recursos culturales, asistencia del anciano e inválido y defensa ecológica. El estado debe garantizar los denominados derechos sociales mediante su reconocimiento en la constitución.¹⁴

1.1.2. El Estado Democrático de Derecho.

La expresión "democracia" procede de un término griego compuesto de "demos" y "cracia", es pues, manifestación del poder popular.

¹⁴ CARLOS SANTAELLA. Estado social y democrático de derecho. Publicado en la página web: <http://www.monografias.com/trabajos91/estado-democratico-y-social-derecho-y-justicia/estado-democratico-y-social-derecho-y-justicia.shtml#ixzz2vGIU7ZJ> , consultado por última vez el 25 de Setiembre del 2015.

El hecho de que el pueblo, desde el sufragio, administre su propio destino, resulta el mejor de los sistemas siempre que se den las premisas necesarias para la consecución del interés general¹⁵.

Entonces podríamos decir que un "Estado democrático" es aquel en el que los ciudadanos participan de modo más o menos directo en el gobierno de la "ciudad". En un estado democrático, la soberanía corresponde al "pueblo" y éste la ejerce con arreglo a la ley y por medio de sus representantes, desde las distintas instituciones políticas del Estado. A diferencia del estado absolutista, la democracia no favorece a ningún estamento o clase social; todo el mundo goza de sus derechos, nadie tiene privilegios.¹⁶

1.1.3. El Estado de Derecho.

Todos los Estados modernos tienen Derecho; es decir, ordenamiento jurídico, pero la expresión "Estado de Derecho" comporta la sujeción no sólo de los ciudadanos, sino también de los poderes públicos, a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico¹⁷. En el Estado peruano, los órganos del Estado no pueden hacer lo que quieran, sino que deben obedecer las leyes y normas que regulan su funcionamiento.

Esta dependencia de los gobernantes y autoridades a la ley y Derecho, representa una garantía para los ciudadanos de respeto de sus derechos y libertades; y les permite en última instancia, recabar la tutela judicial para que se respeten sus derechos. El Estado de Derecho es un Estado en el cual no dominan los hombres, sino las leyes.¹⁸

¹⁵ FERNANDEZ DE BUJAN, Fernando. *Fundamentos Clásicos de la democracia y de la administración*. España: Ediciones Académicas, UNED, 2010, p.69.

¹⁶ HENZ, K y MUÑOZ, E. El estado democrático, crítica de la soberanía burguesa. Publicado en la página web: <http://www.gegenstandpunkt.com/espanol/estado-3.html> , consultado por última vez el 28 de Setiembre del 2015.

¹⁷ LARENZ, Karl. *Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica*. España: Editorial Civitas, 1989, p. 152.

¹⁸ *Ibíd.*

De lo aludido podemos señalar que un Estado social y democrático de Derecho se configura como una garantía para la sociedad; en lo social, garantiza sus derechos sociales; en lo democrático, garantiza la soberanía de la sociedad y en el derecho garantiza el respeto de derechos y libertades, donde la ley prevalece sobre los hombres.

1.2. EL DERECHO PENAL EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Indicamos que para que la justicia sea el sustento de la democracia, el derecho penal debe garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado.

El derecho penal es la parte del ordenamiento jurídico reguladora del poder punitivo del Estado, que para proteger valores e intereses con relevancia constitucional ha definido como delitos determinadas conductas a cuya verificación asocia las penas y medidas de seguridad como consecuencias jurídicas. Al derecho penal tan sólo le interesan acciones humanas que sean relevantes para la convivencia social, por lo que quedan fuera de su campo de acción las ideas, los pensamientos y las actitudes; por tanto, para un derecho penal de un Estado democrático, y por consiguiente pluralista, han de ser irrelevantes las conductas que no sean lesivas a los intereses ajenos, o sea, las conductas que no agredan y que no sean trascendentes para la libertad de los demás. El derecho penal que respete este principio es propio de un Estado democrático y de derecho¹⁹.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, pp. 242, 243 y 246.

1.2.1. El poder punitivo del Estado.

El Estado de Derecho posee la potestad punitiva o *ius puniendi* el cual significa: facultad para crear delitos e imponer penas²⁰. Al respecto debemos precisar que el Derecho Penal es analizado por la mayoría de los tratadistas en dos sentidos: el objetivo, que se refiere a todo su entramado normativo, y el subjetivo, entendido como el derecho del Estado a crear normas para castigar, y aplicarlas.

A palabras de Mir Puig: El Derecho Penal objetivo es pues, el medio empleado por el Estado para ejercer su poder punitivo, y que Mir Puig define como:“(…) Conjunto de prescripciones jurídicas que desvaloran y prohíben la comisión de delitos, y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica.”²¹”

“Se trata, (...) de una forma de control social lo suficientemente importante como para que, por una parte haya sido monopolizado por el Estado y, por otra parte, constituya una de las parcelas fundamentales del poder estatal que desde la Revolución francesa se considera necesario delimitar con la máxima claridad posible como garantía del ciudadano.”²²”

Son muchas las teorías que han sido desarrolladas acerca de la legitimidad del *ius puniendi*, pues el tema supone un componente valorativo que tome en cuenta diversos puntos de vista para lograr una orientación adecuada en su análisis (político, filosófico, histórico, sociológico, jurídico, etc.); no obstante, hay un aspecto que deseamos puntualizar, y es que

²⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho Penal. Parte General Tomo I*. Lima: Editorial Ara, 2005, p. 546, señala: “podemos definir el Derecho Penal subjetivo o *ius puniendi* como una decisión político criminal plasmada en una norma que declara punible un hecho y perseguible a su autor. El *ius puniendi* es expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima”.

²¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 4ta. Edición, Barcelona: ByF, 1996, p.5.

²² *Ibidem.*, p.11.

el ejercicio de la potestad sancionadora en un Estado democrático debe respetar las garantías propias del Estado de Derecho, que constituyen sus límites²³.

Para Muñoz Conde y García Arán:

“(…) el tema de la legitimidad del Derecho Penal o de la legitimidad del Estado para utilizarlo en el establecimiento o mantenimiento de su sistema no es, una cuestión superflua, pero en cierto modo, está más allá del Derecho Penal propiamente dicho” , pues consideran que tal aspecto no puede ser desconectado del sistema político, social, económico y jurídico, y en tal sentido argumentan: “La legitimidad del Derecho Penal o del poder punitivo del Estado proviene pues, del modelo fijado en la Constitución y de los pactos o tratados internacionales como la Declaración de Derechos Humanos, (...) que el Derecho Penal debe respetar y garantizar en su ejercicio.²⁴”

Otros autores, como Cobo del Rosal y Vives Antón, hacen la reflexión desde los puntos de vista político y técnico; desde la óptica política, consideran que no está demasiado claro el argumento a partir de los derechos subjetivos del Estado y de los particulares, para legitimar el ius puniendi, lo cual fundamentan:

“En primer lugar, porque de la configuración del ius puniendi como derecho subjetivo, no siempre se ha de seguir la necesidad de respetar las garantías

²³ *Ibíd.*

²⁴ MUÑOZ CONDE, F y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal Parte General*. 2da. Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 68.

individuales. (...) y en segundo lugar, porque la negación del carácter de derecho subjetivo al ius puniendi, no va unida necesariamente a una concepción autoritaria o totalitaria del Estado, por el contrario, quienes afirmen que el poder punitivo es un poder jurídico, dicen por eso mismo, que debe ser limitado, (...) El derecho de castigar, sin duda, se hallará limitado por otros derechos, si efectivamente ha de ser un poder jurídico²⁵”

Desde la óptica técnica, estos últimos autores hacen dos precisiones, la primera sería:

“(…) Cuando se aborda la cuestión de la naturaleza del poder punitivo, (...) se parte de que existen (...) derechos subjetivos frente al Estado, y también derechos subjetivos del Estado. El problema que se pretende dilucidar, es exclusivamente, el de si el poder punitivo puede contemplarse como uno de esos derechos subjetivos del Estado.” Una segunda precisión al respecto apunta: “Si el derecho subjetivo se concibe como un puro reflejo del Derecho objetivo, al modo kelseniano, entonces la cuestión no tiene sentido, porque obviamente, el poder punitivo surge como reflejo del derecho objetivo. La distinción entre derecho subjetivo y poder jurídico sería, en tales términos, imposible²⁶”.

²⁵ COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. *Derecho Penal, parte General*, 5ª Edición corregida, aumentada y actualizada. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1999, p.48.

²⁶ *Ibíd.*

Concluyen planteando que:

“El poder punitivo no puede configurarse como un derecho subjetivo. Es un poder que el derecho objetivo concede para su propia realización, y como poder, correspondiente a un órgano investido de autoritas, debe definirse más exactamente como potestad. Ello no implica, obviamente, que se trate de un poder ilimitado. Al contrario, en la propia idea de poder de realización del derecho objetivo reside un fundamento profundamente limitativo que el pensamiento del ius puniendi no puede proporcionar²⁷”.

Nos llama la atención, la reflexión que al respecto realiza Quintero Olivares, para quien:

“(…) El entendimiento de que el Derecho Penal subjetivo, ius puniendi, no ofrece una problemática especial, constituye, refugiado en una apariencia formalista, «un caballo de Troya» en el que se ocultan ciertas actitudes de los juristas ante el problema de la validez material del Derecho penal situándose en el marco del llamado ordenamiento jurídico positivo”. Y añade: “(…) El jurista, o, más concretamente el penalista moderno, no puede prescindir de la atención al origen de las leyes que estudia y explica. Si así lo hiciera, si renunciara a comenzar su crítica desde el momento en que las leyes se gestan, aceptaría tácitamente la validez y bondad de lo promulgado, y se contentaría con interpretar y criticar todo lo que le fuera dando el legislador. Es esta la consideración que me lleva a entender que la desatención hacia el llamado «ius

²⁷ *Ibíd.*

puniendi», en los que la practican, es algo más que un formalismo; es una implícita renuncia a ocuparse desde su raíz de la dimensión política de los delitos y las penas.^{28»}

Carbonell parte de considerar el Derecho Penal en sentido subjetivo como “(...) la parte del Ordenamiento Jurídico, reguladora del poder punitivo del Estado, lo que equivale a afirmar, que atribuye al Estado la potestad de llevar a cabo (lo que refiere como función coactiva mediante el Derecho Penal), al tiempo que establece los límites de tal poder²⁹.”

Se expresa de este modo con claridad por Carbonell que son precisamente los principios constitucionales los que enmarcan esa función coactiva, que entraña la potestad punitiva del Estado, vista como «Derecho Penal en sentido subjetivo».

El control del poder punitivo en cualquier sociedad debe encaminarse a que la aplicación de las normas penales excluya la arbitrariedad y el exceso por parte de quienes ejercen ese poder para imponer sanciones penales. El derecho penal, como conjunto de normas jurídicas, refleja qué es lo que la voluntad general expresada en ley quiere castigar. El derecho del Estado para imponer penas debe tener unos límites con el fin de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario estatal. Ahora bien, debe tomarse en cuenta si las normas que regulan el derecho penal proceden de un Estado totalitario o de un Estado de derecho porque su alcance es diferente³⁰.

²⁸ QUINTERO OLIVARES. *Curso de Derecho Penal Parte General*. Barcelona: CEDES, 1996, p.97.

²⁹ *Ibíd.*, p.29.

³⁰ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal. Concepto y principios constitucionales*. 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 200.

Existen tres aspectos fundamentales para sustentar un derecho penal acorde con un Estado democrático y de derecho: la relación del derecho penal con los principios constitucionales, el papel de la dogmática y la política criminal, y los principios y límites del derecho penal.

El derecho penal es la parte del ordenamiento jurídico reguladora del poder punitivo del Estado, que para proteger valores e intereses con relevancia constitucional ha definido como delitos determinadas conductas a cuya verificación asocia las penas y medidas de seguridad como consecuencias jurídicas. Al derecho penal tan sólo le interesan acciones humanas que sean relevantes para la convivencia social, por lo que quedan fuera de su campo de acción las ideas, los pensamientos y las actitudes; por tanto, para un derecho penal de un Estado democrático, y por consiguiente pluralista, han de ser irrelevantes las conductas que no sean lesivas a los intereses ajenos, o sea, las conductas que no agredan y que no sean trascendentes para la libertad de los demás. El derecho penal que respete este principio es propio de un Estado democrático y de derecho³¹.

1.2.1.1. Principios limitadores del poder punitivo.

1.2.1.1.1. ¿Qué son los principios limitadores del ius puniendi?

Son aquellas directrices en la doctrina que le han impuesto barreras al Estado frente a la construcción del derecho penal, de tal forma que éste no se extralimite y afecte el *Estado de derecho*.³² En virtud a ello, la afectación de la libertad del ciudadano no queda expuesta a

³¹ *Ibíd.*

³² URDANETA CHACIN, José. “Principio de reserva legal en el Derecho penal”. Publicado en la página web: <http://joserafaclurdaneta.blogspot.pe/2011/05/principio-de-reserva-legal-en-el.html>, consultado por última vez el 22 de Setiembre del 2015.

una suerte de arbitrariedad, sino queda sujeta a un sistema ordenado de conceptos sustraídos a la mera subjetividad e intereses diversos de quien ostenta el poder de decidir un caso concreto.³³ Su existencia, por el motivo señalado, deviene imprescindible y toda norma penal debe respetarlos ya que forman parte del núcleo esencial no sólo del derecho penal, sino también del Estado social y democrático de derecho³⁴.

A palabras de Peña Cabrera:

“los principios “jurídico-penales” constituyen el límite que la sanción punitiva no puede rebasar, no puede desbordar, mucho menos desconocer, so pena de ingresar a un ámbito de oscurantismo, donde el poder prevalece sobre el Derecho; la plataforma programática de un Derecho penal democrático respeta las garantías y determina la defensa de las libertades fundamentales ante el poder penal estatal”.³⁵

Al respecto es menester citar a Mir Puig, quien señala:

“El principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. La idea del Estado Social sirve para legitimar la función de prevención en la medida que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención

³³ AZAREÑO CUYA, José y otros. *Principios limitadores de las reformas penales en los tiempos de inseguridad*: Presentación. Lima, 2010, 240 h. Trabajo de grado de Doctor en derecho. Universidad de San Martín de Porres. Escuela de postgrado Doctorado en Derecho.

³⁴ IN IUS VOCATIO. “Principios limitadores del derecho penal”. Publicado en la página web: <https://iusinvocatio.wordpress.com/2010/12/10/principios-limitadores-del-derecho-penal/> , consultado por última vez el 24 de Setiembre del 2015.

³⁵ PEÑA CABRERA, Alonso. *ESTUDIOS CRÍTICOS DE DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL a partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales*. Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C., 2013, p. 34.

penal. Por último, la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como el de dignidad humana”³⁶.

1.2.1.2. Clasificación de los límites del poder punitivo estatal.

Una vez entendida la forma de Estado que adopta el Perú, debemos expresar que los límites alegados se clasifican de acuerdo a su modalidad ya sea: social, democrática y de Derecho los que en conjunto constituyen un todo inseparable por la íntima conexión que hay entre ellos, tal como se divide:

1.2.1.2.1. Límites de un Estado social.

- El principio de intervención mínima.
- El principio de protección de bienes jurídicos.

La modalidad de *social* subordina el ejercicio del ius puniendi del Estado a lo estrictamente necesario para mantener la coexistencia pacífica entre súbditos y proteger los intereses que estos califican como fundamentales (bienes jurídicos). El derecho penal no es un instrumento para asegurar el poder, sino para proveer a la paz social, y sólo en cuanto su empleo aparezca como imprescindible para alcanzar dicho efecto.³⁷

³⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 7º edición. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2005, pp. 113-114. Antes, afirma el citado autor que el acogimiento de un modelo de Estado social y democrático de derecho impone al Derecho Penal una *función de prevención limitada*, esto es, que fuera de los límites impuestos por la Constitución la prevención penal pierde su legitimación en dicho contexto político (pág. 113).

³⁷ *Ibíd.*, p.30.

1.2.1.2.2. Límites de un Estado democrático.

- El principio de humanidad.
- El principio de culpabilidad.
- El principio de proporcionalidad.
- El principio de resocialización.

La naturaleza *democrática* del Estado subordina la facultad de sancionar al más amplio respeto de los derechos fundamentales del hombre. Si bien la autoridad se ve compelida por los requerimientos sociales a prohibir determinadas conductas conminándolas con sanción, y aplicar esa sanción en su caso, debe hacerlo en forma que se lesione lo menos posible los derechos inherentes al ser humano. Si ha de privar o restringir la libertad de alguno de sus súbditos, limitará el empleo de esas medidas a lo necesario para alcanzar los objetivos generales del derecho penal y los particulares perseguidos por la pena. El fin del Estado es estar al servicio del hombre; no le está permitido dominarlo o instrumentalizarlo, menos emplear el derecho con ese objetivo.³⁸

1.2.1.2.3. Límites de un Estado de derecho.

- El principio de legalidad o de reserva.

La modalidad de Estado de derecho alude a un ordenamiento normativo producto de una manifestación de voluntad soberana de la sociedad, libremente expresada, no a un sistema normativo impuesto, sea por la autoridad o un grupo. En línea los límites del Estado de derecho está sujeta, en cuanto a su ejercicio, al derecho positivo, es una autolimitación del

³⁸ *Ibíd.*

propio Estado, autolimitación que en esencia es aquello en lo consiste el principio de legalidad o de reserva.³⁹

Respecto a los límites del poder estatal hemos reunido la opinión de algunos juristas, tales como: Para la Doctrina, el tema de los límites del “poder punitivo” encuentra su expresión sintética en los llamados “principios del Derecho Penal”, criterio que se sustenta a partir de la consagración de éstos en la Legislación de la mayoría de los países, y su manejo por la Jurisprudencia.

Según el criterio de Muñoz Conde y García Arán, los límites del Derecho Penal:

“(…) pueden reducirse a la vigencia no sólo formal, sino material de dos principios fundamentales: El principio de intervención mínima, y el principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado. Sin embargo, en la doctrina suelen señalarse otros, como el de humanidad, culpabilidad, proporcionalidad, etc., que en realidad no son más que diversas formas de aparición de los mencionados anteriormente (...)”⁴⁰

Criterio distinto a la de Carbonell Mateu, quien señala: entre los principios constitucionales que actúan como limitaciones al poder legislativo del Estado encontramos: -El principio de prohibición de exceso, que supone la necesidad de que las normas penales entrañen la mínima restricción posible de las libertades de los ciudadanos; del que a su vez se derivan: -El principio de ofensividad, que exige la necesaria relevancia de los bienes jurídicos, y -El

³⁹ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal Parte General Tomo I*. 2º edición. Santiago-Chile: Editorial jurídica de Chile, 1997, p.29.

⁴⁰ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN. M. *Derecho Penal Parte General*. Op. cit., p.68.

principio de proporcionalidad, relacionado con la adecuación de las consecuencias jurídicas. Igualmente señala los principios constitucionales que actúan como límites al poder ejecutivo y judicial identificados como: -Principio de Legalidad, por mediación del cual quedan sometidos a la ley ambos poderes, y -El principio de culpabilidad, válido para todos los casos concretos de aplicación de la ley penal.⁴¹

Muñoz Conde y García Arán:

“(…) son más producto de la reflexión especulativa de la regulación penal, que de la aplicación directa de preceptos constitucionales. Pero todos son igualmente importantes en la configuración de un Derecho Penal respetuoso con la dignidad y libertad humana, meta y límite del Estado Social y democrático de Derecho, y por tanto, de todo su ordenamiento jurídico⁴²”.

La aplicación de estos principios al Derecho Penal no resiste análisis, debido a que un derecho autoritario, oportunista y discrecional podría acarrear la manipulación a complacencia de los derechos fundamentales de los individuos, luego la necesidad de su existencia, y la imposibilidad de pensar en la utopía del abolicionismo aún en nuestra época, obliga a la práctica jurídica y la doctrina a desarrollar un pensamiento crítico que propicie una red cada vez más perfecta de límites racionales al poder punitivo del Estado⁴³.

⁴¹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal, concepto y principios constitucionales*. Op. cit., p. 82.

⁴² MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN. M. *Derecho Penal Parte General*. Op. cit., p.68.

⁴³ *Ibíd.*

■ Capítulo II.

LOS PRINCIPIOS DE CULPABILIDAD E INTERVENCIÓN MÍNIMA

SUMARIO: 2.1. Límite al ius puniendi en un estado democrático. 2.1.1. El principio de Culpabilidad. 2.1.2. La esencia el principio de culpabilidad. 2.1.3. Fundamento del principio de culpabilidad. 2.1.4. Presunciones de culpabilidad. 2.1.5. Contenido del principio de culpabilidad. 2.1.5.1. Principio de personalidad de la sanción penal. 2.1.5.2. Principio de responsabilidad por el hecho. 2.1.5.3. Principio de dolo o imprudencia. 2.6. La culpabilidad como categoría dogmática del delito. 2.1.6.1. Concepto de culpabilidad. 2.1.6.2. Teorías sobre la culpabilidad. 2.1.6.3. Fundamentos de la categoría dogmática de la culpabilidad. 2.1.6.4. Formas de la culpabilidad. 2.1.6.5. Graduación de la culpabilidad. 2.2. Límite al ius puniendi en un estado social. 2.2.1. El principio de intervención mínima. 2.2.2. Derecho Penal mínimo y Derecho Penal máximo. 2.2.3. Derecho Penal moderno. 2.2.4. Características del Principio de Intervención Mínima. 2.2.5. Principio de Intervención subsidiaria del Derecho Penal. 2.2.5.1. El concepto de subsidiariedad y sus premisas. 2.2.5.2. El marco de la teoría de las normas. 2.2.5.3. Alcances de la Intervención subsidiaria del Derecho Penal. 2.2.6. Principio de Intervención fragmentaria del Derecho Penal. 2.2.6.1. Fragmentariedad y criminalización de conductas.

2.1. LIMITE AL “IUS PUNIENDI” EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO

2.1.1. El principio de Culpabilidad.

El principio de culpabilidad peruano expresamente señala: “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.”⁴⁴

Al respecto es menester indicar que el Derecho Penal moderno indica, que no es posible condenar a una pena por el sólo hecho de haberse causado un daño o por la destrucción de un bien jurídico, si ello no es el resultado de una acción injusta llevada a cabo culpablemente; esto es un postulado de garantía de la libertad humana, que ha sido elevado en numerosos países del mundo civilizado al rango constitucional; es el llamado por la doctrina principio de la culpabilidad y se formula en el apotema latino *nulla poena sine culpa*, que repele la existencia de fórmulas de responsabilidad objetiva desvinculadas de un reproche personal, formulable al autor de una acción típicamente antijurídica⁴⁵.

2.1.2. Esencia del principio de culpabilidad.

La esencia del principio de culpabilidad puede expresarse en dos proposiciones:

Tal como lo menciona Castillo Alva: “**No hay pena sin culpabilidad.**- La sociedad no puede hacer un reproche social al individuo que sólo ha cometido la conducta típica y antijurídica; es decir, no puede sancionarlo ni aplicarle una pena sin culpabilidad”⁴⁶.

⁴⁴ Artículo VII Principio de culpabilidad y proscripción de la responsabilidad objetiva, Título preliminar, Código Penal peruano.

⁴⁵ COUSIÑO MACIVER, Luis. *Derecho Penal Chileno*, Tomo. III. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992, p.5.

⁴⁶ CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios del Derecho Penal Parte General*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2002, p. 326.

Del mismo modo: **“La pena no puede sobrepasar la medida de culpabilidad.-** La determinación de la pena depende de diversos factores, tales como la mayor o menor gravedad de injusto (el grado de desarrollo del delito), el mayor o menor grado de culpabilidad del actor y las consideraciones de prevención general o especial”⁴⁷.

Siguiendo la misma línea el profesor alemán Hans Jescheck señala:

“(…) Este principio significa que la pena criminal debe sólo fundarse en la constatación de que pueda reprocharse el hecho a su autor. Del principio de culpabilidad se desprende, en primer lugar, que toda pena supone culpabilidad, de modo que no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad (exclusión de la responsabilidad por el resultado) y, en segundo lugar, que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad (medición de la pena dentro del marco máximo de la culpabilidad)⁴⁸”

José Cerezo Mir manifiesta:

“No hay pena sin culpabilidad, esto es, sólo la culpabilidad comprobada y su contenido volitivo por los medios de prueba legal, justifican la valoración o juicio de reproche (...) de tal forma que la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad, o sea que la sanción penal no debe ser desproporcionada o exceder arbitrariamente el disvalor objetivo que contiene la conducta del agente⁴⁹”

⁴⁷ *Ibídem.*, p. 327.

⁴⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal-Parte general*, vol. I, traducción y adiciones de derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Barcelona: Ed. Bosch, 1981, p. 100.

⁴⁹ CERESO MIR, José, *Curso de Derecho penal español- Parte General*, Madrid: Tecnos, 1992, p. 21.

Garrido Montt indica: “El principio de culpabilidad importa una limitación de la facultad de castigar del Estado, porque no sólo puede sancionar a quienes son “culpables” de un delito, sino que la pena debe ser proporcionada a esa culpabilidad”⁵⁰.

Bajo esa línea de pensamiento, al principio de culpabilidad actualmente se le reconocen diversas formas de garantía, la primera como se pre-indicó está erigida sobre la base, que a nadie puede imponérsele una pena, si el hecho cometido no lo ha sido de manera culpable, en tal sentido, el injusto penal no es suficiente para que a una persona se le imponga una pena, el hecho debe ser atribuido culpablemente⁵¹. El otro aspecto radica, en que la pena que se imponga debe ser proporcional a la culpabilidad⁵², de ahí que, la culpabilidad como principio garantiza el límite de la sanción penal, el cual es irreductible, y no puede ser rebasado ni por efectos preventivo generales ni por efectos preventivo especiales, la culpabilidad es el límite indisponible para la pena, involucrando tanto el merecimiento de pena en abstracto, como en concreto, de esta forma, es que el principio de culpabilidad, se erige como límite al poder penal sancionador⁵³.

⁵⁰ GARRIDO MONTT, M., *Derecho Penal, Parte General*. Óp. cit., p. 47.

⁵¹En tal sentido STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal-Parte General I. El hecho punible*. Traducción de la segunda edición alemana (1976) por Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982.

⁵²Ver GARCÍA ARAN Mercedes. *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*. Lima: Aranzandi. Pamplona. 1997, pp. 72 a 76.

⁵³KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER Carlos. *Culpabilidad y Pena*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 64 a 65.

2.1.3. Fundamento del principio de culpabilidad.

El principio de culpabilidad tal como se reconoce, tiene su fundamento esencial en la dignidad de la persona humana⁵⁴, cuyo respeto impide que un hombre sea tratado como medio o instrumento para alcanzar otros fines distintos a los planteados por él mismo, no faltan también quienes encuentran el fundamento del principio de culpabilidad en la consagración de un Estado de Derecho que lo inspira y legitima como deducción jurídico-constitucional del mismo (...) ⁵⁵.

2.1.4. Presunciones de Culpabilidad.

Existen autores que señalan que la consagración de presunciones, constituye una infracción al principio de culpabilidad. Mezger opina de la presunción, “pues hacen posible la aplicación de una pena sin que se haya demostrado la culpabilidad del sujeto”⁵⁶.

Parafraseando a Eduardo Novoa, el propósito de facilitar la prueba de componentes subjetivos ciertamente difícil en muchos casos no justifica la creación de un riesgo de injusticias. La historia de innumerables casos judiciales ha demostrado que la presunción se ha transformado en un recurso para quebrantar el in dubio pro reo⁵⁷.

⁵⁴El principio de dignidad humana, un linde irrebalsable para el operador jurídico en la instancia judicial de aplicación de las normas penales. Reclamando esta que el procedimiento para el enjuiciamiento y sanción de las personas, se encuentre diseñado sobre la base de su total respeto. Véase CONSIDERACIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA EN EL AMBITO DEL DERECHO PENAL Y DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO. Publicado en la página web: <http://www.unilibrebaq.edu.co/unilibrebaq/revistas2/index.php/advocatus/article/viewFile/9/7> , consultado por última vez el 10 de Setiembre del 2015.

⁵⁵ JAKOBS, Günther. *El principio de culpabilidad*, trad. De Manuel Cancio Meliá, en Bases para unateoría funcional del derecho penal. Lima: Palestra, 2000, p.267.

⁵⁶ MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho Penal* (traducción y notas de la 2a. edición alemana por José Arturo Rodríguez Muñoz; en dos tomos), Madrid: Editorial de Revista de Derecho Privado, 1955/1957.

⁵⁷ NOVOA, Eduardo. *Curso de derecho Penal Chileno*, Tomo I, Chile: Editorial jurídica de Chile, 1966, p. 121.

2.1.5. Contenido del principio de culpabilidad.

Inicialmente podemos afirmar que este principio establece que sólo puede perseguirse y castigarse penalmente a quien intervino en la comisión de un delito por un hecho propio, con dolo o culpa, y con una motivación racional normal; sin duda alguna, el principio de culpabilidad constituye un indispensable límite al poder punitivo estatal no sólo para evitar cualquier castigo motivado en hechos de otros, en una responsabilidad puramente objetiva o basada exclusivamente en las características personales del autor, sino también para no sobrepasar la medida o grado del injusto cometido, por ello el principio de culpabilidad limita el derecho penal a los hechos propios cometidos por un ser racional culpablemente (dolo o culpa), y establece el marco justo preciso y equitativo de la pena⁵⁸.

En la actualidad existe acuerdo en que la consagración de este principio y su evolución se han proyectado, alcanzando otros principios derivados.

En opinión de E. Bacigalupo Zapater:

“El principio de culpabilidad sirve de fundamento a todas las exigencias que entraña la prohibición de castigar a un inocente en un Estado social y democrático de Derecho respetuoso de la dignidad humana de la cual se derivan tres subprincipios: el principio de personalidad de las penas, que impide hacer responsable al sujeto por delitos ajenos, el principio de responsabilidad por el hecho, que proscribire la ‘culpabilidad

⁵⁸ YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 2002, p.296.

por el carácter’ y el llamado ‘Derecho penal de autor’, el principio del dolo o culpa y el principio de imputación personal”⁵⁹.

De igual forma se pronuncian Sanz Rubiales y Gómez Tomillo:

“Los elementos de la culpabilidad son: la personalidad de las penas (no se puede imputar a una persona los hechos de terceros), la responsabilidad de los hechos (se responde por los daños que son consecuencia de un hecho), el dolo y culpa, y la atribuibilidad. Así, se ha definido a la culpabilidad como el juicio de reproche por no haber actuado de otra manera cuando existió dicha posibilidad”⁶⁰.

2.1.5.1. Principio de personalidad de la sanción penal.

Cogeremos la opinión de un autor que nos parece muy acertado, Enrique Cury, quien señala:

“La responsabilidad penal es personalísima. No se responde penalmente por hechos ajenos”⁶¹.

El cimiento esencial de esta consecuencia, es que la culpabilidad es personalísima, con lo cual se quiere significar que, la misma no es transferible a ninguna otra persona que no sea el propio culpable y ello también debe predicarse de las consecuencias jurídicas del delito penas o medidas de seguridad las cuales esencialmente por sus efectos de restricción de derechos fundamentales no deben resultar transmisibles más allá de la persona declarada culpable, que

⁵⁹BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal-Parte general*. Presentación y anotaciones de Percy García Caverro. Lima: ARA Editores E.I.R.L, 2004, p.557.

⁶⁰ SANZ RUBIALES, Iñigo y Manual GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador*, Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo. Lima: Aranzadi, 2008, p. 305.

⁶¹ Con mayor extensión sobre este punto es posible revisar CURY URZUA, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p.89.

es la única que está sujeta a pena. En resumen, culpabilidad y sanción punitiva son intransferibles de la persona del justiciable y ello debe reflejarse no sólo en materia de sistemática penal, sino en el área del proceso penal y en el ámbito de la ejecución de la pena o de las medidas de seguridad. Corresponde entonces aproximar las cuestiones de mayor relevancia en el ámbito de la garantía de la personalidad, de la culpabilidad y de la pena⁶².

Normas como la anterior, es expansora de las consecuencias de la pena a terceros que no tienen por qué soportar el exceso de las consecuencias penales, de ahí que el principio de personalidad de la culpabilidad y de la pena se vea transgredido por normas que de manera irrazonable, hacen trascender los efectos de la pena a personas distinta del culpable. Lo anterior no sólo viola el principio de que la pena es personalísima, derivado esencialmente del principio de culpabilidad, sino que además vulnera el artículo 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que garantiza que la pena es una consecuencia personal del delito para quien lo ha ejecutado, y que no puede extenderse más allá de lo razonable a otras personas⁶³.

José Luis Castillo Alva menciona.-

“En estos casos la responsabilidad se levanta no de manera personal y como reacción a las propias acciones, sino que al ciudadano se le sanciona por conductas o aportes de terceros. En la responsabilidad por el hecho de otro, el sujeto carga con el

⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro y SLOKAR Alejandro .*Derecho Penal -Parte general*. Buenos Aires. Argentina: Ediar. 2000, p 125.

⁶³ El texto literal reza: “La pena no puede trascender de la persona del delincuente”. CADH. Publicado en la página web: <https://cejil.org/instrumentos/convencion-americana-sobre-derechos-humanos-pacto-de-san-jose-de-costa-rica> , consultado por última vez el 30 de Setiembre del 2015.

comportamiento de otro(s), pese a que no ha realizado ninguna contribución causal al delito⁶⁴. La conducta, acción u omisión, tipificado en la ley existe en la realidad, pero sucede que ésta no le pertenece, ni es propio a quien se le imputa, sino que es de otro. Aquí para decirlo con palabras más gráficas, se carga al sujeto con culpas ajenas, creándose o agravándose una responsabilidad que no le corresponde. Como ejemplos históricos de la responsabilidad penal por el hecho de otro se cita la responsabilidad familiar y/o social del cabeza de familia o del cabeza del clan o tribu⁶⁵.

Mir Puig apunta: “Sólo cuando la pena se impone a alguien por algo que puede considerarse como obra suya, se respeta la dignidad humana. Atentaría contra ella castigar a alguien por un hecho ajeno a su ser racional”.⁶⁶

2.1.5.2. Principio de responsabilidad por el hecho.

La responsabilidad penal puede emanar de la perpetración de una conducta. No es posible responsabilizar a un sujeto por presentar determinado estado, personalidad o condición de vida. Con matices, se acepta que la personalidad pueda ser considerada para evaluar la imputabilidad y como una circunstancia de graduación del reproche que se efectúa por el acto⁶⁷.

⁶⁴MONTAVANI, Fernando. *Diritto penale padova; cedam*. 3ª edición. Bogotá: Reimp, 2000, p.292.

⁶⁵ CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios del Derecho Penal Parte General*. Óp. cit., p.326.

⁶⁶ MIR PIUG, Santiago. Principio de culpabilidad. En: CASTILLO ALVA, José. *Principios del Derecho Penal parte general* Óp. cit., p. 373.

⁶⁷ Así se aprecia en CURY, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Op. cit., p. 403 y siguientes, quien además critica las posiciones que justifican el derecho penal de autor, no tan sólo por razones políticas sino porque “tal criterio afecta al principio nullum crimen nulla poena sine lege..”

2.1.5.3. Principio de exclusión de responsabilidad puramente objetiva.

No basta el surgimiento de responsabilidad penal que una persona cause materialmente un hecho delictivo, es necesario que el sujeto obre con dolo o imprudencia, excluyendo toda eventual responsabilidad de carácter puramente objetiva⁶⁸.

- **Principio de imputación personal.** Para que se genere responsabilidad penal es necesario que el sujeto a quien se le atribuye posea cierto grado de desarrollo biopsico-social normal⁶⁹.

2.1.6. La culpabilidad como categoría dogmática del delito.

El TC, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 00014-2006-AI, en su primer fundamento jurídico sostiene que:

“El principio de culpabilidad es uno de los pilares sobre los que descansa el derecho penal. Concretamente, constituye la justificación de la imposición de penas dentro del modelo de represión que da sentido a nuestra legislación en materia penal, y consecuentemente, a la política de persecución criminal, en el marco del Estado constitucional. El principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprobable a quien los cometió. La reprochabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado”⁷⁰.

⁶⁸ *Ibídem*.

⁶⁹ *Ibídem*.

⁷⁰ FUENTE: Exp. N.º 00014-2006-AI – Tribunal Constitucional del Perú.

2.1.6.1. Concepto de Culpabilidad.

El autor Jiménez de Asúa define la culpabilidad, como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. *Nulla poena sine culpa*, no hay pena sin culpabilidad, es uno de los grandes lemas del moderno Derecho penal ilustrado.⁷¹

Para Zaffaroni la culpabilidad es la posibilidad exigible al autor de actuar motivado en la norma, reprochándole no haber actuado apegado a ella. La posibilidad exigible que el autor tuvo de actuar conforme a derecho es el fundamento del reproche, su razón de ser. El reproche se funda en la posibilidad exigible. La reprochabilidad es el conjunto de caracteres que una conducta presenta para que le sea reprochado al autor.⁷²

Peña Cabrera sostiene que, si la categoría del injusto típico importa un análisis objetivo y subjetivo sobre la conducta in examine, así como de la vinculación anímica del autor con el hecho que genera un riesgo no permitido. La culpabilidad supone un análisis estrictamente de orden personal. La imputación individual recae sobre aquel autor y/o partícipe, a quien se le atribuye haber cometido el injusto típico, tiene que ver por tanto, con juicio de atribución personal. Análisis que solo será necesario cuando se haya verificado la existencia del injusto penal.⁷³

⁷¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La Culpabilidad. En: PEÑA CABRERA, Alonso. *ESTUDIOS CRÍTICOS DE DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL a partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales*. Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C., 2013, p. 52.

⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Teoría del delito*. Buenos Aires: Losada, 1973, p.509.

⁷³ PEÑA CABRERA, Alonso. *ESTUDIOS CRÍTICOS DE DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL a partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales*, op. cit., p. 52.

Sin entrar a profundizar en estas cuestiones terminológicas y de significado, daré dos tipos de conceptos según la teoría que aborde la culpabilidad.

2.1.6.2. Teorías sobre la culpabilidad.

Muchas son las teorías que se han elaborado sobre la culpabilidad, algunas de ellas no tienen actualmente mayor importancia, y por eso voy a referirme únicamente a las que han tenido y tiene mayor representación y aceptación, como son: la teoría psicológica y normativa.

- Teoría Psicológica.

Esta teoría imperaba hasta comienzos del presente siglo, fue sustentada inicialmente por Von Liszt, adoptada más tarde por Rabruch, Stoos y muchos partidarios más, y es la que imperó entre los clásicos que tendía a asimilar la responsabilidad jurídica a la responsabilidad moral. Los partidarios de esta teoría se basan en que la culpabilidad parte de una determinada situación de hecho predominantemente psicológica, solo la psique del autor es lo que debe considerarse para esta teoría, concibe pues, la culpabilidad como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho, supone el análisis de la situación interna del sujeto, dolosa o culposa, relacionándola con el resultado de su acto⁷⁴.

Carlos Fontán Balestra la expone así: “Que para la teoría psicológica la culpabilidad es la relación psicológica del autor con su hecho, su posición psicológica frente a él. Esa relación

⁷⁴ FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal-Parte General*. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Blen, S. A., 1966, p.214.

puede ser más o menos indirecta y aún radicar en un no hacer (caso de culpa), pero se vincula siempre en mayor o menor grado con la acción”⁷⁵.

Conforme esta manera de pensar, la imputabilidad de que un individuo es imputable o inimputable, puede ser hecha respecto de un sujeto que no ha delinuido, la declaración de culpabilidad, en cambio, requiere que esa capacidad de ser culpable, haya sido puesta en ejercicio al ejecutar un hecho típicamente antijurídico⁷⁶.

- **Teoría Normativa.**

Esta posición no riñe con psicologismo, sino que viene a enriquecerlo. Es decir, que el normativismo es psicologismo y algo más, en donde el “algo más” viene a ser lo fundamental. En este momento de la evolución del concepto el dolo y la culpa abandonan su atormentada posición dentro de la culpabilidad y van a colocarse al lugar que les corresponde, el tipo. Ya que, como lo hemos dicho, habrá culpabilidad cuando haya posibilidad exigible al autor de actuar de otra manera, motivado en la norma, y la posibilidad exigible se determina conforme a criterios. El dolo no es ningún criterio que sirva para valorar si el autor pudo hacer algo diferente, sino una forma de hacer lo que hizo⁷⁷.

En el normativismo no sólo es importante saber el contenido subjetivo del delito, sino que entran en juego elemento eminentemente normativos para saber si la conducta debe

⁷⁵ FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal-Parte General*. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Blen, S. A., 1966, p.216.

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Tomo II. Brasil: Losada, 1992, p.99.

reprocharse al sujeto por haber podido actuar de otra manera y, sobre todo, si le era exigible motivarse conforme a la norma⁷⁸.

Luis Jiménez de Asúa resume en un párrafo la posición normativista:

“Para la concepción normativista de la culpabilidad, esta no es una pura situación psicológica. Representa un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente. Es decir, que, partiendo de un hecho concreto psicológico, ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a esa actitud psicológica, dolosa o culposa. No basta tampoco el examen de esos motivos, sino que es preciso deducir de ellos si el autor cometió o no un hecho reprochable. Sólo podremos llegar a la reprobación de su hacer u omitir si apreciados esos motivos y el carácter del sujeto, se demuestra que se le podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió; es decir, si le era exigible que se condujese conforme a las pretensiones del derecho. En suma, la concepción normativa se funda en el reproche, y en la exigibilidad”⁷⁹.

Como síntesis de la posición normativista, Sergio Vela Treviño⁸⁰ destaca:

“La culpabilidad es un juicio de referencia, por referirse al hecho psicológica.- La culpabilidad es un juicio de valoración del juez para determinar si el acto producido por el autor le es reprochable y si le era exigible actuar conforme a derecho”⁸¹.

⁷⁸ *Ibídem.*

⁷⁹ *Ibídem.*

⁸⁰ VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e inculpabilidad. *En:* JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal.* Tomo II, op. cit., p.101.

⁸¹ *Ibídem.*

“La culpabilidad como proceso atribuible a una motivación reprochable.- Cuando un sujeto decide realizar su actividad encaminada hacia la producción de una conducta típica y antijurídica, previamente ha resuelto dentro de sí y a través de un proceso psíquico puro, buscar el resultado querido. Al producirse el resultado buscado, y si éste es típico y antijurídico, debe formularse un reproche dirigido al proceso psíquico previo. Entramo a la teoría del “motivo”, donde es importante valorar las condiciones que motivaron la conducta para graduar el reproche”⁸².

“La relación entre la exigibilidad y la reprochabilidad.- La exigibilidad consiste en la obligación del sujeto de actuar de manera distinta y no violar la ley, lesionando o poniendo en peligro bienes jurídicamente tutelados. Esta exigibilidad presupone la existencia de una norma jurídico-penal. La exigibilidad tiene dos elementos: el deber y el poder; el deber de actuar conforme al contenido cultural de la norma, es el deber de la obediencia jurídica; el poder actuar conforme a la conducta exigida, debe existir la posibilidad en el sujeto de actuar de acuerdo con la ley; para cumplir con el deber se requiere el poder”⁸³.

La reprochabilidad es la conclusión del juicio relativo a la culpabilidad y presupone la exigibilidad. Cuando el juez tiene que resolver un caso concreto e individualizado, al llegar a la formulación del juicio de reproche debe ocuparse de determinar si al sujeto de que se trata le era exigible, normativamente, un comportamiento diferente al que realizó⁸⁴.

⁸² Ibídem.

⁸³ Ibídem.

⁸⁴ Ibídem.

La culpabilidad funciona en la teoría del delito conforme al acto concreto; deben analizarse las condiciones particulares del sujeto en el momento mismo de la conducta que da como resultado una violación o puesta en peligro de bienes jurídicos. Es necesario que la exigibilidad siga este principio⁸⁵.

Debe analizarse si en el momento del acto y en virtud de las circunstancias externas y las condiciones personales, el sujeto podía haber cumplido la exigencia de actuar conforme a la norma. Conviene para un mejor entendimiento de las dos teorías antes expuestas, ver sus diferencias, y para ello, seguiremos a Luis Jiménez de Asúa.

a) En cuanto a la estructura esencial de la culpabilidad, en la teoría psicológica agota la culpabilidad en sus dos especies: dolo y culpa, cuyo contenido es puramente psicológico; la teoría normativa no se contenta con examinar el mero proceso psicológico resultante, sino que se remonta a los motivos y al carácter del agente, estableciendo como esencia de la culpabilidad, el reproche, válido tan solo cuando era exigible otra conducta⁸⁶.

b) En cuanto a la relación entre la antijuricidad y la culpabilidad. En la concepción psicológica se nos presentan las dos características esenciales del delito como dos mundos aparte: el objetivo del injusto y el subjetivo de lo culpable; en la teoría normativa, el deber (norma del deber) significa estrecho ligamen entre una y otra característica del hecho punible⁸⁷.

c) En cuanto a la función de la culpabilidad. En el psicologismo, se contenta con la simple comprobación de que el hecho psicológico (intención o negligencia) existe o no; no puede

⁸⁵ *Ibídem.*

⁸⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal, Tomo V.* Buenos Aires: Losada, 1956, p.124.

⁸⁷ *Ibídem.*

existirse más o menos; incluso el dolo eventual es un dolo, no un dolo menor. La concepción normativa admite gradaciones. La culpabilidad se gradúa, no sólo conforme a las especies que la integran, sino de acuerdo a los motivos y al carácter del agente⁸⁸.

2.1.6.3. Fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad.

Según Sergio Vela Treviño “La culpabilidad tiene como fundamentos la reprochabilidad y la exigibilidad; únicamente cuando hay exigibilidad puede formularse el juicio de reproche y sólo cuando algo se reprocha a alguien podrá haber culpabilidad”. Para él, siguiendo la teoría del normativismo “por reprochabilidad debe entenderse el resultado del juicio relativo a la culpabilidad, por el cual el juez resuelve que en un caso en concreto y respecto de un sujeto determinado, había exigibilidad de una conducta conforme a derecho, de cuya omisión surge la culpabilidad por el hecho realizado”⁸⁹.

Es decir, el titular de la reprochabilidad es el juez. Algunos criticaron al normativismo en este punto, pues señalaban que siendo la culpabilidad una figura subjetiva, como una persona extraña al sujeto activo la calificaría; sin embargo, debe decirse que la reprochabilidad es un juicio de referencia que le compete realizar a los tribunales en representación de la comunidad⁹⁰.

⁸⁸ VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e inculpabilidad. *En*: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Tomo II, op. cit., p.101.

⁸⁹ *Ibíd.*, p.102.

⁹⁰ *Ibíd.*

El objeto del concepto de reprochabilidad es la voluntad contenida en la conducta. Lo que se reprocha es la omisión de la conducta exigida al autor, que se traduce en una acción que produce un resultado típico y antijurídico⁹¹.

Cuando se analiza la culpabilidad es porque ya se comprobó materialmente un hecho típico y antijurídico; mediante un análisis material. Al llegar a la culpabilidad el juez tiene que analizar la relación entre el hecho realizado y la voluntad del autor. Debe revisar el contenido de la voluntad, los motivos por lo que no actuó conforme a la ley⁹².

De este análisis se dará una graduación del reproche, individualizándolo. Esta individualización deberá realizarse mediante el estudio de los motivos y la total personalidad del autor, de las condiciones en que se concretó la conducta, valorando la exigencia que tenía el sujeto de actuar de otra manera⁹³.

Actualmente, el juez, al individualizar la pena, debe analizar estas condiciones para graduar el reproche que dirigirá al sujeto.

Podemos definir, pues, a la culpabilidad como el juicio por el cual se reprocha a un sujeto haber efectuado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma.

Por su parte Gustavo Labatut Glenda, refiriéndose a la teoría normativa nos dice que “el contenido de la culpabilidad es un juicio de reprobación del acto respecto de su autor, que se

⁹¹ *Ibíd.*, p.103.

⁹² *Ibíd.*

⁹³ *Ibíd.*

funda en la exigibilidad de la conducta ordenada por la ley, y agrega el autor que para la averiguación de la reprochabilidad de una conducta típicamente antijurídica, o sea el juicio de culpabilidad, requiere el examen de tres cuestiones que condicionan el aspecto subjetivo del delito y ellas son: a) precisar si en el momento de actuar, el individuo poseía o no las condiciones psíquicas indispensables para responder de su hecho; b) sentado que el sujeto es penalmente capaz, imputable, procede determinar de qué modo, en el caso concreto, se encuentra vinculado psicológicamente a su acción, esto es, si obró con dolo o culpa o si el evento dañoso fue resultante de un caso fortuito o de un error inculcable; y c) fijados los dos elementos anteriores se entra a considerar el aspecto propiamente normativo de la culpabilidad, si hubo o no motivación reprochable, que es elemento ajeno a la teoría psicológica, lo que hace necesario indagar si la conducta ordenada por la ley fue o no exigible al agente, en lo cual reside la esencia de la culpabilidad normativa”⁹⁴.

2.1.6.4. Formas o especies de la Culpabilidad.

Antes de ver las formas o especies de la culpabilidad, bueno es decir y para un mejor entender del tema, unas ideas sobre la esencia y graduación de la culpabilidad; la esencia de la culpabilidad reside, según Jiménez de Asúa, en la exigibilidad de conducirse de acuerdo con el deber de respetar las disposiciones jurídicas, o como dice Schonke, según cita que hace el mismo autor, el núcleo de la culpabilidad se halla en la posición del autor ante las exigencias

⁹⁴ LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal- Parte General. Tomo I.* 4° edición. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1963, pp.161 - 162.

de la comunidad”⁹⁵. De lo que resulta que la culpabilidad es graduable, según sea más o menos exigible el comportamiento con arreglo al deber.

2.1.6.5. Graduación de la Culpabilidad.

Las opiniones se encuentran divididas en este aspecto, pues conforme la tesis psicológica de la culpabilidad, no puede darse graduación, pues la culpabilidad existe o no existe, su estudio se circunscribe a sus dos especies (dolo y culpa) y a las causas que la excluyen. Conforme a la teoría normativa de la culpabilidad, si puede deducirse grados de culpabilidad, en atención a los motivos y la personalidad del agente, su carácter y peligrosidad; y a este respecto dice Frank, según cita que hace don Luis Jiménez de Asúa: “que la culpabilidad es tanto mayor cuanto más diste la motivación del autor del a motivación justa, y es tanto menor cuanto más intervenga en ella circunstancias que se acerquen a una causa de exculpación”⁹⁶. Por su parte Jiménez de Asúa, nos dice que si queremos comprender bien como debe graduarse la culpabilidad conforme a la teoría normativa tenemos que distinguir el más o el menos de ella según: a) sus especies; b) la exigibilidad como fórmula general; c) los motivos; d) la personalidad del agente; e) el elemento subjetivo de lo injusto y f) las llamadas circunstancias agravantes y atenuantes⁹⁷.

⁹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal, Tomo V*. Óp. cit., p.262.

⁹⁶ *Ibíd*em, p.246.

⁹⁷ *Ibíd*em.

2.2. LÍMITE AL “IUS PUNIENDI” EN UN ESTADO SOCIAL

2.2.1. El Principio de Intervención Mínima.

El principio de intervención mínima señala que, el derecho penal es un recurso que corresponde usar únicamente cuando se han agotado los demás medios que pueden emplearse para evitar comportamientos socialmente negativos y que afecten gravemente los bienes jurídicos tutelados. Al Estado le corresponde evitar todo abuso en el empleo de este poderoso instrumento; si abusa de él, lo desnaturaliza y lo transforma en un arma inefectiva, que pierde su calidad de recurso de excepción.⁹⁸

El principio de intervención mínima es un postulado político criminal, que debe ser empleado por el legislador penal a quien le sirve de guía y de orientación.⁹⁹ Si bien sus destinatarios pueden ser todos los operadores del sistema penal (jueces, fiscales, abogados), su principal beneficiario es el legislador, dado que se encuentra en la cúspide del sistema penal y es finalmente quien abre las puertas del mismo.¹⁰⁰

Dentro de la característica de este principio, se indica que precisa la conveniencia o no de utilizar el recurso de la pena o la medida de seguridad en la solución o respuesta satisfactoria de los conflictos sociales más graves; este principio ayuda a comprender que la pena no es el medio más adecuado y útil en la lucha contra la delincuencia, sino que constituye la extrema y última ratio contra ella. La sanción jurídico penal no es el único recurso, ni, a veces el mejor contra el delito.¹⁰¹

⁹⁸ *Ibíd.*, p.42.

⁹⁹ MIR PIUG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. 2º edición. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2003, p. 125.

¹⁰⁰ CASTILLO ALVA, José. *Principios del Derecho Penal parte general*. op.cit., p. 214.

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 216.

El Estado tiene la obligación, de aplicar una política social positiva, en el sentido de concretar sus fines sin recurrir a medidas represivas; si esa política no logra los resultados perseguidos, debe recurrir a los recursos y medidas de orden civil y administrativo aconsejables, y sólo cuando éstos fracasan ha de recurrir a la sanción penal.¹⁰²

No se trata de un principio dogmático, sino político criminal, en la medida que en la lucha contra la criminalidad obliga el empleo de los medio más adecuados y eficaces que ayuden a contrarrestarla. El principio de intervención mínima logra legitimar la actuación estatal y es un termómetro que expresa la naturaleza democrática de un Estado y de los mecanismos de poder.¹⁰³

Mientras un Estado democrático interviene limitando los derechos de los ciudadanos en los casos que sea necesario para garantizar la paz social; un estado totalitario aprovechara cualquier perturbación al orden público o político para criminalizar cualquier conducta. El principio de intervención mínima es un criterio político criminal propio de un Estado de Derecho que ayuda a controlar e identificar su grado de legitimidad. A mayor y más indiscriminada intervención estatal, menor legitimidad democrática del Estado; a menor intervención estatal, mayor legitimidad democrática del mismo.¹⁰⁴

¹⁰² PEÑA CABRERA, Alonso. *ESTUDIOS CRÍTICOS DE DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL a partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales*. Óp. cit., p.41.

¹⁰³ CASTILLO ALVA, José. *Principios del Derecho Penal parte general*. Op.cit., p. 210.

¹⁰⁴ *Ibíd.*

2.2.2. Derecho Penal Mínimo y Derecho Penal Máximo.

Al mencionar al Derecho penal mínimo es menester citar a Luigi Ferrajoli, quien señala: “los sistemas de derecho y de responsabilidad penal oscilan entre dos extremos opuestos identificables no sólo con las dicotomías saber - poder, hecho - valor o cognición – decisión, sino también con el carácter condicionado o incondicionado, limitado o ilimitado del poder punitivo”¹⁰⁵.

Teniendo los dos extremos opuestos, Ferrajoli los diferencia de la siguiente manera:

“El modelo garantista, posee límites o prohibiciones que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal: según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos”¹⁰⁶.

De modo contrario “los modelos autoritarios se caracterizan por la debilidad o la ausencia de alguno o algunos de estos límites a la intervención punitiva del estado, hasta los casos extremos en que aquélla puede ocurrir sin que se produzca ninguna condición judicialmente comprobable y/o legalmente predeterminada”¹⁰⁷.

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Prólogo: Norberto Bobbio. Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p.103.

¹⁰⁶ *Ibídem*, p.104.

¹⁰⁷ *Ibídem*.

Evidenciándose al Derecho penal mínimo con un modelo garantista y al Derecho penal máximo con un modelo autoritario, Ferrajoli manifiesta:

“el primer modelo puede ser identificado con el del estado de derecho: entendiendo por esta expresión un tipo de ordenamiento en que el poder público, y específicamente el penal, está rígidamente limitado y vinculado a la ley en el plano sustancial (o de los contenidos penalmente relevantes) y bajo el procesal (o de las formas procesalmente vinculantes). Los últimos, en cambio, sirven para configurar sistemas de control penal propios del estado absoluto o totalitario: entendiendo por tales expresiones cualquier ordenamiento donde los poderes públicos son *legibus soluti* o «totales», es decir, no disciplinados por la ley y, por tanto, carentes de límites y condiciones”¹⁰⁸.

El derecho penal mínimo, condicionado y limitado al máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y certeza. Existe un nexo profundo entre garantismo y racionalismo. Un derecho penal es racional y cierto en la medida en que sus intervenciones son previsibles y son previsibles sólo las motivadas por argumentos cognoscitivos de los que sea decidible procesalmente, la verdad formal¹⁰⁹.

Siguiendo la misma línea de pensamiento Ferrajoli menciona que, de ahí se deriva una doble limitación a la potestad prohibitiva del estado indicando:

¹⁰⁸ *Ibídem*.

¹⁰⁹ *Ibídem*., p.103.

“El primer límite viene dictado por el principio de necesidad o de economía de las prohibiciones penales, expresado en el axioma, *nulla lex poenalis sine necessitate*, del que deriva, por exigirlo la legalidad de penas y delitos, no sólo el principio de la pena mínima necesaria -enunciado en la tesis, *nulla poena sine necessitate*, sino también el de la máxima economía en la configuración de los delitos. Porque el uso de las leyes, las cuales no son otra cosa que reglas autorizadas escribe Hobbes, no tiene como finalidad impedir al pueblo que realice acciones voluntarias, sino dirigir y controlar éstas de tal manera que los súbditos no se dañen mutuamente; por tanto, una ley que no es necesaria, al carecer del fin que la ley se propone, no es buena. A lo que Beccaria añade: Prohibir una multitud de acciones indiferentes no es evitar los delitos que no pueden nacer, sino crear otros nuevos. Y Bentham polemiza duramente contra la tendencia de muchas leyes de su tiempo a castigar un sinnúmero de infracciones fútiles y pueriles”¹¹⁰.

Ferrajoli junto con Alessandro Baratta, expositor de la tendencia penal denominada derecho penal mínimo, considera que los principios penales juegan un papel preponderante en el Derecho Penal, puesto que son requisitos mínimos de los derechos humanos a través de los cuales se articula a nivel de ley la política de mínimo respeto de esos derechos.¹¹¹

Siendo ello así, encontramos al Principio de Intervención mínima y la facultad sancionadora del Estado para la protección de la sociedad, en tanto alcance ese objetivo. Para cumplir esa

¹¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Óp. cit., p.465.

¹¹¹ BARATTA, Alessandro. “Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal”, Capítulo criminológico, Número 13, Instituto de Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, 1985, pp. 81-99

función se limitará intervenir en cuanto sea estrictamente necesario y para amparar bienes jurídicos fundamentales.¹¹²

2.2.3. Derecho penal moderno.

En los últimos años, las transformaciones que la sociedad ha experimentado han producido cambios en el Derecho penal. Es una tendencia natural que el Derecho acompañe la evolución de la sociedad, ofreciendo o buscando ofrecer respuestas a los problemas que surgen con estas transformaciones¹¹³.

Hay el surgimiento cotidiano de nuevas situaciones hasta entonces inéditas para el Derecho, bienes jurídicos que antes no formaban parte del ámbito protegido por el Derecho penal, ahora la sociedad clama por su tutela, (...).¹¹⁴

Ante ello, los legisladores penales han actuado de manera incesante en la Parte Especial de los Códigos penales, creando tipos nuevos o ampliando la gravedad de los ya existentes. La consecuencia es que en conjunto, el Derecho Penal de los últimos años ha aumentado significativamente su capacidad, eliminando de paso algunas garantías específicas del Estado de Derecho que se habían convertido en un obstáculo para el cumplimiento de sus nuevas tareas¹¹⁵.

Frente a las innovaciones sucedidas, parece que el Derecho penal clásico no posee elementos suficientes para el enfrentamiento de los problemas derivados de ellas; así señala Muñoz

¹¹²GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal Parte General Tomo I*, op.cit., p.31.

¹¹³ MILANESE, Pablo. El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima. Publicado en la página web: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_33.pdf, consultado por última vez el 28 de Noviembre del 2015.

¹¹⁴ HASSEMER, Winfried. "Crisis y características del moderno derecho penal" traducción al castellano por MUÑOZ CONDE, Francisco. Revista: Actualidad Penal, n. 43. España, 1993, p. 640.

¹¹⁵ *Ibidem*.

Conde: “ese Derecho penal carece de información suficiente sobre el efecto preventivo de sus disposiciones, exige una imputación del injusto a personas físicas individuales y requiere una prueba precisa de la relación causal entre la acción y los daños”¹¹⁶.

El Derecho penal moderno pierde el carácter fragmentario propio del núcleo básico del Derecho penal clásico, es decir, ya no es considerado como un instrumento de reacción frente a los ataques más violentos contra bienes jurídicos más relevantes, sino que se transforma en un instrumento de política de seguridad, lo que lo aproxima a las funciones del Derecho civil o administrativo¹¹⁷.

Por lo tanto el principio de intervención mínima es mitigado, porque no sólo se atenta contra su carácter fragmentario, sino también contra su subsidiariedad, ya que deja de ser la última ratio del sistema para ser transformada en prima, o incluso, única ratio, siempre que parezca rentable políticamente. Todos estos cambios provocarán graves problemas. El principal de ellos son los llamados "déficits de realización", es decir, algunas leyes del moderno Derecho penal no son aplicadas como deberían y, muchas veces, cuando son correctamente aplicadas acaban generando resultados injustos o arbitrarios¹¹⁸.

La consecuencia de esto es el riesgo de que el Derecho penal se quede reducido a una función puramente simbólica, dejando de lado sus verdaderas funciones¹¹⁹. En verdad, estos efectos simbólicos de la intervención estatal sólo son admisibles en cuanto efecto secundario, y no como los principales. Estos efectos figurados están "conectados al fin o a la función de

¹¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. "Presente y futuro de la dogmática jurídico penal". Revista Penal, Madrid, 2000, p. 48.

¹¹⁷ MILANESE, Pablo. El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima. Óp. cit.

¹¹⁸ HASSEMER, Winfried. "Crisis y características del moderno derecho penal".cit., p. 641.

¹¹⁹ Ibídem, p. 642.

transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias, en las que producirían emociones, o cuando más, representaciones mentales" y, por lo tanto, no deben prevalecer sobre la función de protección de bienes jurídicos¹²⁰.

2.2.4. Características del Principio de Intervención Mínima.

Según Hassemer, el Derecho penal presenta tres características propias que reflejan el contexto actual: la protección de bienes jurídicos, la prevención y la orientación a las consecuencias¹²¹.

La primera consiste en que el Derecho penal moderno considera la protección de bienes jurídicos una exigencia para la penalización de determinadas conductas, desvirtuando, de esta manera, la concepción clásica de este principio, por la cual la protección de bienes jurídicos asume un carácter negativo, de prohibición de penalización de determinadas conductas. Así, el Derecho penal moderno utiliza la protección de bienes jurídicos como un mandato para penalizar, y no como una limitación a la protección de bienes jurídicos¹²².

No obstante que la función del ordenamiento jurídico globalmente considerado sea la protección de bienes jurídicos, no significa que incumba al Derecho penal en exclusiva la realización de esa tarea. Por el contrario la protección debe ser, incluso, frente al propio Derecho penal, que sólo debe intervenir cuando se hayan agotado otros medios de protección, dado que "el concepto de bien jurídico se concibió originariamente más como

¹²⁰ DIEZ RIPOLLES, José Luis, "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena", *Actualidad Penal*, N° 1, 2001, Madrid, p.4.

¹²¹ HASSEMER, Winfried. "Crisis y características del moderno derecho penal". cit., p. 638.

¹²² *Ibídem*.

límite que como legitimación de la intervención del Derecho penal"¹²³.

Existe, por lo tanto, una evidente infracción del principio de intervención mínima, ya que el bien jurídico sería directamente protegido por la ultima ratio del ordenamiento jurídico, el Derecho penal, sin pasar por los "filtros" de las otras ramas del Derecho, sin cuestionarse la relevancia de tal bien para el Derecho penal. Los principios de intervención mínima y de protección de bienes jurídicos deben, en realidad, coexistir, de tal forma que aquél figure como límite de éste¹²⁴.

Así lo entiende Juan Córdoba Roda:

“la ciencia penal como expresión cultural proclama desde decenios el principio conforme el cual sólo debe recurrirse al Derecho Penal en los casos en los que el mismo sea absolutamente necesario para la protección de bienes jurídicos frente a los ataques más intensos de los que pueden ser objeto. Ello comporta, además la exigencia de que las normas penales se encuadren dentro del ordenamiento jurídico conforme a un sistema debidamente coordinado en el que las sanciones penales representan el último y inevitable recurso a que acude el Estado”¹²⁵.

Así, como afirma Hassemer, cada vez más el fin parece justificar los medios. Aludiendo a que la finalidad de prevención debe nortear el Derecho penal, pero no constituir su primordial meta. Se impone que haya un equilibrio entre la prevención general y la especial, para que,

¹²³ MUÑOZ CONDE, Francisco. "El 'moderno' derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias". La Ley, n. 3, 1996, p. 1340.

¹²⁴ CÓRDOBA RODA, Juan. "Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima". La Ley, n. 3, 1996, p. 1333.

¹²⁵ *Ibíd.*

tanto los intereses de la sociedad como los de la persona considerada individualmente, sean satisfechos¹²⁶.

Al mismo tiempo que el propósito de la pena es la "intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de los delitos"¹²⁷ (prevención general), existe también la función de "apartar al que ya ha delinquirido de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección o intimidación, bien a través de su aseguramiento, apartándolo de la vida social en libertad (prevención especial)."¹²⁸

Por lo tanto, para lograr la armonía entre estas dos caras de la prevención, sin que haya cesión a favor de una de ellas, se debe considerar que "la sociedad tiene derecho a proteger sus intereses más importantes recurriendo a la pena si ello es necesario"¹²⁹;

Con tal exaltación de la orientación de las consecuencias por el Derecho penal moderno, el Derecho penal se resume en un instrumento de pedagogía social, con la finalidad de sensibilizar las personas acerca de determinados temas entonces tutelados por esa rama del Derecho¹³⁰.

Tal contrariedad se da esencialmente por el hecho de que hay otras vías capaces de desarrollar esta función, inclusive, con más eficacia y satisfactoriedad que el Derecho penal, en cuanto revestido del carácter de subsidiariedad, y consecuentemente de última ratio del sistema.

¹²⁶ HASSEMER, W. "Crisis y características del moderno derecho penal". Óp. cit., p. 638.

¹²⁷ Ibídem, p. 639.

¹²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Óp. cit., p. 48.

¹²⁹ MUÑOZ CONDE, F. "El 'moderno' derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias". Óp. cit., p. 1341.

¹³⁰ HASSEMER, W. "Crisis y características del moderno derecho penal". cit., p. 639.

Las consecuencias del uso del Derecho Penal para conseguir finalidades distintas de la protección de bienes jurídicos pueden ser desastrosas, dado que ésta es la rama del ordenamiento jurídico que prevé las sanciones más gravosas y, por ello, debe ser utilizado solamente en los ataques más violentos a los bienes jurídicos más relevantes¹³¹.

El Derecho penal es un medio de control social, es decir, cumple una función primordial en cuanto ordenamiento que protege la paz social y las condiciones sociales indispensables para el ser humano en la convivencia en sociedad¹³².

Sin embargo, no es el único medio de control social que existe; existen otras formas que, incluso, deben preceder al Derecho penal, lo cual, por la gravedad de sus consecuencias, es, como ya afirmamos, la última ratio del sistema. Así que, son formas de control social extrajurídico que lo anteceden la familia, la escuela y la religión; ultrapasados estos primeros filtros, aparecen también los métodos de control jurídicos, que son las otras ramas del ordenamiento jurídico, como el Derecho civil, administrativo o mercantil¹³³.

De ese modo, el Derecho penal es un subsistema más dentro del sistema de control social, que utiliza los mismos instrumentos de las otras formas de control social en la definición y corrección de la conducta desviada¹³⁴, como la norma, la sanción y el proceso, más allá de perseguir los mismos fines de aseguramiento del orden social¹³⁵.

¹³¹ MILANESE, Pablo. El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima. Óp. cit.

¹³² BAUMANN, J. apud GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Derecho penal, introducción, Madrid, Ed. Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense Madrid, 2000, p. 86.

¹³³ MILANESE, Pablo. El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima. Óp. Cit.

¹³⁴ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la criminología y al derecho penal, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1989, p. 115.

¹³⁵ DÍEZ RIPOLLES, José Luis. "El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista". Jueces para la democracia, n. 30, 1997, p. 10.

De todo lo expuesto, es posible concluir que el Derecho penal se ha convertido más en un instrumento político de dirección social que un mecanismo de protección jurídica subsidiaria de otras ramas del ordenamiento jurídico¹³⁶.

De manera que el derecho penal como recurso del Estado tiene límites en cuanto a su empleo, y una de ellas es el principio de Intervención Mínima tal como se expuso; el límite mencionado confiere al derecho penal dos contenidos: la subsidiaria o ultima ratio y la fragmentariedad.¹³⁷

2.2.5. Principio de Intervención Subsidiaria del Derecho Penal.

2.2.5.1. El Concepto de Subsidiaridad y sus premisas.

Autores alemanes como Andrew Von Hirsch, Kurt Seelmann y Wolfgang Wohlers, señalan lo siguiente de la subsidiariedad del Derecho Penal:

“El Estado sólo podría recurrir al Derecho penal como injerencia estatal más severa en la libertad de los ciudadanos cuando un medio más leve no asegurara el éxito suficiente; por tanto la pena estaría a disposición del Estado sólo como “ultima ratio”. Siempre que estén a mano posibilidades de regulación igualmente válidas y menos drásticas, queda excluido el empleo de sanciones jurídico penales; frente a estas medidas más leves el Derecho Penal sería subsidiario”¹³⁸.

¹³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. "El 'moderno' derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias". Óp. cit., p. 1340.

¹³⁷ *Ibíd.*

¹³⁸ HIRCH, Andrew von y otros. *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Prólogo: Jesús- María Silva Sánchez. Traducción: Ricardo Robles Planas. Barcelona: Atelier, 2012, p. 129.

No obstante a lo citado, se observan algunas diferencias dentro del terreno de la dogmática penal, respecto a la ubicación de la subsidiariedad: ROXIN relaciona en general el concepto de subsidiariedad con el principio de proporcionalidad, RUDOLPH lo ubica especialmente en la adecuación. EBERT diferencia entre la relevancia del motivo de la regulación, para lo cual recurre al principio de proporcionalidad, y la necesidad de reaccionar mediante el Derecho penal frente a ese motivo, lo que sería una cuestión de necesidad; el Derecho penal sería subsidiario frente a la escasa necesidad¹³⁹.

Como se observa existen diversos modos de ubicar a la subsidiariedad; sin embargo, vuelve a reinar el acuerdo en lo relativo a vincular el pensamiento de la subsidiariedad tal y como se ha acabado de esbozar con consideraciones político-criminales de eficiencia, ya sea mediante la referencia a la suficiencia de otros medios o mediante la referencia a la necesidad ligada al control de la proporcionalidad¹⁴⁰. Esta orientación descansa sobre tres premisas:

“a) La pena es entendida como el medio de intervención estatal más severo. b) La orientación a la eficiencia de una amenaza penal distingue desde un principio el concepto de subsidiariedad de una cuestión prima facie similar: la restricción de las sanciones jurídico-penales a comportamientos merecedores de pena. La pregunta por el merecimiento de pena busca un fundamento para la pena y tiene de este modo un sentido constitutivo del injusto penal, mientras que las consideraciones de eficiencia

¹³⁹ HIRCH, Andrew von y otros. *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Prólogo: Jesús- María Silva Sánchez. Traducción: Ricardo Robles Planas. Barcelona: Atelier, 2012, p. 130.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

se relacionan con el fin preventivo de la pena, con el efecto social de la pena. c) Si únicamente puede recurrirse al derecho penal en tanto no haya otra alternativa igualmente eficiente a la amenaza de pena, ello implica la comparabilidad de la pena con otros medios estatales de regulación”¹⁴¹.

2.2.5.2. El marco de la Teoría de las normas.

HIRCH, Andrew von y otros mencionan que:

“El Derecho puede ser descrito como un sistema compuesto por normas de conducta y normas de decisión: mientras que las normas de conducta están dirigidas directamente a los ciudadanos y prohíben, mandan, permiten o comunican determinados comportamientos, las normas de decisión regulan la reacción de los órganos estatales en relación con los comportamientos del ciudadano. Las normas de conducta se refieren, por tanto, a un momento anterior a ese comportamiento, las normas de decisión son relevantes sólo con posterioridad a él. Estas últimas influyen en la decisión de los órganos estatales de diversas maneras: mediante reglas de competencia y normas procedimentales pero, ante todo, mediante normas materiales de decisión [*materiale Entscheidungsvorgaben*]”¹⁴².

Cuando se relata acerca de la calificación de las normas de sanción como un grupo autónomo de normas de decisión se exige un concepto de sanción lo suficientemente claro; sin embargo, no puede negarse que a disposición del legislador no está únicamente la pena como

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² *Ibidem*, p. 133.

forma de sanción “pena” y “sanción” no son sinónimos; los diccionarios jurídicos ponen de relieve el carácter coactivo de una sanción o la describen como una medida con la que el ordenamiento jurídico reacciona frente a comportamientos contrarios a derecho o a deber. La referencia a comportamientos contrarios a derecho o a deber como punto de partida de una sanción, aclara junto al carácter represivo la segunda característica esencial: las normas de sanción diferencian de otras reglas materiales de decisión en que ellas no se enlazan a un simple cumplimiento o incumplimiento, sino a la lesión de una norma de conducta obligatoria. Ambas características pueden ser resumidas en el enunciado de que una sanción castiga la infracción de un deber jurídico de conducta¹⁴³.

Siguiendo a los penalistas ellos señalan:

“De ello se deduce una consecuencia decisiva para la teoría de las normas: una sanción presupone la lesión previa de un orden de conducta, las normas de sanción deben enlazarse a normas de conducta ya vigente (que ordenan o prohíben); en este sentido, las normas de sanción son de naturaleza secundaria. Formulado de modo inverso: existe una primacía de las normas de conducta”¹⁴⁴.

“El legislador se enfrenta a una irregularidad social que pretende solucionar a partir de los medios del Derecho, teniendo que reconstruir, ante todo, el instrumental relativo a la norma de conducta: ¿existen ya las respectivas normas de conducta? ¿Es suficiente con ellas o deben ser completadas? ¿O los comportamientos indeseados no son hasta ahora abarcados por el Derecho? Consecuencia de este análisis será la

¹⁴³ *Ibíd*em, p. 134.

¹⁴⁴ *Ibíd*em.

promulgación de normas de conducta de Derecho civil o del Derecho Administrativo. Sólo en un segundo paso se encuentra el legislador frente a la cuestión de si quiere completar el sistema de normas de conducta mediante sanciones”¹⁴⁵.

2.2.5.3. Alcances de la Intervención subsidiaria del Derecho Penal.

El principio de intervención subsidiaria es conocido como el carácter subsidiario del Derecho penal, como la última ratio, o también como la naturaleza secundaria del Derecho penal que tan sólo supone un límite negativo para el legislador, quien sería libre para no atender al mismo. Algunos autores distinguen entre una subsidiariedad formal o jurídica y una subsidiariedad socio-política. La primera legitima la intervención del Derecho penal sólo cuando los otros controles jurídicos fallan o resultan insuficientes para resolver una perturbación social grave (delito), mientras que la segunda aparece al exigir que el Derecho penal deba ser la última arma de la política social.¹⁴⁶

El principio de intervención mínima, al menos en su aspecto del sub principio de subsidiariedad, constituye un acto de sinceridad que la comunidad realiza respecto del delito, al que contempla no como un fenómeno exclusivamente individual, o como un acto aislado fruto de la libertad o como pura infracción normativa, sino como un problema social a cuya solución todos debemos ayudar, ya sea eliminando los factores que lo producen, impidiendo

¹⁴⁵ *Ibíd*em, p. 135.

¹⁴⁶ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Conceptos y límites del Derecho penal*. Madrid: Temis, 1994, p.74.

que éstos se desarrollen, reduciendo los costos del conflicto producido o previniendo otros que se pueden dar en el futuro.¹⁴⁷

Si el delito fuera solo un problema axiológico o valorativo, o exclusivamente individual o formal, su solución se dejaría en manos del ordenamiento jurídico, el cual tendría la única patente de corso en su luchar. Solo el Derecho penal estaría legitimado para emprender una cruzada contra él. Si el delito fuera un conflicto exclusivamente formal o jurídico el único camino para reducirlo sería el empleo del ordenamiento jurídico penal. No existiría el principio de intervención mínima; muy por el contrario, lo lógico sería la aparición de un principio inverso que podría llamarse principio de máxima intervención jurídico penal.¹⁴⁸

Sin embargo, esto no puede suceder dado que el delito como problema social tiene también raíces sociales como son los déficits educativos, las limitaciones económicas, una inadecuada socialización, el resquebrajamiento de la unidad familiar, entre otros factores.

Solo combatiendo estas causas reales que fomentan su aparición se puede lograr una lucha eficaz contra el delito, evitando incurrir en una utopía o el batallar contra molinos de viento.¹⁴⁹

Desde el punto de vista valorativo o normativo, se parte de la consideración que el delito no solo representa por lo general el quebrantamiento del orden jurídico o de una norma en particular, sino que constituye primero la infracción a una norma social o más de una vez de

¹⁴⁷ CASTILLO ALVA, José. *Principios del Derecho Penal parte general*. Óp. cit., p. 212.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, p. 213.

¹⁴⁹ *Ibíd.*

una norma de carácter ético. Se dice con razón, que le delincuente antes de rebelarse contra la ley jurídica, se revela contra la moral social o individual.¹⁵⁰

Como bien se ha puesto de relieve por parte de la filosofía del Derecho, no se puede caer en la ingenuidad de pensar que el único orden normativo que existe es el jurídico; también existen otros órdenes normativos que a la postre suelen ser los más importantes medios disuasivos para evitar la comisión de delitos. Estos órdenes normativos están dados por las normas éticas, morales o religiosas. El orden jurídico solo es el sistema coactivo formal, pero no es el único orden normativo. Esto debe quedar claro.¹⁵¹

Solo cuando se conjuga y enlaza la interacción de los diversos órdenes normativos es que se logra un mejor resultado en la lucha contra el delito. El Derecho penal es necesario, pero no suficiente.¹⁵²

Roxin precisa, refiriéndose al principio de subsidiariedad, que más que un mandato vinculante u obligatorio para el legislador constituye una directriz político criminal.¹⁵³ En las actuales circunstancias, el respeto al principio de intervención mínima por parte del legislador se convierte en imprescindible, dado que brinda una pauta de orientación valiosa sobre los criterios de incriminación y despenalización que debe seguir el legislador responsable y consciente de la trascendencia social de su rol.¹⁵⁴

¹⁵⁰ *Ibídem.*

¹⁵¹ *Ibídem.*, p. 214.

¹⁵² *Ibídem.*

¹⁵³ ROXIN, Claus. Principio de Intervención mínima. *En:* CASTILLO ALVA, José. *Principios del Derecho Penal parte genera*, op.cit., p. 215.

¹⁵⁴ *Ibídem.*, p. 215.

El principio de subsidiariedad pretende reflejar el lugar o valor real que ocupa el Derecho penal en la lucha contra el delito que, como su propio nombre lo indica, no es preferencial o de primera respuesta, sino que constituye el último y más aflictivo recurso. Asimismo, pretende situar correctamente al delito dentro de la sociedad haciendo ver que se trata de un problema no sólo jurídico o normativo, sino fundamentalmente social.¹⁵⁵

El carácter subsidiario del Derecho penal tiene una característica empírico. Sociológica en la medida que se concibe al delito como un problema o conflicto social que debe ser resuelto no sólo con los medios del ordenamiento jurídico (sanciones), sino apelando a otros instrumentos que por su contundencia y la oportunidad en su aplicación suelen ser igual o más eficaces.

Para ello es fundamental recurrir a las investigaciones criminológicas o a los conocimientos científicos vigentes que pueden arrojar resultados sumamente esclarecedores sobre los posibles efectos que la penalización o descriminalización de una conducta posee en el seno de una sociedad.¹⁵⁶

El estado para controlar el delito no necesita acudir como primera vía y opción al derecho penal, ni a la pena como su único recurso. Tal procedimiento se justificaría si la pena fuera el único instrumento que el Estado dispone para luchar contra la criminalidad. Solo cuando las penas o medidas de seguridad fueran los únicos medios de lucha contra el crimen estaría legitimado su uso y empleo; sin embargo, esto no es así el Estado tiene otros instrumentos,

¹⁵⁵ *Ibíd.*, p. 228.

¹⁵⁶ BACIGALUPO, Enrique. Principio de Intervención subsidiaria del Derecho penal. *En*: CASTILLO ALVA, José. *Principios del Derecho Penal parte general, op.cit.*, p. 229.

medios y recursos para combatir las diversas formas de delincuencia, la primera opción en dicho control la tiene los medios no punitivos o que no implican una aflicción tan dura para los derechos del inculpaado como la pena.

Esta preferencia no es gratuita ni solo por comodidad, sino que se basa en serias investigaciones empíricas de base criminológica, las cuales demuestran que no hay mejor forma de combatir el crimen que valiéndose de una adecuada política económica, social, educativa, familiar, de vivienda, etc.¹⁵⁷

El delito, al ser un problema social y humano exige del Estado y de la sociedad una ayuda para resolverlo, la cual no siempre tiene que ser un auxilio punitivo, a veces, el Estado con el empleo de la pena, lejos de disminuir o eliminar el conflicto que tiene que resolver, termina por agravarlo.¹⁵⁸

García Pablos apunta: “Mas Derecho penal no significa menos delito; más leyes, penas más severas, más policías, más cárceles no significan menos criminalidad, la pena no convence, ni disuade, atemoriza y refleja más la impotencia, el fracaso y la ausencia de soluciones que la convicción y energías necesarias para abordar los problemas sociales”¹⁵⁹.

¹⁵⁷ SANTANA VEGA, Dulce. Principio de Intervención subsidiaria del Derecho penal. En: CASTILLO ALVA, José. *Principios del Derecho Penal parte general*, op.cit., p. 232.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, p. 233.

¹⁵⁹ GARCÍA PABLOS, Antonio. Principio de Intervención subsidiaria del Derecho penal. En: CASTILLO ALVA, José. *Principios del Derecho Penal parte general*, op.cit., p. 233.

La primera reacción frente al delito no la puede dar el Derecho, sino la sociedad; por ello, una respuesta racional cargada de sentido debe enfrentar al delito principalmente en el plano social atacando las causas que lo generan¹⁶⁰.

Con toda razón se indica que la mejor política criminal es la implementación y desarrollo de una política social adecuada, no existe, pues, una política criminal eficaz sin una adecuada política social que le anteceda¹⁶¹.

Sin embargo, dicha política no puede pretender combatir el crimen de manera específica, porque de ser así debería haber tantas políticas sociales como delitos existen, sino que debe atacar los factores y condiciones que de manera general se caractericen por favorecer y producir perturbaciones sociales graves y, con ello, delitos, como la pobreza, el desigual reparto de la riqueza, el desempleo, una pésima educación, etc.¹⁶².

El Derecho penal solo debe aparecer cuando se han agotado las estrategias propias de una política social o cuando determinadas sanciones jurídicas no rinden los resultados esperados. Solo frente a la ineficiencia de estas “vías previas” la pena estatal está justificada y legitimada, antes no¹⁶³.

¹⁶⁰ El Derecho penal llega siempre tarde a solucionar los efectos nocivos provocados por el delito, situación que se agrava y se dilata más en el tiempo por la intervención de los diversos controles jurídicos formales como la policía, los jueces o el Ministerio Público, amén de la lentitud del aparato jurisdiccional para realizar las investigaciones pertinentes y poner fin a un proceso.

¹⁶¹ Lo dicho; sin embargo, no puede llevar a nadie a afirmar que con una adecuada política social el delito va a desaparecer, pues este hecho no es más que una utopía. El delito como hecho social grave siempre va existir mientras exista una sociedad humana; ubi societas, ubi crimen. Tal vez pueda modificarse la membrecía de delito a del mismo Derecho penal pero su principal referencia de contenido: el de perturbación social, siempre será el mismo.

¹⁶² CASTILLO ALVA, José. *Principios del Derecho Penal parte general* op.cit., p. 235.

¹⁶³ *Ibíd.*, p. 240.

La subsidiaridad del Derecho penal tiene pleno sentido cuando se la contempla desde una perspectiva sociológica como forma de control social, únicamente cuando los demás controles sociales, formales e informales, han fracasado, el control jurídico penal, el más formalizado de todos, recién tiene licencia para actuar¹⁶⁴.

2.2.6. Principio de Intervención Fragmentaria del Derecho Penal.

Por el principio del carácter fragmentario del Derecho penal, la ley se ocuparía de castigar los ilícitos más graves, ya sea por la importancia del bien jurídico o por la dañosidad social de la conducta, de todos los ilícitos existentes, el Derecho penal prohíbe y castiga únicamente los más graves, dejando la sanción de los demás ilícitos leves o insignificantes, a otros controles jurídicos formales; este principio cumple así una función selectiva y de elección de los ilícitos más graves.¹⁶⁵

Las leyes penales solo deben proteger los bienes jurídicos más importantes, solo se deben prohibir determinadas formas de conductas lesivas a los intereses sociales que se asientan en una tendencia interna grave¹⁶⁶.

Por el principio de fragmentariedad, el Derecho penal solo castiga con una pena los ilícitos más graves que afectan los valores indispensables y elementales para la convivencia humana¹⁶⁷.

¹⁶⁴ *Ibídem.*, p. 242.

¹⁶⁵ *Ibídem.*, p. 224.

¹⁶⁶ MOCCIA, Sergio. Principio de Intervención fragmentaria del Derecho penal. *En*: CASTILLO ALVA, José. *Principios del Derecho Penal parte general* op.cit., p. 247.

¹⁶⁷ *Ibídem.*, p. 247.

Si se quiere evitar las más graves perturbaciones a la convivencia humana se apunta lo más lógico es optar por las sanciones más drásticas dentro del ordenamiento jurídico que son las penas. El carácter fragmentario se opone a una visión exclusivamente retributiva del Derecho penal y de la función de la pena, como la de Binding para quien todos los ilícitos deberían perseguirse y castigarse con una sanción drástica: la pena¹⁶⁸.

2.2.6.1. Fragmentariedad y criminalización de conductas.

Como consecuencia de respetar la libertad de la persona a través de las intervenciones jurídico estatales es que el Derecho penal por medio del principio de fragmentariedad, debe responder cuando y que criminalizar y cuando y que conductas se deben despenalizar¹⁶⁹.

- a) **Importancia del bien jurídico.**- El Derecho penal, tal como se viene reiterando, no protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos indispensable para la vida social, la importancia del bien jurídico puede ser obtenida generalmente de la constitución política, la cual recoge los bienes y valores más importantes de la sociedad política y sobre lo que existe un consenso implícito¹⁷⁰.
- b) **Gravedad (dañosidad) social de la conducta.**- El Derecho penal así como no protege a todo bien jurídico, sino solo a los más importantes, la tutela que brinda a dichos bienes es parcial y limitada o también fragmentaria, pues se castiga solo a los comportamientos más lesivos y dañosos¹⁷¹.

¹⁶⁸ *Ibíd.*, p.248.

¹⁶⁹ *Ibíd.*, p.257.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, p.258.

¹⁷¹ CEREZO MIR, José. Principio de Intervención fragmentaria del Derecho pena. En: CASTILLO ALVA, José. *Principios del Derecho Penal parte general* op.cit., p. 258.

La fragmentariedad del Derecho penal se expresaría por partida doble: se protegen ciertos y determinados bienes jurídicos (lo más importantes), no todos; y de ellos se terminan prohibiendo las conductas que encierran un desvalor apreciable o un daño intolerable para el bien jurídico¹⁷².



¹⁷²CASTILLO ALVA, José. *Principios del Derecho Penal parte general* op.cit., p. 259.

EL DELITO DE FEMINICIDIO EN EL PERÚ

■ Capítulo III.

EL DELITO DE FEMINICIDIO EN EL PERÚ

SUMARIO: 3.1. Femicidio. 3.1.1. Aspectos generales. 3.1.2. Concepto de la expresión “femicidio”. 3.1.3. El femicidio en el Perú. 3.1.4. Tipología del femicidio. 3.1.5. Características del femicidio. 3.2. El delito de femicidio en el Perú.

3.1. FEMINICIDIO

3.1.1. Aspectos generales.

Autoras como Ana Elena Badilla, Sonia Montaña y Nieves Rico sostienen que la violencia contra la mujer, surge como consecuencia de las relaciones desiguales de poder entre varones y mujeres, donde ambos participan en procesos de socialización diferentes, en el que jerárquicamente los varones son colocados en una posición de superioridad respecto a las mujeres, adoptando valores supuestos, conductas y estereotipos que se asumen como inherentes a su sexo. De esta manera, al formar parte de un sistema socialmente construido sobre la base de desigualdades notorias de trato y educación, la violencia contra la mujer no se presenta como un hecho aislado, la falta de un sistema de protección efectivo para las víctimas de violencia, determina que muchas de ellas se vean obligadas a permanecer en este ambiente nocivo, donde su vida, salud e integridad se ven afectadas y en peligro constante¹⁷³.

En los últimos años, es posible apreciar que tanto a nivel nacional como internacional se ha otorgado un mayor reconocimiento a los derechos de las mujeres; no obstante, si bien ha existido un avance formal en la materia, la prevalencia de ciertos prejuicios y estereotipos culturales sobre los roles de género, impiden que estos avances puedan reflejarse en la realidad¹⁷⁴.

¹⁷³ VIZCARDI HUGO, Silfredo. “El nuevo delito de feminicidio y sus implicancias político- criminales”.
Ed. Gaceta penal y procesal penal TOMO-52, Lima, 2013, p. 106.

¹⁷⁴ *Ibíd.*

La violencia contra la mujer, cuya expresión más grave es el feminicidio, sigue siendo un tema prioritario en nuestro país, donde según datos aportados por el Ministerio de la mujer y la Fiscalía de la Nación, su magnitud afecta de manera negativa la vida de muchas peruanas.

3.1.2. Concepto de la expresión feminicidio.

Diane Russell fue la primera feminista en utilizar el término *feminicidio* durante su intervención en el Tribunal Internacional sobre Crímenes en Bruselas, en 1976. Sin embargo, no fue hasta 1992 en que, con la publicación de *Femicide: The politics of women killing*”, propuso con Jill Radford el concepto de *feminicidio* como el referido al asesinato de las mujeres a manos de los hombres, por el solo hecho de ser mujeres. Las autoras explican, además, cómo estos asesinatos se convierten en el último capítulo en un *continuum* de violencia y terror contra las mujeres, presentes a lo largo de toda su historia, bajo diversas manifestaciones: violación sexual, tortura, trata, hostigamiento sexual, mutilación genital, esterilización forzada o maternidad forzada¹⁷⁵.

De otro lado la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en el caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, de fecha 16 de noviembre de 2009, en la que expresamente se 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

¹⁷⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “Feminicidio en el Perú: Estudio de expedientes judiciales”. *Informe N° 04-2010/DP-ADM*. Lima, 2010. En: http://www.paho.org/per/images/stories/FtPage/2012/20120827_violencia_mujeres_defensoria.pdf?ua=1, consultado por última vez el 22 de Agosto del 2015, p.36.

libertad personal de las víctimas, así como por el incumplimiento de parte del Estado de su deber de investigar y de no discriminación¹⁷⁶.

3.1.3. El feminicidio en el Perú.

Para poder entender el significado de feminicidio optado por el Perú, veamos lo siguiente:

El Plan Nacional contra la violencia hacia la mujer 2009-2015 define el feminicidio: “como aquellos homicidios de mujeres en condición de discriminación y violencia basados en el género”.¹⁷⁷

De otro lado, la directiva general 004-2009-SG-PNCVFS, sobre el registro de feminicidio, en el acápite V, 5.1. Definiciones, señala al feminicidio como: “El homicidio de mujeres cometido presuntamente por la pareja o ex pareja; por cualquiera de las personas comprendidas en la Ley de protección frente a la violencia familiar; o por alguna persona desconocida por la víctima, siempre que el homicidio revele discriminación contra mujer”.¹⁷⁸ No obstante los conceptos anteriormente aportados, es menester manifestar el concepto que se opta para el desarrollo de la presente investigación, la misma que encierra ambas conceptualizaciones, la cual es dada por Julia Monárrez Fragoso, para quien el Feminicidio es:

“(…) el asesinato de mujeres por razones asociadas con su género. El feminicidio es la forma más extrema de violencia de género, entendida esta como la violencia

¹⁷⁶ GARITA, Ana. “La regulación del delito de femicidio/feminicidio en América Latina y el Caribe”.

Panamá: Únete para poner fin a la violencia contra las mujeres. Panamá, 2013, ps. 15 y 16. Publicado en la página web: http://www.un.org/es/women/endviolence/pdf/reg_del_femicidio.pdf, consultado por última vez el 25 de Julio del 2015.

¹⁷⁷ MIMDES. Plan Nacional contra la violencia hacia la mujer 2009-2015 (PNCVFS) y sus herramientas de gestión. MIMDES. Lima, 2009, p.25.

¹⁷⁸ MIMP. Feminicidio bajo la lupa. MIMP, Lima, 2012, p.25.

ejercida por los hombres contra las mujeres en su deseo de obtener poder, dominación o control. Incluye los asesinatos producidos por la violencia intrafamiliar y la violencia sexual. Manifestándose en dos formas: feminicidio íntimo o feminicidio no íntimo”¹⁷⁹.

3.1.4. Tipología del Feminicidio.

Los datos recogidos por el Ministerio Público permiten afirmar que se trata de un tipo de homicidio que: a) se dirige a las mujeres o las afecta en mayor proporción que a los hombres, b) presenta elementos comunes; y, c) se explica por la relación de histórica desigualdad entre hombres y mujeres. La vinculación entre el feminicidio y la discriminación contra la mujer ha sido especialmente resaltada por la Corte IDH¹⁸⁰.

Al respecto la legislación peruana cuenta con una tipología del feminicidio; sin embargo, conviene tener presente que no es la única forma de clasificarla; empero, es la que recogemos en la investigación.

Nos referiremos a tres tipos de feminicidio: íntimo, no íntimo y por conexión, los que se definen de la siguiente manera:

¹⁷⁹ MONÁRREZ, Julia. “Elementos de análisis del feminicidio sexual sistémico en Ciudad Juárez para su viabilidad jurídica”, Ponencia presentada en el Seminario Internacional: Feminicidio, Derecho y Justicia, México, 2004. p. 3. En: <http://mujeresdeguatemala.org/wp-content/uploads/2014/06/Elementos-del-feminicidio-sexual-siste%CC%81mico.pdf> , consultado por última vez el 16 de Agosto del 2015.

¹⁸⁰ VILLANUEVA, Rocío. “El Registro de Feminicidio del Ministerio Público”, p. 4. En: Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público. Enero-Diciembre 2009. Lima. <http://www.unfpa.org.pe/mgenero/PDF/MP-Feminicidio-ENE2010-DIC2010.pdf> , consultado por última vez el 18 de Agosto del 2015.

El feminicidio íntimo. “Se presenta en aquellos casos en los que la víctima tenía (o había tenido) una relación de pareja con el homicida, que no se limita a las relaciones en las que existía un vínculo matrimonial sino que se extiende a los convivientes, novios, enamorados y parejas sentimentales. En el feminicidio íntimo también se incluyen los casos de muerte de mujeres a manos de un miembro de la familia, como el padre, el padrastro, el hermano o el primo”¹⁸¹.

El feminicidio no íntimo. “Ocurre cuando el homicida no tenía una relación de pareja o familiar con la víctima. En esta categoría se incluye la muerte perpetrada por un cliente (tratándose de las trabajadoras sexuales), por amigos o vecinos, por desconocidos cuando se ataca sexualmente a la víctima antes de matarla así como la muerte de mujeres ocurrida en el contexto de la trata de personas”¹⁸².

El feminicidio por conexión. “Se da en aquellos casos en los que las mujeres fueron muertas en la “línea de fuego” de un hombre que pretendía matar o herir a otra mujer. Por lo general, se trata de mujeres parientes (por ejemplo hija, madre o hermana) que intentaron intervenir para evitar el homicidio o la agresión, o que simplemente se encontraban en el lugar de los hechos”¹⁸³.

¹⁸¹ *Ibíd.*, p.6.

¹⁸² *Ibíd.*

¹⁸³ *Ibíd.*

3.1.5. Características del feminicidio.

1.- Características de la víctima			3.- Características del presunto victimario		
Edad	00-06 años	6.3%	Edad	13-17 años	3.8%
	13-17 años	10.4%		18-24 años	15.1%
	18-24 años	20.8%		25-34 años	28.3%
	25-34 años	31.3 %		35-44 años	24.5%
	35 – 44 años	16.7 %		Mayor de 45 años	18.9%
	Mayor de 45 años	14.5 %		No hay información	9.4%
Hijos	Si	62.5%	Ocupación	Comerciante o ambulante	17.0%
	Número de huérfanos	59		Obrero	15.1%
Ocupación	Ama de casa	33.3%		Agricultor o ganadero	9.4%
	Comerciante o ambulante	18.8%		Agente de seguridad o policía	5.7%
	Estudiante	10.4%		Estudiante	3.8%
	Obrera	4.2%		Suicidio e intento	15.1%
	Menor de 5 años	4.2%	Intento de suicidio	1.9%	
2.- Relación entre la víctima y el presunto victimario			4.- Características del feminicidio		
Pareja o ex pareja 66.7%	Conviviente o ex conviviente	45.9%	Presunto motivo	Celos	33.3%
	Enamorado o ex enamorado	6.2%		Violación sexual previa al homicidio	14.6%
	Esposo	12.5%		Resistirse a continuar o a regresar con la pareja o ex pareja	8.2%
	Pareja sentimental	2.1%		Supuesta infidelidad de la víctima	6.3%
Familiar 16.7%	Padrastro o padre	8.3%		Negarse a tener relaciones sexuales con el presunto victimario	4.2%
	Cuñado	2.1%	Forma de homicidio	Asfixiada o estrangulada	25.0%
	Ex yerno	2.1%		Acuchillada	22.9%
	Hijo	2.1%		Golpeada	31.3%
	Primo	2.1%		Baleada	16.6%
Conocido 8.3 %	Vecino	4.2%		Decapitada	2.1%
	Amigo	2.1%	Desbarrancada	2.1%	
	Persona que conoció en una reunión social	2.1%	Lugar de ocurrencia	Dentro de la casa	62.5%
Desconocido 8.3%	Desconocido que atacó sexualmente a la víctima	8.3%		Fuera de la casa	37.5%
FUENTE: Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público					
Elaboración propia.					
					Enero: 2011

3.2. EL DELITO DE FEMINICIDIO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

Evidenciándose a nivel nacional el gran aumento de cifras de homicidios de mujeres con características de feminicidios, éstas causaron horror ante la población y ante los legisladores, razón por la cual decidieron modificar el Código Penal e incluir este tipo de crimen, lo hicieron a través de la Ley 29819, publicada en el diario oficial el 27 de diciembre de 2011, la mencionada ley dió cabida por primera vez, dentro del delito de parricidio, previsto en el artículo 107 del cuerpo de normas anotado, a la modalidad criminal de feminicidio.

La incorporación de esta figura varió de modo directo la fórmula legal del parricidio y tipificó una modalidad agravada del mismo; en efecto, desde la vigencia de la Ley 29819, el parricidio se configuraba no sólo por la muerte dolosa que se infligía entre otros supuestos, al cónyuge o concubino, sino también, a la persona con la cual el agente o sujeto activo del homicidio mantiene o mantuvo relación análoga a las precitadas; asimismo, era parricidio agravado dar muerte a alguna de los sujetos vinculados con el homicida por matrimonio, unión de hecho o nexa análogo, siempre que la acción letal encuadre en ciertas circunstancias del delito de asesinato, esto es, ferocidad, lucro, placer, homicidio conectado, por móviles de facilitación u ocultamiento, y gran crueldad o alevosía (artículo 108 del Código Penal).

Estando en vigencia ésta incorporación, fue sujeto de críticas a nivel doctrinal y práctico siendo una de ellas que, la Ley 29819 modificó indebidamente el Código Penal, sin respetar su sistemática, introduciendo fórmulas imprecisas, confusas que desfavorecen la correcta adecuación típica de los hechos ilícitos, función propia del sistema de impartición de justicia penal.

No obstante las críticas recibidas a la primigenia incorporación del delito de Femicidio; con fecha 18 de Octubre del 2012, el Poder Ejecutivo presentó el Proyecto de Ley N° 1616/2012-PE, tomando como argumento los últimos índices del incremento de violencia de género, con la finalidad de promulgar un nuevo tipo penal con penas elevadas, incluso con penas de cadena perpetua, es así que se propuso modificar el artículo en mención, por uno de sentido más amplio, siendo el 18 de julio de 2013 la fecha que se publicó en el Diario Oficial “El Peruano”, la Ley n° 30068, que modifica el artículo 107 e incorpora el Art. 108-B al ordenamiento jurídico penal, cuya redacción quedó de la siguiente manera:

<p>TEXTO ACTUAL DEL DELITO DE PARRICIDIO MODIFICADO POR LA LEY N° 30068</p>	<p>TEXTO ACTUAL DEL DELITO DE FEMINICIDIO INCORPORADO A TRAVÉS DE LA LEY N°30068</p>
<p><u>Artículo 107. Parricidio</u></p> <p>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.</p> <p>La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concorra cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108.”</p>	<p><u>Artículo 108-B.- Femicidio</u></p> <p>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:</p> <ol style="list-style-type: none"> 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. <p>La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concorra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Si la víctima era menor de edad; 2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación; 3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente; 4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación; 5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima padeciera cualquier tipo de discapacidad; 6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas; 7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108. <p>La pena será de cadena perpetua cuando concurren dos o más circunstancias agravantes.</p> <p>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 36¹⁸⁴.</p>

¹⁸⁴ FUENTE: LEY N° 30068, publicado en el Diario Oficial el Peruano el 18 de Julio del 2013.

Capítulo IV.

ANÁLISIS DE LA VULNERACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE CULPABILIDAD E INTERVENCIÓN MÍNIMA EN EL DELITO DE FEMINICIDIO DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE

SUMARIO: 4.1. El delito de feminicidio y el Principio de Culpabilidad. 4.1.1. Condición de mujer. 4.1.2. Vulnerabilidad de la mujer. 4.1.3. Motivos o fines. 4.1.4. Motivación del agente. 4.1.5. Presunciones: iure et de iure/iuris tantum. 4.1.6. Hechos ajenos. 4.1.7. Mayor culpabilidad. 4.1.8. Vulneración al Principio de Culpabilidad 4.1.9. Sentencia de feminicidio. 4.2. El delito de feminicidio y el Principio de Intervención Mínima. 4.2.1. Posturas dogmáticas de la inclusión del delito de feminicidio. 4.2.2. Políticas públicas frente al feminicidio. 4.2.3. Cuadros e estadísticas de feminicidios y tentativas de feminicidios. 4.2.4. El delito de homicidio y derivados. 4.2.4.1. Homicidio simple. 4.2.4.2. Parricidio. 4.2.4.3. Homicidio calificado. 4.2.4.4. Homicidio por emoción violenta.

4.1. EL DELITO DE FEMINICIDIO Y EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Para iniciar con el desarrollo del primer apartado del presente capítulo, es menester mostrar la descripción del tipo penal del feminicidio.

Artículo 108-B.- Feminicidio

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. (...)

4.1.1. Condición de mujer.

Al respecto cabe hacernos la siguiente interrogante: ¿A qué hace referencia el legislador al colocar: El que mata a una mujer por su condición de tal? Debemos entender ello, a la condición a nivel: ¿sexo, género, identidad de género?, si decimos que es a nivel de sexo, el legislador se refería a: ¿dar muerte a una mujer porque es mujer; como una suerte de genocidio de mujeres?

Para responder a la interrogante y en base a una interpretación no limitada al sentido literal o gramatical del artículo, nos remitiremos a dos acápites de la exposición de motivos del Proyecto de ley, que introduce al artículo 108 – B al Código Penal:

“La igualdad de géneros busca cambiar las relaciones injustas, permitiendo a las personas, hombres y mujeres, desarrollar sus capacidades libres de estereotipos, roles de género o perjuicios”¹⁸⁵.

“La presente propuesta legislativa, pretende modificar el artículo 107° e incluir el delito de feminicidio al Código Penal, conducta delictiva que podríamos definirla como el asesinato de mujeres que se vincula con situaciones de violencia familiar, violencia sexual, discriminación, hostigamiento **cuya base está en la discriminación de género**”¹⁸⁶.

Respondiendo a la interrogante, diremos que se trata de dar muerte a una mujer porque es mujer; empero, sobre una base de discriminación de género.

Debemos aclarar que, la descripción literal del artículo no desprende categóricamente tal exigencia; sin embargo, realizando una interpretación teleológica de la norma¹⁸⁷, hallamos que el sentido del artículo es erradicar la discriminación de género que sufren algunas mujeres; es así, que para el desarrollo de la siguiente investigación nos basaremos sobre ese razonamiento.

¹⁸⁵PROYECTO DE LEY 2307/2012. LEY QUE MODIFICA EL ART. 107° E INCORPORA EL ARTÍCULO 108°-A FEMINICIDIO AL CODIGO PENAL. Publicado en la página web: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/a361d49fb25f3b5e05257b7c0063796c/\\$FILE/PL02307310513.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/a361d49fb25f3b5e05257b7c0063796c/$FILE/PL02307310513.pdf), consultado por última vez el 3 de Octubre del 2015.

¹⁸⁶Ibídem.

¹⁸⁷ **Método de interpretación de la ratio legis o lógico:** Este método de interpretación consiste en el alza por encima de la simple explicación gramatical del texto normativo. Busca, más bien, la razón de ser de la ley o el espíritu de la norma, respondiendo a la pregunta: ¿para qué se dictó la norma? Véase: RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. 2° edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 136.

No obstante, para tener un mejor entendimiento sobre la discriminación de género, desglosaremos su significado.

¿Qué es discriminar?

Según la Real academia de la lengua española discriminar es:

“Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, etc.”¹⁸⁸.

¿Qué es discriminación de género?

“Es aquella que se ejerce a partir de la construcción social que asigna determinados atributos socio-culturales a las personas a partir de su sexo biológico y convierte la diferencia sexual en desigualdad social. La discriminación por género tiene su anclaje en antiguos estereotipos culturales y sociales que prescriben y determinan roles y funciones para varones y mujeres. Son estas prácticas discriminatorias las que excluyen y condicionan cotidianamente el acceso de las mujeres a sus derechos”¹⁸⁹.

Teniendo el concepto de discriminar y discriminación de género, elaboraremos nuestro propio concepto de discriminación a la mujer, realizando el siguiente razonamiento.

Si discriminar es dar trato desigual a una persona por diversos motivos, y discriminación de género consecuentemente sería, dar trato desigual a una persona por los determinados atributos socio-culturales que surgen a partir de su sexo biológico.

¹⁸⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Discriminar. Publicado en la página web: <http://dle.rae.es/?w=discriminar&o=h>, consultado por última vez el 28 de Setiembre del 2015.

¹⁸⁹ INADI. Discriminación de género. Publicado en la página web: <http://inadi.gob.ar/wp-content/uploads/2012/05/Documento-Tem%C3%A1tico-GENERO-segunda-edici%C3%B3n.pdf>, consultado por última vez el 28 de Setiembre del 2015.

Entonces, discriminación a la mujer sería: Dar trato desigual a la mujer, por los roles, estereotipos que socialmente, culturalmente, se le han asignado en razón a su sexo.

Desde ese punto de vista se podría decir, que los varones biológicamente al tener esas características son considerados socialmente como los “fuertes” (el cual es un atributo que culturalmente se le ha atribuido), mientras que las mujeres son consideradas como las “débiles”, por citar algunas frases que es muy común escucharla en la sociedad: “en esta casa mando yo, porque soy el hombre”, “el hombre si se deja dominar por su mujer está mal, pero si el hombre domina a la mujer está bien” y una que es muy peculiar “María la mujer de Pedro” en ésta última frase no sólo se le considera inferior a la mujer sino también se la señala como una suerte de objeto de Pedro (el hombre); frase que jamás se hubiese escuchado de modo contrario “Pedro el hombre de María”, la pregunta sería ¿Por qué?, la respuesta es simple, porque la sociedad, la cultura y los antepasados han insertado ello en el cerebro de las personas, de modo que si lo decimos de modo contrario puede sonar algo extraño o tal vez anti natural, lo cual no debería ser así en un estado de libertades como el nuestro.

Ahora bien, centrándonos en el delito de estudio; podemos decir, que se trata de un homicidio a una mujer basado en la discriminación de género; es decir, el varón (aunque el tipo indica “El que”, al ser un delito de género, decimos que es sólo el varón quien puede cometerlo) que mata a una mujer mediando discriminación de género (trato desigual a la mujer por los roles, estereotipos que socialmente se le han asignado en razón a su sexo femenino) comete el delito de feminicidio.

Es en este contexto donde adquiere sentido el concepto de género como categoría de análisis ideada por el feminismo para hacer visible que la subordinación social y cultural de las

mujeres responde a una construcción del patriarcado que asigna a “lo femenino” lugares de sumisión y, precisamente por ello, expone a las mujeres a ser blanco de violencia y posterior homicidio, como instrumento de dominación. Eso y no otra cosa se quiere decir cuando se afirma que el feminicidio encuentra su razón de ser en el sexo de la víctima, en su condición femenina. Son las mujeres, por ser mujeres, por pertenecer a este sexo, las que son blanco de esta clase de homicidios.

Al respecto, Lorenzo Copello señala:

“Nos encontramos frente a un fenómeno social, es decir, ante un tipo específico de homicidio vinculado de modo directo al sexo de la víctima al hecho de ser mujer y cuya explicación se encuentra en el reparto inequitativo de roles sociales, en pautas culturales muy asentadas que favorecen las relaciones de posesión y dominio del varón hacia la mujer¹⁹⁰.

Empero, no debe predicarse que todas las mujeres sufran discriminación de género, no debe negarse ni cegarse; que afortunadamente, son cada día más las féminas que alcanzan la igualdad real y que efectivamente existe un número indeterminado, probablemente aún demasiado amplio de las mujeres que aún lo sufren.

Al respecto, mencionaremos a García Álvarez que nos parece errado, cuando sostiene que: “el colectivo femenino ocupa una posición deficitaria y que tradicionalmente ha sido discriminada”¹⁹¹. Consideramos que el error recae en la generalización absoluta de posición

¹⁹⁰ LAURENZO COPELLO, Patricia. “La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología RECPC* (07-08), 2005. En:

<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf> , consultado por última vez el 04 de Setiembre del 2015, p. 8.

¹⁹¹ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *El Derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p.124.

deficitaria, ya que actualmente la situación en mención es un argumento insostenible, debido al gran avance de igualdad real que poseen las mujeres.

Siguiendo la misma línea indicamos, que el objeto de la Ley 30068 que introduce el delito de feminicidio en el Perú, no era el proteger a todas las mujeres frente a todos los varones, sino dar respuesta a un determinado tipo de homicidio; esto es, al homicidio de mujeres por ser mujeres, sobre una base de discriminación de género, en los contextos establecidos por la norma.

4.1.2. Vulnerabilidad de la mujer.

El término que utilizaremos para referirnos al trato desigual que recibe la mujer por ser mujer, basa en la discriminación será “vulnerabilidad”¹⁹² condición que debe tener la mujer para que efectivamente nos encontremos ante el delito de feminicidio.

De este presupuesto se infiere la necesidad de probar en los casos de feminicidio, que se está verdaderamente ante una mujer vulnerable. Si se parte de la aplicación automática, podría vulnerarse el principio de culpabilidad al hacerse responsable penal, al hombre individual por discriminación de otros; es decir, de aquellos en los que la mujer indudablemente se encuentra discriminada por su género.

Como siguiente ítem es lo relativo a los motivos y fines, ya que una de las cuestiones que resultan más importantes, es la referida a: si cuando se mata a una mujer, por su condición de tal, se actúa mediante un motivo del autor o una finalidad del mismo, ya que si partimos

¹⁹² Vulnerable: Que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente. RAE. Publicado en la página web: <http://dle.rae.es/?w=vulnerable&m=form&o=h>, consultado por última vez el 29 de Setiembre del 2015.

de la primera la analizaremos en la culpabilidad, mientras que si lo hallamos en la segunda su ubicación será en el injusto.

4.1.3. Motivación o finalidad.

Se señala que los motivos son aquellas representaciones afectivas que impulsan a un individuo a realizar algo. Mientras que el fin u objetivo se refiere a algo material que se halla por encima del modo de actuación del agente, en tanto que el motivo es interno, no perceptible en el mundo exterior¹⁹³.

Por ahora, estas dos ideas nos evocan dos percepciones distintas en el espacio, así, la primera nos indicaría que se encuentra ubicada en el interior del individuo, mientras que la segunda, da a entender que escapa a la propia actuación del agente y simultáneamente, se materializa en el exterior¹⁹⁴.

Estableciendo una diferenciación temporal entre fines y motivos, diremos que los segundos resultan anteceder cronológicamente a los primeros. De esta posición adscribe Jiménez de Asúa, cuando expresa ilustrativamente que “a nuestro entender el móvil está antes; el fin, después. A menudo el móvil supone la prosecución de un objetivo: matar por piedad (móvil), para que el sujeto pasivo no sufra más (fin)”¹⁹⁵.

Contribuyendo a lo acotado, agreguemos una que nos parece más completa, pues reúne los dos criterios de diferenciación expuestos; se trata, de una definición que abriga un criterio espacio-temporal, a saber: “el motivo es el motor, lo que decide la voluntad del agente, el desde dónde, en tanto que la finalidad es el hacia dónde. Con el motivo nos preguntamos de

¹⁹³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. Op. cit., p.489.

¹⁹⁴ *Ibíd.*

¹⁹⁵ *Ibíd.*

dónde nace la voluntad criminal y con la finalidad hacia dónde se dirige. El motivo es un por qué y la finalidad un para qué”¹⁹⁶.

Siguiendo al profesor Asúa ilustraremos la función que cumpliría el motivo aludiendo a un ejemplo de Florian, positivista italiano, señalando que:

“[distingamos] 1° la voluntariedad que mira a la producción del hecho en sí mismo (si se quiere, o no, herir, etc.); 2°, el motivo, en razón del cual se quiere el hecho (se mata por odio, por venganza, por amor); 3°, el fin, que se refiere al efecto que, queriendo un hecho en razón del motivo, el agente se propuso y trató de conseguir; el fin es el resultado inmediato prefijado al delito.” “Resumiendo pues: voluntario disparo (voluntariedad) de un fusil, con objeto de matar a Ticio (fin) para vengar a la hermana traicionada (motivo)”¹⁹⁷.

Novoa Monreal como representante de un sector de la doctrina chilena, indica “el motivo interno del sujeto no afecta ni modifica la calidad jurídica objetiva de una conducta, la cual se aprecia solamente en sus circunstancias externas”¹⁹⁸.

Pongamos un caso: ¿El que actúa discriminatoriamente se motiva en la discriminación misma, o por el contrario, es su finalidad?

Es decir, ¿Actúa motivado en la discriminación? o ¿Su finalidad es la discriminación?

Partamos de lo que supra se señaló el motivo es el motor, lo que decide la voluntad del agente, siguiendo el caso se diría que el agente tiene como motor de su accionar la discriminación y

¹⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Observaciones sobre la Delincuencia por odio en el Derecho Penal argentino*. En: *Estudios Penales en Homenaje a ENRIQUE GIMBERNAT*, Madrid: Edisofer, Tomo II, p.1742.

¹⁹⁷ RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal Español. Parte General*. 17 edición. Madrid: Dykinson, 2002, p. 236. Nota al pie N° 162.

¹⁹⁸ NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de derecho Penal Chileno, Tomo I*. 3ra edición. Chile: Editorial jurídica de Chile, 2004, p. 419.

que posteriormente llega a discriminar.

Si nos pusiésemos en el caso que su finalidad es la discriminación, cabría preguntarnos como llego a querer esa finalidad, es decir que fue la causa de esa finalidad, sin duda alguna la respuesta sería la discriminación.

Ahora bien, junto al ítem de finalidad que se ubicaría en sede del injusto al ser parte de los elementos subjetivos distintos del dolo como elemento de tendencia interna trascendente, ya que no bastaría el dolo sino las ultra finalidades que se tengan en el hecho, a diferencia de la motivación explicada. Es menester indicar que existe otro elemento subjetivo distinto del dolo, el elemento de tendencia interna peculiar o de ánimo, el cual manifiesta un elemento de aprovechamiento, circunstancia que se encuentra presente en la acción a diferencia de la motivación el cual es el motor de la acción.

Parafraseando al profesor español Echeverría Salinero Sebastián diremos:

El motivo sería la razón de ser del comportamiento, o conjunto de consideraciones racionales que lo justifican, y el ánimo se hallaría teñido o impregnado de una coloración subjetiva, como conjunto de deseos, pasiones y emociones en la acción. En consecuencia, la diferencia entre motivo y ánimo, quedaría remitida a la capa intelectual y a la anímica del sujeto, respectivamente.¹⁹⁹

¹⁹⁹ SALINERO, Sebastián. La nueva agravante penal de discriminación. Los “delitos de odio”, Revista de Derecho, Valparaíso, n° XLI, Madrid, 2013, p. 289.

A modo de concretar la idea mencionaremos algunos ejemplos de motivación y móvil.

Gimbernat indica:

“si un delincuente tiene decidido previamente atracar un banco matando al cajero y, una vez que ha entrado en el local, percibe que ese cajero es una persona de color, y dispara contra él, matándola, en ese robo homicida no concurre la agravante de “motivos racistas”: [...] no ha matado al cajero porque fuera negro, sino simplemente porque era el cajero”²⁰⁰.

Otro ejemplo de la legislación española:

“La Audiencia Provincial de Barcelona denegó la concurrencia de la agravante discriminatoria en un caso que un ciudadano español, levemente ebrio, se enfrascó en una discusión en un Bar con el dueño y un familiar de aquel, ambos de origen marroquíes, a quienes propinó insultos racistas y xenófobos, para posteriormente golpearlos. El tribunal desestimó la circunstancia agravatoria porque la xenofobia no fue lo determinante para la comisión del delito, dado que el acusado, bajo la influencia del alcohol, entabló una discusión que culminó en una agresión física, y durante la cual ciertamente se pronunciaron expresiones con tintes racistas o xenófobos, pero no fue el racismo o xenofobia el motor que determinó la agresión”²⁰¹.

²⁰⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Prólogo a la Decimocuarta Edición-Igualdad y violencia de género”. *INDRET. Revista el análisis del Derecho*.p.23. En: [file:///D:/Users/Celeste/Downloads/124366-172349-1-PB%20\(2\).pdf](file:///D:/Users/Celeste/Downloads/124366-172349-1-PB%20(2).pdf) , consultado por última vez el 02 de Setiembre del 2015.

²⁰¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 3093/2011, de 31 de marzo de 2011. En: <http://observatorio.dpenal.cl/website/observatorio.dpenal.cl/uploads/aspectos-relevantes-en-la-aplicacion-de-la-agravante-contenida-en-el-articulo-12-n%C2%B0-21-del-codigo-penal.pdf>, consultado por última vez el 13 de Setiembre del 2015.

En síntesis del ítem, el componente discriminación de género de nuestro delito de feminicidio, consiste en el por qué, la que a su vez podrá ser respondida utilizando el desde dónde, ya que el componente discriminación se yergue como uno de los motivos que determinan la voluntad del agente provocando, en razón de ello, una mayor culpabilidad.

En este sentido, un importante sector doctrinal ha admitido que no se trata de atender a un elemento externo (como serían los efectos de la conducta para la víctima), sino al motivo que guio al autor al cometer su delito²⁰².

La agravación afecta a la categoría de culpabilidad. Concretamente, se articularía de la siguiente manera: a la sanción correspondiente del delito de homicidio simple, se le añade una sanción adicional al haberlo cometido por motivos discriminatorios de género, lo que resultaría el delito de feminicidio; *es decir*, si no concurre la agravante de discriminación de género, el delito deberá ser conducido a las otras modalidades de homicidio.

4.1.4. Motivación del agente.

Como se señaló supra los motivos son aquellas representaciones afectivas que impulsan o mueven a obrar en un determinado sentido al autor¹⁵. Serían, por tanto, representaciones que determinan el acto del agente.

Y estando claro que la inclusión del delito de feminicidio, menciona a una motivación al colocar “por su condición de tal”.

²⁰² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Prólogo a la Decimocuarta Edición-Igualdad y violencia de género”.Óp.cit.

El mayor problema que presentaría el motivo del delito de feminicidio, en palabras de Politoff refiriéndose al caso español:

“Considera la posibilidad que pueda operar aunque la motivación discriminatoria no haya operado de manera exclusiva, ya que bien puede aparecer combinada con otros motivos. Frente a estos planteamientos, si bien reconocemos la existencia como posible de diversos motivos o razones que puedan acompañar a la acción, consideramos que el motivo discriminatorio debe necesariamente ser el determinante o predominante de la acción, pues de lo contrario no sólo no se justifica la agravante en el caso Español, sino tampoco hay delito de odio²⁰³. Poder establecer si el motivo discriminatorio fue el determinante de la acción no es una situación difícil de determinar, sino que mediante un juicio *ex ante* y una supresión hipotética de los diversos motivos, se puede establecer cuál fue el preponderante en la ejecución de la acción. Se trata de un problema que, de existir, será netamente de orden probatorio”²⁰⁴.

La teoría normativista (supra C.2) tal como se describió comprende la motivación del sujeto, diremos que esta concepción plantea esencialmente que toda acción es consecuencia de una motivación, en el caso en concreto, la conducta homicida hacia la mujer debe ser motivado en la discriminación de género.

²⁰³ También consideran que el móvil discriminatorio no tiene por qué ser el único, pero habrá de ser en todo caso el determinante (el énfasis es de los autores). Rodríguez Mourullo, Gonzalo - Barreiro, Agustín, *Comentarios al Código Penal* (Madrid, Civitas, 1997), p. 138.; en un sentido de motivo *predominante* (el énfasis es del autor), se manifiesta Arroyo Las Heras, Alfonso, cit. (n. 46), p. 115.

²⁰⁴ POLITOFF, Sergio. *Informe sobre los delitos de discriminación en el Derecho penal comparado (A la luz del proyecto de Ley sobre Discriminación Racial y Étnica (Boletín N° 2142-17)*, en *Ius et Praxis*, 2, Madrid, 1999. Publicado en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19750208> , consultado por última vez el 30 de Noviembre del 2015.

¿Debe probarse la motivación?

En los supuestos que se éste procesando a un varón por el delito de feminicidio, es bueno explicar que elemento que debe probarse, no se trata de la prueba de una motivación, pues ello es en la mayor parte de las ocasiones resulta sumamente difícil. Se trata más bien, de probar que el homicidio de la mujer se produjo en un contexto de discriminación de la fémina, ya que de ello se revelará la motivación en mención.

Consideramos que los motivos (discriminación de género) del varón al momento de matar a una mujer en los contextos dados por el delito, pueden no estar presentes en todos los casos; empero, en los casos en que ello no se produzca, el juez está autorizado a desviarse de la norma precisamente en la fase de individualización de la pena y optar por una de las modalidades de homicidio que no requiere tal motivación.

4.1.5. Presunciones: *Iure et de iure* / *Iuris tantum*.

- a) Las presunciones *iure et de iure* no admiten prueba en contrario. Ellas no constituyen en esencia un medio de prueba, sino que excluyen la prueba de un hecho considerándolo verdadero. El hecho presumido se tendrá por cierto, cuando se acredite el que le sirve de antecedente²⁰⁵.
- b) Las presunciones *iuris tantum* son aquellas que permiten producción de prueba en contrario, imponiéndole esa carga a quien pretenda desvirtuarlas, y por ello interesan al derecho procesal²⁰⁶.

²⁰⁵ Véase: Presunciones legales y jurídicas. Publicado en la página web: <http://legales.com/tratados/p/presunciones.htm>, consultado por última vez el 25 de Setiembre el 2015.

²⁰⁶ *Ibídem*.

Empecemos con la primera, diremos que estamos ante una presunción iure et de iure cuando se presume el motivo del autor sin admitir prueba en contrario (es decir, cuando se presume que todo homicidio a una mujer por parte de un varón es una manifestación de la discriminación), sin constatar que realmente sea así.

Alonso Álamo estima cuestionando que se utilicen presunciones irrefutables, no procediendo la aplicación automática del tipo; menos aún que su aplicación se funde en una presunción *iuris et de iure*²⁰⁷. Deberá acreditarse que es manifestación de discriminación.

Al respecto nos interrogamos: ¿Está el juzgador autorizado a establecer una presunción basándose en lo que sucede de forma mayoritaria?

Consideramos que la idea general de que la mujer se halla discriminada respecto del hombre siempre, es una presunción que no en todos los casos es así, donde automáticamente sin necesidad de probar que se trata de una víctima especialmente vulnerable y discriminada se aplique el delito, recibiendo mayor protección que un hombre, que ancianos o niños.

Tal es el caso, que para considerar a un menor o un anciano persona especialmente vulnerable deben cumplirse los requisitos de convivencia con el autor y de prueba concreta en el proceso de esa especial vulnerabilidad; mientras que la mujer que se encuentra en los contexto que señala el artículo, automáticamente es considerada en todo caso persona especialmente vulnerable y, por ello, se la hiper protege.

²⁰⁷ ALONSO ALAMO, Mercedes. “Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género”. *Cuadernos de Política Criminal*, p.35- 2008. En: <https://www.dykinson.com/revistas/cuadernos-de-politica-criminal/proteccion-penal-de-la-igualdad-y-derecho-penal-de-genero/6230/>, consultado por última vez el 16 de Agosto del 2015.

Nosotros no negamos que mayormente suceda lo contrario, donde la mujer se encuentra discriminada por el varón; sin embargo, no siempre es así.

Siguiendo a la legislación española, encontramos el Auto del Juzgado de lo Penal Castilla-La Mancha, Toledo, (Núm. 2), 1 -12-05, P: Rivas Carreras, en el que se promueve cuestión de inconstitucionalidad en relación al art. 153.1 CP, por entender que:

“establece una presunción que no admite prueba en contrario al desprenderse del mismo que toda violencia contra la mujer por parte de sus parejas o ex parejas masculinas constituye una manifestación de la discriminación: la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, que se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o han sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, y ello sin tener en cuenta pues otros posibles orígenes de dicha violencia (celos, venganzas, etc.)”²⁰⁸.

“El fundamento de este tratamiento normativo es claramente actuarial: la presunción irrefutable de que todo maltrato ocasional cometido por un varón contra su pareja o expareja femenina es manifestación de un dominio, lo que justifica una tutela penal reforzada. Y es precisamente esta presunción de que toda violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja es una manifestación inequívoca de un contexto de dominación lo que resulta difícilmente compatible con el principio de culpabilidad, en la medida que, haciendo abstracción de las circunstancias del caso concreto, se sanciona más gravemente el acto violento del hombre por pertenecer a un sexo el

²⁰⁸ SUBIJANA, Ignacio. “La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja”, RECPC 12-05 (2010), p. 2. En: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-05.pdf>, consultado por última vez el 20 de Setiembre del 2015.

masculino que históricamente ha discriminado al otro sexo el femenino”²⁰⁹.

Por otra parte, dejando a la presunción *iure et de iure*, encontramos a la presunción *iuris tantum*, donde la carga de la prueba la tendría el inculpado, al admitir que los motivos por los cuales se eleva la pena pueden no concurrir siempre, parecería que con ello el artículo 108-B establece una presunción *iuris tantum*, que funcionaría como una presunción ‘contra reo’ en el sentido de que es el homicida quien debería probar su menor culpabilidad. Ello implicaría una inversión de la carga de la prueba contra la persona juzgada que deberá mostrar que no concurre en su caso el fundamento de la agravación.

Es inconcebible ello, en un Estado de Derecho, donde sea el procesado la persona que debe probar en todo caso que no mató a la mujer, por discriminación de género y que fue otra la causa que motivo el crimen.

Al sancionar en todos los casos al varón homicida por el delito de feminicidio, podría acarrear vulneraciones, tal como a continuación tocaremos.

4.1.6. Hechos ajenos.

Al respecto nos conduciremos (*supra* C.2), en el cual explicamos en que consiste el subprincipio de personalidad de las penas; sin embargo, transcribiremos un acápite del mismo.

“La responsabilidad penal es personalísima. No se responde penalmente por hechos ajenos”²¹⁰.

²⁰⁹ *Ibíd.*

²¹⁰ Con mayor extensión sobre este punto es posible revisar CURY, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Op.cit., p. 89 refiriéndose al carácter personalísimo del derecho penal.

Siguiendo la línea de lo que es el principio en mención Boldova/Rueda, sostienen que:

“en el plano social y en relación con la condición de la mujer puede afirmarse su vulnerabilidad, pero puede no ser verdad en una situación concreta y real, atribuyéndole al autor concreto lo que sería obra de otros. Esos planteamientos no son extensibles al Derecho penal ya que la atribución de responsabilidad con carácter general es incompatible con un Derecho penal del hecho concreto”²¹¹.

Entonces podemos decir que, si se aplica a todos los hombres indiscriminadamente el delito de feminicidio y no en los que deberían concurrir de acuerdo al caso, en realidad se les estaría atribuyendo una responsabilidad social derivada de la discriminación histórica que han sufrido las mujeres y no una responsabilidad individual por el hecho concreto; pudiendo así, vulnerarse el sub-principio personalidad de la pena, del principio de culpabilidad.

Como ha expresado Ruiz Miguel, “sancionar más gravemente a un individuo únicamente porque el colectivo al que pertenece genera un determinado riesgo en otro colectivo aduce una mera razón de prevención que prescinde del principio de personalidad de la pena”²¹².

Debe tenerse claro en la gravedad concreta que deriva del hecho, lo cual es decisiva para la medición de la pena, con la gravedad agregada del conjunto de hechos de una misma naturaleza.

²¹¹ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel/RUEDA MARTIN, María Ángeles “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal”. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, p.1577. En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1335817>, consultado por última vez el 19 de Agosto del 2015.

²¹² RUIZ, Miguel. “La Ley contra la violencia de género y la discriminación positiva”, *Jueces para la Democracia*, N° 55, p.43-2006. En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=5224>, consultado por última vez el 11 de Setiembre del 2015.

De lo expuesto, cabría preguntarse ¿acaso los hombres adultos que han sido educados en la igualdad y verdaderamente la ejercen, pueden ser considerados como feministas en el caso de que cometa un homicidio a la mujer en los contextos establecidos?, la respuesta indudablemente sería que no.

Ahora bien, supongamos el caso que efectivamente se haya atribuido el móvil discriminatorio al varón, ¿qué sucede en sede de la culpabilidad?

4.1.7. Mayor culpabilidad.

Importa conducirnos (supra C.1), que nos señala que es la culpabilidad como categoría dogmática y que debe evaluarse teniendo en cuenta si el tipo penal exige un móvil determinado.

Partiendo de la teoría normativa de la culpabilidad, el juzgador no sólo debe evaluar los tres elementos que ésta supone (La imputabilidad o capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuricidad, La exigibilidad del comportamiento.), sino también la motivación del autor al momento de la comisión del ilícito, todo ello para determinar la pena, ya que el tipo penal del feminicidio exige la motivación de discriminación de género.

Al respecto, la motivación del autor ha sido asumida jurisprudencialmente en términos de culpabilidad de la siguiente manera: “Se trata de una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer *el* delito, siendo por ello requisito que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito”²¹³.

²¹³ Sentencia nº 1145/2006 Madrid, de 23 de noviembre, Ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre. En: <http://supremo.vlex.es/vid/21-3-22-4-cp-26220986>, consultado por última vez el 15 de Setiembre del 2015.

De ahí que, el artículo 108-B del delito de feminicidio agrava la responsabilidad penal “se encuentra en la mayor reprochabilidad que merece el móvil que impulsa al autor a cometer el delito, lo que supone una mayor gravedad de su culpabilidad, fundamentándose, en definitiva en la abyección del móvil”²¹⁴.

Por lo tanto, el artículo en mención nos conduce a la conclusión de que supone una mayor culpabilidad; ello porque, el Derecho penal sólo admitiría para las motivaciones al cometer un delito un papel en esta categoría dogmática.

Esta postura ha sido objeto de diversas críticas, al ser considerada una manifestación del llamado “Derecho penal de la actitud interna”.

Destacaremos dos. De un lado, si se está añadiendo un reproche al que ya le corresponde al delito en cuestión, por el simple hecho de haber sido cometido por una determinada motivación, lo que sucede es que se está sancionando la motivación, en sí misma considerada. Y esto parece erosionar el Derecho fundamental a la libertad de pensamiento: no se sanciona el hecho, sino el motivo del sujeto, lo cual es impropio de un Estado liberal. De otro lado, también ha sido criticado que nuestra categoría dogmática de culpabilidad no puede dar cobijo a esta clase de razonamiento²¹⁵.

En ocasiones se ha alegado que en estos casos hay también una motivación más reprochable en el autor, que incidiría en la presencia de una mayor culpabilidad.

²¹⁴ DÍAZ Maroto y VILLAREJO, Julio. “La agravante por discriminación”. *Estudios sobre las reformas del Código penal, p.51: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, 3/2011, de 28 de enero) - Thomson Reuters/Civitas, 2011 - p. 51-64 -. Loc. 55.631. En: <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12453> , consultado por última vez el 20 de Agosto del 2015.*

²¹⁵ DÍAZ LÓPEZ, Luis Alberto. “La reforma de la agravante genérica de discriminación”. Publicado en: <http://litigacionpenal.com/reforma-agravante-generica-discriminacion/> , consultado por última vez el 13 de Octubre del 2015.

El delito de feminicidio es un supuesto de mayor reproche de culpabilidad en razón de la motivación discriminatoria porque se considera que los motivos establecidos resultan reprobados en cuanto muevan a obrar antijurídicamente, lo que debe resolverse en sede del juicio de culpabilidad.

Zaffaroni señalando a propósito del delito por odio en la Argentina: “si bien nadie pretende penar el pensamiento o limitar el debate de ideas, nada de eso se hace al considerar la mayor reprochabilidad de la conducta de alguien que mata, viola, roba, lesiona o daña, motivado en el odio a un grupo que considera inferior”²¹⁶. Detrás de estas ideas se encuentra la concepción de la culpabilidad que desarrollamos supra, pues la agravación por mayor culpabilidad en razón de la motivación no es ningún juicio por la conducta o por la personalidad, sino un juicio al autor⁴.

El profesor Bernal del Castillo señala:

“la configuración de la circunstancia se centra “en la actitud personal contraria a valores”, permitiendo fundamentar la agravación en el ámbito del juicio personal de reproche, al margen de las concepciones teóricas objetivas o subjetivas del injusto. Lo que se produce es un mayor reproche del autor de un delito en función de su actitud vital, orientada en contra del valor del respeto a la dignidad igual de los demás. La apreciación de esta circunstancia no equivale a un mayor desvalor de acción o de resultado en el concreto delito cometido, son circunstancias no reconducibles al tipo de injusto, por estar desprovistas de propiedades que se refieren a la acción concreta

²¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2008): “*Observaciones sobre la Delincuencia por odio en el Derecho Penal argentino*”, En: GARCÍA VALDES, Carlos y otros. *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo II*. Madrid: Edisofer, 2008, p. 1745.

cometida, por lo tanto, pertenecen a la culpabilidad”²¹⁷.

Para Bustos Ramírez es una circunstancia personal de motivación, en la que se aprecian los más bajos y primitivos instintos de desprecio del ser humano y a los derechos fundamentales de las personas, por lo que incrementa la culpabilidad²¹⁸.

Finalmente, Calderón Cerezo y Choclán Montalvo consideran que esta circunstancia se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor, por la mayor reprobabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, pues es requisito, para apreciar la agravante, que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito²¹⁹.

De lo anotado, se desprende que efectivamente el móvil discriminatorio del sujeto activo, será reprochado en sede de la culpabilidad.

Empero, ¿podemos agravar la responsabilidad del autor basándonos en el componente “discriminatorio” que hay detrás de muchos homicidios de hombres sobre mujeres? Si ese componente se halla en la base social y se arrastra históricamente hasta nuestros días, ¿es lícito cargar al individuo con ese reproche social? ¿No vulneramos el principio de culpabilidad? A nuestro entender, para no infringir el principio de culpabilidad siempre habrá que probar en el caso concreto que el sujeto ha actuado por móviles discriminatorios.

²¹⁷ BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, *La discriminación en el Derecho penal*. Granada: Comares, 1998, p.65.

²¹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas. Derecho penal - Parte general, Tomo 1*. 2da edición, Santiago: Ediciones jurídicas de Santiago, 2007, p. 771.

²¹⁹ CALDERÓN CERESO, Ángel *Manual de Derecho penal. Parte general*. España: Deusto Jurídico, 2005, p. 249.

4.1.8. Vulneración al Principio de Culpabilidad.

Ahora bien, ¿Cuándo resultaría vulnerado el principio de culpabilidad?

En primer lugar, la existencia de una motivación en el tipo penal ya genera riesgo de presunción del mismo, lo que en ello observaríamos peligro de vulneración.

Ahora bien, si un varón mata a una mujer en los contextos establecidos por el delito de feminicidio, y no concurre la motivación de discriminación de género, por consiguiente el juzgador al momento de determinar la pena, presume iuris et de iure que el motivo fue discriminatorio, entonces resultaría vulnerado el subprincipio de la culpabilidad y la culpabilidad misma.

Primero por responsabilizar al sujeto por hechos de otros hombres (subprincipio de personalidad de las penas), volvamos a citar a Enrique Cury: “La responsabilidad penal es personalísima. No se responde penalmente por hechos ajenos”²²⁰.

El cimiento esencial de esta consecuencia, es que la culpabilidad es personalísima, con lo cual se quiere significar que, la misma no es transferible a ninguna otra persona que no sea el propio culpable y ello también debe predicarse de las consecuencias jurídicas del delito penas o medidas de seguridad las cuales esencialmente por sus efectos de restricción de derechos fundamentales no deben resultar transmisibles más allá de la persona declarada culpable, que es la única que está sujeta a pena.

En resumen, culpabilidad y sanción punitiva son intransferibles de la persona del justiciable y ello debe reflejarse no sólo en materia de sistemática penal, sino en el área del proceso

²²⁰ Con mayor extensión sobre este punto es posible revisar CURY URZUA, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p.89.

penal y en el ámbito de la ejecución de la pena o de las medidas de seguridad. Corresponde entonces aproximar las cuestiones de mayor relevancia en el ámbito de la garantía de la personalidad, de la culpabilidad y de la pena²²¹.

Y segundo porque la pena estaría sobrepasando la culpabilidad del agente ante la comisión del delito de feminicidio (esencia del principio de culpabilidad).

Recordemos a Garrido Montt: “El principio de culpabilidad importa una limitación de la facultad de castigar del Estado, porque no sólo puede sancionar a quienes son “culpables” de un delito, sino que la pena debe ser proporcionada a esa culpabilidad”²²².

Es decir, si la agravación de la pena obedece a que estadísticamente es la mujer el sujeto pasivo de comportamientos de esta clase y que normalmente proceden del varón, entonces se agravaría la responsabilidad en el caso concreto por hechos ajenos, por la presunción de que en todos los casos el varón actúa discriminatoriamente, ello llevaría la vulneración del sub principio de la culpabilidad – personalidad de las penas, toda vez que el concreto varón enjuiciado vería agravada su responsabilidad por los hechos de otros varones conforme a la doctrina de acumulación de comportamientos.

Por otra parte, el principio de culpabilidad resultaría infringido cuando se imponga una pena que sobrepase la responsabilidad del agente; es decir, que en un supuesto caso del delito de feminicidio el juez presuma el móvil discriminatorio e imponga una pena elevada, que pase la responsabilidad personal del sujeto.

²²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro y SLOKAR Alejandro .*Derecho Penal -Parte general*. Buenos Aires. Argentina: Ediar. 2000, p 125.

²²² GARRIDO MONTT, M., *Derecho Penal, Parte General*. Óp. cit., p. 47.

4.1.9. Síntesis de lo evaluado.

Respecto a todo lo anotado, para reafirmar la idea central, diremos que el tipo penal del delito de feminicidio, exige para su configuración la presencia de una motivación; sin embargo, no sólo indica que se trate de un homicidio hacia una mujer por ser mujer, bajo la motivación de discriminación de género, sino que requiere que ello se de en uno de los cuatro contextos establecidos por el delito:

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

El problema ubicado aquí, es que la tutela reforzada recae sobre la motivación del agente; empero, se trata de una motivación que no puede en ningún caso ser presumida; sin embargo, existe gran riesgo de presunción, ya que no se trata de algo objetivo, sino subjetivo que se encuentra dentro del agente al momento de la comisión del delito.

Al respecto parafraseando a Eduardo Novoa, el propósito de facilitar la prueba de componentes subjetivos ciertamente difícil en muchos casos no justifica la creación de un riesgo de injusticias; la historia de innumerables casos judiciales ha demostrado que la

presunción se ha transformado en un recurso para quebrantar el in dubio pro reo²²³.

Tal como señala el profesor chileno la presunción quebranta la presunción de inocencia.

Expongamos al Principio de Culpabilidad expresado por Yacobucci:

Este principio establece que sólo puede perseguirse y castigarse penalmente a quien intervino en la comisión de un delito por un hecho propio, con dolo o culpa, y con una motivación racional normal; el principio de culpabilidad constituye un indispensable límite al poder punitivo estatal no sólo para evitar cualquier castigo motivado en hechos de otros, en una responsabilidad puramente objetiva o basada exclusivamente en las características personales del autor, sino también para no sobrepasar la medida o grado del injusto cometido, por ello el principio de culpabilidad limita el derecho penal a los hechos propios cometidos por un ser racional culpablemente (dolo o culpa), y establece el marco justo preciso y equitativo de la pena²²⁴.

Ahora bien a la presunción que hacemos alusión de que todo homicidio de una mujer cometido por un varón sea siempre una manifestación de sexismo es incompatible con el principio mencionado y con el Derecho penal moderno, que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad «concretos», por el hecho propio y no por hechos ajenos, con una culpabilidad exacta a la cometida por el autor. Entendiéndose así que el principio de culpabilidad resulta infringido cuando indiscriminadamente se aplica el referido art. 108-B del Código Penal a acciones que tengan su origen en otras posibles causas y, lo que es más

²²³ NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de derecho Penal Chileno, Tomo I*. Chile: Editorial jurídica de Chile, 1966, p.121

²²⁴ YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 2002, p.296.

grave, sin que se exija la necesidad de probar si la víctima tenía la característica de vulnerable y que el sujeto activo actuó bajo la motivación de discriminación de género.

4.1.10. Sentencia del delito de feminicidio.

Debido a la intensa búsqueda de sentencias en la ciudad de Arequipa, mencionamos que no se ha hallado sentencia alguna del actual delito de feminicidio, es por ello que presentamos un caso de la ciudad de Lima, en el que se materializa la presunción visibilizada. Expediente: 0152-2013-75-0401-JR-PE-01.

Partes: Sujeto activo: Francisco Raúl Vargas Vera. - Sujeto pasivo: Lourdes Gonzales Flores.

HECHOS:

Los cargos que se le imputa al acusado son: que el imputado **VARGAS VERA FRANCISCO RAÚL** se casó con la víctima **GONZALES FLORES LOURDES** procreando a dos menores hijos de nombre Fátima y Raúl Vargas Gonzales de 9 y 7 años de edad respectivamente al momento de los hechos. El día 2 de agosto del 2013, el acusado llegó a su domicilio ubicado en Jirón Ayacucho N° 4182 Distrito de San Martín de Porres - Lima, al promediar las 03:00 horas de la madrugada, después de haber ingerido bebidas alcohólicas en una discoteca, subió a su dormitorio y estaba disponiéndose a tomar una ducha, cuando la agraviada le empezó recriminar con quien había estado, iniciando una discusión verbal entre ambos, disponiendo el imputado a salir de nuevo, momento en el que dio cuenta que la agraviada había escondido su celular, por lo que de forma agresiva le empezó a reclamar por el mismo, momento que la agraviada empezó a gritar, saliendo a tocar la puerta al vecino Marco Pariona Apaza, quien tenía una puerta intermedia entre su inmueble y el del acusado, a quien le pidió por favor la ayuda, "que su esposo se estaba loqueando por su celular" pidiéndole dicho vecino al acusado que se tranquilizara, por lo que ambos cónyuges retornaron al interior de su casa, llevándole el imputado a la agraviada al baño del primer piso, lugar donde los menores hijos de ambos observaban nuevamente la discusión acalorada seguida de agresiones físicas, para luego ante los gritos de auxilio de sus niños, el imputado les gritara que no se metan, cierra la puerta del baño, la pelea continúa y la agraviada empieza a gritar, es ahí donde al tratar de callar a la víctima, la sujeta del cuello con uno de sus antebrazos, mientras que con la otra le tenía sujetado el brazo derecho, dándole sacudones a su cuerpo, de atrás hacia delante, lo que origina que la agraviada sufra una asfixia por inhibición, una cuadro de estrés agudo y su posterior desvanecimiento, sufriendo así una hipoxia cerebral de la cual no pudo recuperarse, dado que no fue asistida además de manera oportuna por el imputado, pues este conocedor de su responsabilidad en el desvanecimiento de su esposa, se negó a su traslado al hospital por parte de los efectivos policiales que acudieron ante una llamada telefónica de los vecinos de la zona, que escuchaban los gritos de auxilio de sus hijos, indicándole a la policía "que estaba mal de salud", siendo que los menores observaron cómo su madre en estado de inconciencia, era cargada hacia el vehículo del padre del imputado para llegar sin signos vitales a Essalud recién a las 05:05 am, esto es más de una hora y media después de iniciada la discusión con su pareja. Posteriormente el imputado al ser interrogado sobre la causa de desvanecimiento de su cónyuge, por la médico tratante fue atendida solo por el hermano del imputado Ángel Vargas Vera, quien refirió equivocadamente que habría tomado veneno la agraviada, con la finalidad de evadir la responsabilidad de su hermano, luego el Imputado le dijo a la doctora que el veneno que se había tomado era Lacnate para hormigas, no llevando al hospital muestra alguna del supuesto veneno como así se lo requirieron (...)

Ahora bien, recogeremos un acápite de la sentencia que nos importa; esto es, acerca de la determinación de la pena.

Conforme a lo previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. El bien jurídico afectado es la vida de una mujer, por tanto la lesividad es mayor, asimismo el acusado tiene instrucción secundaria, por tanto estaba en la posibilidad de advertir el carácter delictuoso de su conducta. El acusado carece de antecedentes penales, lo cual es una circunstancia atenuante genérica, por otro lado el acusado ha cometido el delito bajo móvil fútil, esto es por un celular y abusando de la condición de superioridad que las relaciones desiguales de poder generan sobre la víctima, dado que el agente es varón contra una dama, lo cual deviene del tipo penal del feminicidio. Bajo tales consideraciones, y habiendo verificado la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes genérica, conforme a lo previsto en el artículo 46 del Código Penal, resulta prudente, razonable y proporcional establecer la pena concreta dentro del tercio medio del nuevo marco punitivo.

En el párrafo mostrado se indica literalmente: (...) el acusado ha cometido el delito bajo móvil fútil, esto es por un celular y abusando de la condición de superioridad que las relaciones desiguales de poder generan sobre la víctima, dado que el agente es varón contra una dama (...).

En la sentencia mostrada, de acuerdo a los hechos presentados y a la prueba actuada, quedo desvirtuado algún antecedente de denuncia de violencia familiar; sin embargo, ello no significa que no haya existido anteriormente violencia entre las partes. De acuerdo a las declaraciones testimoniales presentadas, las agresiones físicas y verbales, se manifestaban en las oportunidades que el imputado ingería bebidas alcohólicas.

No obstante, de acuerdo a los hechos de la imputación, la agraviada se mostraría celosa del imputado, razón por la cual le quitase el celular, hecho que causó una discusión, agresión física y posterior muerte de la agraviada.

Al respecto, revisemos nuevamente la descripción de la conducta prohibida del actual delito de feminicidio.

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.

Tal como explicamos en la primera parte del capítulo, se trata de dar muerte a una mujer, porque es mujer; empero, sobre una base de discriminación de género; respecto al caso presentado y la prueba actuada, no se evidencia discriminación de género por parte del imputado, ya que como se señaló, las discusiones y agresiones ocurrían cuando el imputado se encontraba en estado de ebriedad, y respecto al día de ocurridos los hechos lo que causo la discusión fue el ocultar el celular del imputado; no obstante, no existe denuncia alguna de violencia familiar presentada por la agraviada, lo que no significa como lo aclaramos que ésta no haya ocurrido anteriormente.

Si bien es cierto, los hecho se llevaron a cabo en un contexto de violencia familiar; empero, ello no implica necesariamente que la agraviada se encuentre en situación de vulnerabilidad; es decir, que la víctima haya sido sujeto de una relación desigual por ser mujer (discriminación de género); tal como se probó existía una relación desgastada por las partes, más no, una discriminación hacia la víctima,

Sin embargo, al momento de realizar la determinación de la pena, los juzgadores indicaron textualmente (...) el acusado ha cometido el delito bajo móvil fútil, esto es por un celular y abusando de la condición de superioridad que las relaciones desiguales de poder generan sobre la víctima, dado que el agente es varón contra una dama (...).

Lo que evidencia claramente, la presunción de vulnerabilidad de la agraviada, lo que a su vez supone, la atribución de una motivación que no dudamos que exista en otros casos; empero, en el presente caso no existe. Quebrándose con ello el subprincipio personalidad de las penas (La responsabilidad penal es personalísima. No se responde penalmente por hechos ajenos) del principio de culpabilidad. Del mismo modo, se quiebra la esencia del principio en mención (la pena no puede sobrepasar la responsabilidad del agente).

Al respecto citaremos a Mir Puig quien señala: “Sólo cuando la pena se impone a alguien por algo que puede considerarse como obra suya, se respeta la dignidad humana. Atentaría contra ella castigar a alguien por un hecho ajeno a su ser racional”.²²⁵

Ahora bien, es menester indicar que la inclusión de una motivación en la descripción y en cuatro contextos establecidos genera un gran riesgo de presunción de motivación; ya que, sólo en los contextos debe suceder la muerte de la víctima y como pusimos el ejemplo ya se está materializando la presunción.

No obstante a la vulneración del principio de culpabilidad, también se vulnera la dignidad de la persona humana, ya que es el fundamento esencial del principio en mención. Y al estar materializándose el riesgo de presunción, no se estaría respetando la dignidad del mismo, lo cual no es válido en un Estado social y democrático de derecho como es el Perú.

²²⁵ MIR PIUG, Santiago. Principio de culpabilidad. En: CASTILLO ALVA, José. *Principios del Derecho Penal parte general* op.cit., p. 373.

4.2. EL DELITO DE FEMINICIDIO Y EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN

MÍNIMA

“Es mejor prevenir los delitos que punirlos. Este es el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de felicidad, o al mínimo de infelicidad posible, [...]. Prohibir una multitud de acciones indiferentes no es prevenir los delitos que de ellas puedan nacer, sino crear otros nuevos: es definir caprichosamente la virtud y el vicio, que nos han sido predicados como eternos e inmutables”.

Cesare Beccaria.

Tal como expresa el profesor Beccaria, es mejor prevenir los delitos que punirlos, consideramos que el femicidio es el último eslabón de una cultura mal enraizada, cultura que puede ser modificada, llegando al objetivo principal de evitar la muerte de mujeres, creemos que se debe actuar mientras la mujer se encuentre viva, no por el contrario cuando ya no lo este.

4.2.1. Posturas dogmáticas de la inclusión del delito de femicidio.

Es menester indicar que actualmente en el ordenamiento jurídico penal peruano se regula el delito de femicidio, ubicado en el artículo 108-B del Código penal vigente; sin embargo, ésta nueva incorporación fue sujeto de mucha polémica por parte de abogados, académicos, etc., razón por la cual se recogió tres opiniones de juristas peruanos quienes comentaron respecto al tema; no obstante, cabe indicar que no son las únicas opiniones brindadas; empero son las que importan a la presente investigación.

En primer lugar citamos a Silfredo Jorge Hugo Vizcardo, quien escribió diversos artículos sobre la primera incorporación del femicidio en el derecho penal y continuó emitiendo pronunciamiento en relación a la vigente regulación, de la que se captó lo siguiente:

“Haber tipificado el feminicidio como un nuevo delito resulta vulneratorio de los principios básicos del Derecho penal, que no pueden ser manoseados por urgencias meramente “coyunturales” o apetitos “figuretistas” de los políticos. Se ha vulnerado el principio de culpabilidad y de intervención mínima. Se ha olvidado que la pena es un mal y una solución imperfecta, que sólo debe utilizarse cuando no haya más remedio, máxime si las previsiones legales existentes pueden proteger igualmente e incluso con más eficacia un determinado bien jurídico. Esto va de la mano con el principio de subsidiaridad o última ratio, que señala que solo debe recurrirse al derecho penal cuando hayan fallado todos los demás controles sociales. Además, debe tenerse en cuenta que el merecimiento y la eficacia de la pena también es un principio rector de la política criminal, que prevé que si la pena no es útil para los fines preventivos, las restricciones a la libertad personal y a otros derechos fundamentales, que cualquier pena comporta, pierden toda justificación y racionalidad²²⁶”.

El segundo jurista que se pronuncia al respecto es Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, del que se resaltó lo siguiente:

“(…) el derecho penal sigue siendo visto como el mecanismo idóneo para solucionar todos los conflictos sociales, a manera de una huida ciega al derecho punitivo. Al respecto Larrauri expresa que evidentemente no todos los problemas sociales deben ser criminalizados, esto es, ser tratados por medio del derecho penal; pero también es cierto que en la actualidad el código penal juega el papel simbólico de señalar cuales

²²⁶HUGO VIZCARDO, Silfredo. “El nuevo delito de feminicidio y sus implicancias político- criminales”.
Ed. Gaceta penal y procesal penal. TOMO-52, Lima, 2013, p. 105..

son las conductas más intolerables para la convivencia; precisamente por ello es lógico que la presión de las mujeres redunde en una incorporación de nuevos comportamientos lesivos al derecho penal, pues en ello refleja su incorporación al mundo público y su presión para conseguir transformar las definiciones incorporadas al derecho penal²²⁷”.

“Los datos criminológicos constituyen un componente importante para acercar la norma a la sociedad, pero ellos no son sustento suficiente para justificar una respuesta estatal de orden penal. ¿Acaso la legislación penal no cuenta ya con el tipo penal de parricidio, cuya sanción es severa? ¿Puede decirse con seriedad que la violencia del hombre hacia la mujer va a ser erradicada o reducida drásticamente con una pedagógica e intensiva intervención del derecho penal?, ¿es mediante las normas jurídico penales que se alcanzara la verdadera igualdad (material) entre hombres y mujeres, y se eliminara toda manifestación de discriminación por el género?²²⁸”.

“No lo creemos, por la sencilla razón de que los fines preventivo generales (negativos) de la pena no reportan el mas mínimo rendimiento en los agente de estos delitos. Una pena severa o una carcelería prolongada no los intimida en nada. Es cierto que el Derecho penal debe asumir un rol ante estas conductas des valiosas, pero si en verdad se pretende prevenirlas, deben emplearse otros medios de control social, empezando por informas y concientizar a las mujeres sobre los derecho que la ley y la constitución

²²⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl “El derecho penal del género: a propósito de la inclusión en el código penal del delito de feminicidio”. *Ed. Gaceta penal y procesal penal* .TOMO-31, Lima, 2012, p.52.

²²⁸ *Ibíd.*em.

les confiere, por ejemplo, que no son un objeto del hombre y que deben denunciar la violencia de la que son víctimas²²⁹”.

El tercer jurista es Walter Palomino Ramírez, quien de modo similar a las anteriores opiniones indica:

“Desde hace varias décadas, como bien indica Bergalle, se observa una constante y creciente utilización del sistema de sanción penal como mecanismo para encarar la mayor parte de los conflictos sociales, lo que se corresponde con un “abandono paulatino del ius puniendi para castigar los hechos de propia naturaleza punible y orientar la violencia penal hacia situaciones que básicamente no revisten esa entidad (...) Así, en nuestro país, por ejemplo, podemos encontrar que la redacción actual del Código Penal, presenta para ciertos comportamientos socialmente desvalorados, determinadas técnicas y modos de criminalización que son cada vez más rígidos y excluyentes, en evidente oposición a los postulados liberales que inspiraron al histórico legislador del C.P de 1991²³⁰”.

Posturas dogmáticas que hacen alusión a la posible vulneración del principio de Intervención Mínima, razón por la cual procederemos a analizarla.

²²⁹ *Ibíd.*

²³⁰ PALOMINO RAMIREZ, Walter “Reparto inequitativo de roles y relaciones de dominio: ¿será el recurso al derecho penal la respuesta a la violencia contra la mujer?”. *Ed. Gaceta penal y procesal penal*. TOMO-31, Lima, 2012, p.81.

Al referirnos a la nueva inclusión penal, traemos a colación la “*potestad punitiva*” o *ius puniendi* que es la facultad exclusiva del Estado social y democrático de derecho, para crear delitos e imponer penas²³¹. Cuyos límites derivan de los fundamentos del Derecho Penal.

El principal receptor de la facultad del Estado de derecho recae sobre el legislador, ya que es el quien abre las puertas a la rama más dura del Derecho en general, el Derecho Penal.

Tal como lo menciona Castillo Alva (supra C.II): Los destinatarios pueden ser todos los operadores del sistema penal (jueces, fiscales, abogados); empero, su principal beneficiario es el legislador, dado que se encuentra en la cúspide del sistema penal y es finalmente quien abre las puertas del mismo.²³²

En la misma línea indicamos que el legislador, previo a la incorporación de alguna figura delictiva tiene el deber de revisar cuales son los límites fijados por el poder estatal, para poder abrir las puertas del mismo, en el caso de no respetar ello se podría caer en un Estado totalitario que vulnere garantías del ciudadano.

Los límites se clasifican en tres modalidades: de derecho, social y democrático, al indicar que el Perú es un estado social y democrático, éste tiene el deber de actuar de acuerdo a los límites.

Dentro de la segunda modalidad social de un Estado, encontramos al límite del principio de intervención mínima.

²³¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho Penal. Parte General Tomo I*. Op.cit., p. 546, señala: “podemos definir el Derecho Penal subjetivo o *ius puniendi* como una decisión político criminal plasmada en una norma que declara punible un hecho y perseguible a su autor. El *ius puniendi* es expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima”.

²³² CASTILLO ALVA, José. *Principios del Derecho Penal parte general*. op.cit., p. 214.

El aludido principio señala que: El ejercicio del ius puniendi del Estado a lo estrictamente necesario para mantener la coexistencia pacífica entre súbditos y proteger los intereses que estos califican como fundamentales (bienes jurídicos). El derecho penal no es un instrumento para asegurar el poder, sino para proveer a la paz social, y sólo en cuanto su empleo aparezca como imprescindible para alcanzar dicho efecto.²³³

Del principio en mención es posible extraer dos características que le son inherentes al mismo, los cuales sin su presencia éste no tendría razón de ser, hablamos de la subsidiariedad o ultima ratio y fragmentariedad del Derecho penal.

Respecto a cada característica, recogeremos lo fundamental de las mismas, a fin de tener la idea clara; empezaremos por la primera característica.

El principio de intervención subsidiaria es conocido como el carácter subsidiario del Derecho penal, como la última ratio, o también como la naturaleza secundaria del Derecho penal que supone un límite para el legislador, quien sería libre para no atender al mismo. Algunos autores distinguen entre una subsidiariedad formal o jurídica y una subsidiariedad socio-política. La primera legitima la intervención del Derecho penal sólo cuando los otros controles jurídicos fallan o resultan insuficientes para resolver una perturbación social grave (delito), mientras que la segunda aparece al exigir que el Derecho penal deba ser la última arma de la política social.²³⁴

Nosotros optamos ver, a la inclusión del delito de feminicidio no bajo la subsidiariedad formal o jurídica, sino ante una subsidiariedad socio-política.

²³³ *Ibidem.*, p.30.

²³⁴ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Conceptos y límites del Derecho penal*. Óp. cit, p.439.

Ahora bien, respecto a la segunda característica: Por el principio del carácter fragmentario del Derecho penal, la ley se ocuparía de castigar los ilícitos más graves, ya sea por la importancia del bien jurídico o por la dañosidad social de la conducta, de todos los ilícitos existentes, el Derecho penal prohíbe y castiga únicamente los más graves, dejando la sanción de los demás ilícitos leves o insignificantes, a otros controles jurídicos formales; este principio cumple así una función selectiva y de elección de los ilícitos más graves.²³⁵

Una vez dicho ello decimos que, ambas características juntas representan una garantía de limitación del ius puniendi del Estado, que justifica esta intervención estatal sólo cuando resulte necesaria para el mantenimiento de su organización política en un sistema democrático. Así, la transposición de la barrera de lo estrictamente necesario configura autoritarismo y lesión a los principios democráticos del Estado²³⁶.

Indicado ello, nuestra interrogante es: ¿El delito de feminicidio, vulnera el principio de intervención mínima?

Para poder dar respuesta ello, analizaremos si el legislador utilizó al derecho penal, como primera ratio o si efectivamente era indispensable su incidencia, del mismo modo, veremos si el delito de feminicidio ya contaba con instrumentos reguladores en el derecho penal.

No obstante, empezaremos dando la opinión del profesor Santiago Mir Puig, quien sostiene:

“Para proteger los intereses sociales, el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal antes de acudir a éste, que en este sentido debe constituir un arma subsidiaria, una última ratio. Deberá preferirse ante todo la utilización de

²³⁵CASTILLO ALVA, José. *Principios del Derecho Penal parte general*. Op.cit., p. 224.

²³⁶BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal, volumen I*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, pp. 65-66.

medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada política social. Seguirán a continuación las sanciones jurídicas: civiles y administrativas. Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente, estará legitimado el recurso del Derecho penal. Importa destacarlo especialmente frente a la tendencia que el Estado social tiene a una excesiva intervención y a una fácil “huida al Derecho penal”²³⁷

Morillas Cueva manifiesta que:

“(…) las medidas legislativas y procedimentales no pueden ser presentadas como la panacea que ha de solucionar el conflicto. No es así, la prioridad son las políticas sociales previas, las acciones educativas y las firmes inversiones para atenuar los efectos de semejantes conductas. Y si no es así para el ordenamiento jurídico en general, menos lo es para el Derecho penal, que se presenta como la última ratio entre los diversos sectores jurídicos (...)”²³⁸

Ambos autores mencionan a las políticas públicas como prioridad ante un conflicto social, nosotros consideramos que lo que se busca es la prevención; es decir, evitar homicidios de mujeres basadas en la discriminación de género, **NO QUEREMOS MÁS FEMINICIDIOS**. Sin embargo, estamos conscientes que no existe solución de la noche a la mañana, creemos que adecuadas políticas públicas para su prevención podrían mejorar el problema, es por ello que revisamos el Plan Nacional contra la violencia hacia la mujer, período 2009-

²³⁷ MIR PIUG, Santiago. *Derecho penal, parte general*. 5ª edición. Barcelona: Ed. Reppertor, 1998, p.90.

²³⁸ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Valoración de la violencia de género desde la perspectiva del derecho penal”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, RECPC (04-09), p.1-2,2002. En: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-09.pdf, consultado por última vez el 05 de Setiembre del 2015.

2015, a través del cual se evidencia la existencia de tres objetivos, los cuales muestran sus debidas actividades para su cumplimiento.

4.2.2. Políticas públicas frente al feminicidio.

Objetivo Estratégico N° 1

Garantizar la adopción e implementación de políticas públicas orientadas a enfrentar la violencia hacia las mujeres.

Actividades

- Se incluirán acciones del Plan en los Planes de Gobiernos Regionales, Planes de Desarrollo Concertado y Presupuesto Participativo.
- Se creará/actualizará una base de datos sobre el acceso de las víctimas a los servicios de salud y sobre estudios e investigaciones.
- Se diseñarán estrategias de lucha contra el feminicidio en los distintos niveles de gobierno.
- Se creará/fortalecerá las redes sociales comunitarias y de organizaciones de la sociedad civil que realicen vigilancia social²³⁹.

Objetivo Estratégico N° 2

Garantizar el acceso de las mujeres afectadas por la violencia a servicios públicos de calidad.

Actividades

- Se implementarán servicios de salud mental.
 - Se incluirá en los currículos de formación de la Policía Nacional del Perú, Fuerzas Armadas, Academia de la Magistratura y Ministerio Público, un curso regular sobre género y derecho de las mujeres.
 - Se diseñará y validará, implementará y supervisará un modelo de Casa Refugio o protección de mujeres víctimas de violencia.
 - Se implementará un servicio especializado y gratuito en el Ministerio de Trabajo para la atención y protección de las víctimas de hostigamiento sexual.
 - Se fortalecerán los servicios jurídicos gratuitos de los colegios de abogados y el Ministerio de Justicia.
- Para mujeres víctimas de violencia sexual durante la violencia terrorista:

Actividades

- Se incluirá toda forma de violencia sexual dentro del Plan Integral de Reparaciones (PIR).
- Se diseñará e implementará un marco legal para la protección de las víctimas y sus hijos.
- Se incorporarán las recomendaciones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación en los Planes de Desarrollo Concertado regionales y locales.
- Se incluirá el servicio de apoyo psicológico de los Centros de Emergencia Mujer (CEM) en el Plan Nacional de Salud Mental²⁴⁰.

²³⁹ Plan Nacional contra la violencia hacia la mujer 2009-2015 (Perú). En: http://www.mimp.gob.pe/files/programas_nacionales/pncvfs/normativas/304_PNCVHM_2009-2015.pdf , consultado por última vez el 07 de Setiembre del 2015.

²⁴⁰ *Ibíd.*

Objetivo Estratégico N° 3

Identificar y promover la transformación de patrones socioculturales que legitiman, toleran y exacerbaban la violencia hacia las mujeres.

Actividades

- Se sistematizarán estudios sobre tratamiento de la violencia a la mujer en los medios de comunicación.
- Se incluirán en el Diseño curricular nacional (DCN) de las Instituciones educativas contenidos sobre el derecho a una vida libre de violencia.
- Se incorporarán los temas de violencia hacia la mujer, acoso y abuso sexual, en las guías, módulos y programas de capacitación dirigidos a docentes y escolares, así como estudiantes de educación superior.
- Se desarrollará una campaña nacional contra la violencia hacia la mujer y las niñas.
- Se ejecutarán planes de prevención en las regiones.
- Se formarán facilitadoras contra la violencia familiar y sexual y se realizarán campañas casa por casa²⁴¹.

Ahora bien, tras mencionar las actividades de cada objetivo trazado para evitar la violencia contra la mujer y posterior muerte, conoceremos el último balance de cumplimiento del Plan nacional, cuya fecha es de Mayo del 2013, contados a partir de la publicación del plan son cinco años, desde su puesta en marcha, al respecto es menester indicar que la publicación de la vigencia del actual delito de feminicidio se dio el 18 de Julio del 2013, dos meses después del último balance realizado al plan.

Bajo esa línea indicamos que, la Defensoría del Pueblo, en el marco de sus atribuciones y funciones, presentó el Informe de Adjuntía N° 003-2013-DP/ADM, que da cuenta del Balance del cumplimiento del Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer (PNCVHM) 2009 – 2015²⁴².

²⁴¹ Ibídem.

²⁴² Balance sobre el cumplimiento del Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer 2009-2015- Serie Informes de Adjuntía - Informe N° 003-2013-DP/ADM. Publicado en la Página web: <https://es.scribd.com/doc/144293055/Informe-003-2013-DP-ADM#download>, consultado por última vez el 28 de Agosto del 2015.

Este Informe tuvo por objetivo identificar los avances realizados y obstáculos enfrentados en la ejecución del Plan, así como efectuar recomendaciones que contribuyan a fortalecer la respuesta del Estado ante la problemática de la violencia contra la mujer.

El comentario final del balance de seguimiento, sintetiza de manera clara los avances y obstáculos del Plan²⁴³.

“Aun cuando no puede negarse la existencia de esfuerzos realizados por los sectores para cumplir con las obligaciones previstas en el Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer 2009-2015, se encuentra pendiente la adopción de las medidas necesarias para cumplir con todas las exigencias en él contempladas”²⁴⁴.

“La alta incidencia de la violencia contra la mujer en nuestro país se mantiene e inclusive tiende a agravarse en algunas de sus manifestaciones, lo que permite concluir que las políticas públicas establecidas en los Planes Nacionales contra la Violencia hacia la Mujer aprobados desde el 2002, no han tenido el impacto esperado en la prevención y atención de esta grave problemática”²⁴⁵.

En opinión de la Defensoría del Pueblo, a pesar de los avances, la violencia contra la mujer no resulta aún prioritaria para los sectores responsables de su progresiva erradicación. Por el contrario, en los hechos, su importancia real continúa siendo mínima en el marco de las prioridades establecidas a nivel nacional, y, como se puede apreciar de los resultados del V Reporte sobre el cumplimiento de la LIO, también a nivel regional.

²⁴³ *Ibídem.*

²⁴⁴ *Ibídem.*

²⁴⁵ *Ibídem.*

“La insuficiente voluntad política por parte de algunos sectores para enfrentar la problemática de la violencia contra las mujeres en general como es el caso del Ministerio de Defensa o respecto de algunas de las manifestaciones de la violencia que se abordan en el Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer 2009 – 2015, como la violencia contra las mujeres que se produjo durante el conflicto armado interno, constituyen puntos críticos que deben ser abordados con urgencia”²⁴⁶.

“La intervención estatal debe dirigirse fundamentalmente a la adopción e implementación de políticas que contribuyan efectivamente a la progresiva erradicación del flagelo que constituye la violencia de género. La efectiva implementación del Plan Nacional requiere, necesariamente, de la incorporación de las responsabilidades en él previstas en los planes institucionales de cada sector y, por consiguiente, de la asignación y ejecución del presupuesto que garantice su cumplimiento. Ello además de una necesaria coordinación intersectorial, intersectorial e intergubernamental, en el marco de un estado unitario y descentralizado”²⁴⁷.

A poco menos de dos años para que finalice el período de vigencia del Plan Nacional 2009-2015 aún no se ha logrado alcanzar la mayoría de los resultados previstos para el año 2015. En tal sentido resulta urgente establecer, a la mayor brevedad, los cambios necesarios para poder enfrentar este grave problema.

²⁴⁶ *Ibídem.*

²⁴⁷ *Ibídem.*

Entre las principales recomendaciones encuentran las siguientes²⁴⁸:

- No condicionar los pliegos presupuestales destinados a la implementación del PNCVHM 2009-2015 al presupuesto institucional existente y a las prioridades del sector, sino contar además con partidas presupuestales adicionales que permitan la adecuada ejecución del mencionado Plan. En esa línea, la Defensoría reconoció que de los seis sectores supervisados solo dos, el MIMP y el Ministerio del Interior, cumplieron con incorporar una meta presupuestal destinada a la lucha contra la violencia hacia las mujeres. También se recordó que en el 2011 sólo ocho gobiernos regionales (Madre de Dios, Ucayali, Loreto, Callao, Tacna, Cusco, Lima y Piura) asignaron recursos para reducir la violencia de género, siendo la mayor parte de acciones aisladas y no sostenibles.
- Crear una base de datos única sobre violencia de género, y una base de datos de investigaciones en violencia de género. Sobre este punto, el MIMP-PNCVFS implementó en el año 2012 la Red virtual de Investigación en violencia de género, que incluye una base de datos en línea sobre investigaciones en este problema.
- Promover la apertura de un mayor número de casas refugio. La Defensoría señaló que de las 47 casas refugio existentes en todo el Perú, solamente nueve han sido implementadas por las Municipalidades. Ello incumple la meta prevista en el PNCVHM 2009-2015, consistente en que el 50% de los Gobiernos regionales implementen casas refugio.

Cabe recordar que el artículo 8 del Reglamento de la Ley N°28236, que crea hogares de refugio temporal para las víctimas de violencia familiar, señala a los gobiernos

²⁴⁸ *Ibídem.*

provinciales como responsables de su creación. Asimismo, el artículo 9 de la misma Ley señala que el PNCVFS tiene como función brindar asesoramiento y dirección de los hogares.

Finalmente, en materia de asistencia técnica a gobiernos sub- nacionales, la prioridad del PNCVFS fue asistir técnicamente a gobiernos regionales, con un logro a mayo del 2013, de 80% (21 gobiernos regionales de un total de 26).

Tal como se evidencia, efectivamente existen actividades para el cumplimiento de los objetivos de la política pública; sin embargo, tal como se observa en el último balance de seguimiento del Plan aún no se ha cumplido con los objetivos trazados, debido a los obstáculos que se tienen, así mismo, se evidencia deficiencias tal como se expresa y recomienda en la implementación de mayor casa refugios, creemos que si hubo avance; empero, existen irresponsabilidades por parte de los órganos encargados del cumplimiento de actividades, falta menos de 3 meses para finalizar el periodo, y creemos que aún no se ha cumplido con los objetivos trazados.

No obstante a la ejecución del Plan Nacional, sin que ésta haya finalizado y observado que no coadyuvó con la disminución de violencia hacia la mujer en el Perú, tal como se señaló el 18 de Julio del 2013, tiempo superior a la mitad de ejecución del plan se incluyó el delito de feminicidio al Código penal.

En este punto recordemos las palabras del profesor Santiago Mir Puig:

“Para proteger los intereses sociales, el Estado debe AGOTAR los medios menos lesivos que el Derecho penal antes de acudir a éste, que en este sentido debe constituir un arma subsidiaria, una última ratio. Deberá preferirse ante todo la utilización de

medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada política social. Seguirán a continuación las sanciones jurídicas: civiles y administrativas. Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente, estará legitimado el recurso del Derecho penal. Importa destacarlo especialmente frente a la tendencia que el Estado social tiene a una excesiva intervención y a una fácil “huida al Derecho penal”²⁴⁹

Al respecto, evidenciamos el error del legislador al ensanchar la gama de delitos con su inclusión del delito de feminicidio, sin antes haber agotado las vías previas al Derecho penal, tal como indica el maestro, con la realización de una buena política social, si bien es cierto ésta se estaba ejecutando aún no había concluido, entonces no se cumplió tal cual indica el principio de intervención mínima, en su carácter de subsidiaridad; opinamos que el legislador utilizó al ordenamiento jurídico penal como símbolo de tranquilidad, ante el aumento de cifras de feminicidios en los últimos años.

4.2.3. Cuadros de estadísticas de feminicidios y tentativas de feminicidios.

No obstante al error legislativo, mostraremos el último cuadro de estadísticas de feminicidios y tentativas de feminicidios elaborado por el Ministerio de la mujer y Poblaciones vulnerables, desde el año de tipificación de la figura del feminicidio en el Perú, con el fin de observar si la técnica legislativa tuvo resultados, a costa del principio de intervención mínima.

²⁴⁹ MIR PIUG, Santiago. *Derecho penal, parte general*. 5ª edición. Óp. cit., p.90.

CASOS CON CARACTERÍSTICAS DE FEMINICIDIO²⁵⁰

Mes/año	2015	2014	2013	2012	2011	2010	2009	Consolidado (2009-2015)
Enero	8	7	11	7	13	10	20	79
Febrero	9	10	6	6	7	10	12	60
Marzo	5	11	7	8	8	7	8	54
Abril	8	11	8	3	6	14	12	62
Mayo	10	8	12	7	3	7	10	57
Junio	5	9	11	7	1	5	8	46
Julio	7	10	8	8	5	13	12	63
Agosto		1	15	10	7	11	13	57
Setiembre		2	7	7	8	6	13	43
Octubre		8	16	1	6	14	11	56
Noviembre		9	19	11	16	12	10	77
Diciembre		10	11	8	13	9	10	61
Total	52	96	131	83	93	121	139	715

FUENTE: Registro de víctimas con características de feminicidio-PNCVFS/MIMP
Elaboración propia.

CASOS CON CARACTERÍSTICAS DE TENTATIVA DE FEMINICIDIO

Mes/año	2015	2014	2013	2012	2011	2010	2009	Consolidado (2009-2015)
Enero	15	14	11	14	11	6	4	75
Febrero	12	17	10	6	5	7	3	60
Marzo	19	18	7	8	7	5	8	72
Abril	20	10	7	10	8	3	6	64
Mayo	8	15	16	10	3	3	9	64
Junio	13	14	14	6	0	3	3	53
Julio	11	20	18	8	1	2	1	61
Agosto		16	10	9	5	4	10	54
Setiembre		15	18	3	5	7	3	51
Octubre		18	13	7	12	3	7	60
Noviembre		15	14	5	5	3	4	46
Diciembre		14	13	5	4	1	6	43
Total	98	186	151	91	66	47	64	703

FUENTE: Registro de víctimas con características de feminicidio-PNCVFS/MIMP
Elaboración propia.

²⁵⁰ Las características que se consideraron para la elaboración de los cuadros son: Agresor (supremacía masculina, control económico, celos patológicos, tenencia de armas, consumo de alcohol o drogas), víctima (aislamiento, daño psicológico, sin independencia emocional, síndrome de indefensión), relación (antecedentes y eventos recientes de violencia, amenazas, intimidación, tentativas). Véase: MIMP, publicado en la pág. Web: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/FE49B4AB286A7E6305257ECB0068E34E/\\$FILE/fuente_2_para_examen_pdn_julio_2_-_intervencion_profesional_frente_al_feminicidio_mimdes_solo_paginas_26_y_27.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/FE49B4AB286A7E6305257ECB0068E34E/$FILE/fuente_2_para_examen_pdn_julio_2_-_intervencion_profesional_frente_al_feminicidio_mimdes_solo_paginas_26_y_27.pdf), consultado por última vez 16 de Setiembre del 2015.

Como se evidencia, respecto a las estadísticas de feminicidio, desde la primera inclusión del delito que se dio en el 2011, hubo 93 feminicidios, durante el año siguiente la cifra redujo a 83; sin embargo, en el 2013, año en que se anunciaba la llegada del delito autónomo del feminicidio se tuvo 131 feminicidios, durante el 2014 hubo 96 feminicidios, y durante el presente año, las cifras calculadas hasta el mes de Julio son de 52 feminicidios.

No obstante, respecto a la tentativa del delito de feminicidio, sin duda alguna podemos advertir un aumento de cifras desde la primigenia incorporación del feminicidio en el código penal, si los datos de los años en los que no existía el delito de feminicidio se tenían cifras de 64 y 47 año 2009 y 2010 correlativamente, durante la primera inclusión se evidencia una cifra creciente de 66, en el año 2012 se calculó 91; empero, en el año que se incluyó al feminicidio como delito autónomo se evidencia 151 tentativas de feminicidios, en el posterior año el dato más elevado 186, y hasta el mes de Julio del presente año 98 tentativas.

Las cifras nos revelan que durante el año que se promulgo el actual delito de en mención, los feminicidios y tentativas de feminicidio se muestran crecientes; asimismo, no podemos afirmar que la subida o bajada de las cifras se deban a la tipificación del delito de feminicidio, lo que si afirmamos es que durante el año que se incluyó al delito de feminicidio de manera autónoma, las cifras aumentaron.

Al respecto, Larrauri apunta que:

“este fenómeno de endurecimiento generalizado de las consecuencias jurídico-penales por parte de los gobernantes responsables de la formulación de la política-criminal, puede depender de las siguientes razones: (a) porque se cree que mayores penas tendrán un efecto en la reducción de las cifras de la delincuencia, por medio del

efecto preventivo general de la pena e inocuización del delincuente; (b) porque se piensa que ello puede contribuir a reforzar el consenso moral existente en la sociedad en contra de cierto tipo de actividades delictivas; y (c) porque hay ganancias electorales producto de ese uso, al satisfacer ciertas demandas del cuerpo electoral”²⁵¹.

Aunado a ello Alonso Peña Cabrera, dice:

“Lo que reparamos, es que, se pretende crear o hacer creer a la población que mediante la utilización intensificada de la norma jurídico-penal se va desterrar todo viso de violencia sobre la mujer, lo que es un total despropósito, puesto que la verdadera prevención de estas conductas disvaliosas discurre por otros torrentes, por otros cauces, por medidas efectivas, en el marco de la política social del Estado basadas en la educación, en la cultura y el aprendizaje desde la infancia, teniendo como sedes naturales a la familia y a la escuela, a lo cual debe aparejarse la difusión de los valores democráticos a la población en todos sus segmentos, en cuanto a conculcar los dictados de una verdadera igualdad de género, así como de concientizar a todas las damas que no son ningún objeto del hombre, que la relación conyugal o de convivencia no le otorga ningún derecho al varón hacer uso de la violencia, y viceversa. Ante la primera agresión se debe denunciar el hecho ante las autoridades estatales competentes”²⁵².

²⁵¹ LARRAURI, “Populismo punitivo...y como resistirlo”, pp.25-53.*Jueces por la democracia*, N° 55, 2006. En: <http://www.juecesdemocracia.es/revista/revista%2055%20marzo%202006.pdf> , consultado por última vez el 02 de Setiembre del 2015..

²⁵² PEÑA CABRERA, Alonso. *ESTUDIOS CRÍTICOS DE DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL a partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales*. *Op.cit.*, p. 313.

Consideramos, una visión simbólica por parte del legislador a la hora de decidir incluir al delito de feminicidio, como una suerte de emisión de tranquilidad a una población, sedienta de un delito para combatir el feminicidio, todo ello a costa de los límites que se le ha fijado a la hora de entrar al Derecho penal.

Ya que desde una mínima intervención o de *ultima ratio*, lo verdaderamente esencial para combatir la violencia de género es un amplio proceso de ejecución de políticas públicas, tanto de prevención como de tratamiento para el agresor y las víctimas tal. En este sentido, un desarrollo “en serio” de actividades ayudarían a la mejora de la problemática existente.

En tal sentido, coincidimos con Jescheck/Weigend cuando plantean que la política criminal se ocupa de la pregunta acerca de cómo dirigir al Derecho penal para poder cumplir de la mejor forma posible su misión de proteger a la sociedad. Como sostienen los profesores alemanes:

“(…) la política criminal conecta con las causas del delito, discute cómo deben ser redactadas correctamente las características de los tipos penales para corresponderse con la realidad del delito, intenta determinar el modo en el que desarrollan sus efectos las sanciones aplicadas en Derecho penal, toma en consideración hasta que límite el legislador puede extender el Derecho penal para no restringir más de lo absolutamente necesario el espacio de libertad del ciudadano, y prueba si el Derecho penal material está adecuadamente configurado para poder ser aplicado en el proceso penal”²⁵³.

²⁵³ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho penal-Parte General*. 5ª Edición. Granada: Edit. Comares, 2002, p. 24.

Pero todavía resulta más insólito tener una fe ciega que el Derecho penal pueda solucionar la violencia de género con su tosca dureza, más allá de su necesaria y justificada aplicación únicamente en casos verdaderamente graves.

Tal como señala Ferrajoli:

El derecho penal mínimo, condicionado y limitado al máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y certeza. Existe un nexo profundo entre garantismo y racionalismo. Un derecho penal es racional y cierto en la medida en que sus intervenciones son previsibles y son previsibles sólo las motivadas por argumentos cognoscitivos de los que sea decidible procesalmente, la verdad formal²⁵⁴.

Sin embargo, al analizar si es que la medida es necesaria o no, esto es, si es que no existen otros mecanismos que permitan conseguir el mismo resultado (proteger la integridad de la mujer) de una manera menos gravosa o lesiva, la tipificación del feminicidio como delito resulta inconstitucional. En primer lugar, si bien el Derecho Penal es de suma importancia en lo referente a prevenir y sancionar conductas que puedan ocurrir en el plano público como privado (prevé agresiones, violaciones, asesinatos, etc.), sería incorrecto pensar que utilizando de manera arbitraria y desmedida normas jurídico-penales se erradicará definitivamente el problema de la violencia contra la mujer²⁵⁵.

²⁵⁴ *Ibidem.*, p.103.

²⁵⁵ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. “El derecho penal del género: a propósito de la inclusión en el código penal del delito de feminicidio”. *Gaceta penal & procesal penal*, TOMO 31. Lima, 2012, pp. 31, 49-67.

En tal sentido, el artículo. 7 literal. c) de la Convención *Belem do Pará*²⁵⁶, impone incluir en la legislación interna medidas penales contra la violencia hacia las mujeres; sin embargo, ello no implica necesariamente legislar de forma expansiva y bajo una imprecisa técnica legislativa. Por el contrario realizar un estudio serio de política criminal efectuando las reformas que se consideren convenientes primeramente dentro del Código Penal, e *in extremis* es decir, si es verdaderamente necesario crear leyes penales especiales conforme el principio constitucional de mínima intervención.

Según nuestro parecer, se ha partido de la premisa que los feminicidio no tienen un asidero en los clásicos delitos del Código penal; y es así, según esta aparente percepción, que se volvió imperiosa la necesidad de crear una nueva figura penal.

Cabe resaltar, que la falta de un tipo penal que previese la figura del feminicidio, no habría significado en ningún sentido la impunidad de tal comportamiento, para confirmar ello veamos los delitos que prevé nuestro ordenamiento jurídico interno, respecto a la muerte de una mujer, por su condición, cuya base es la discriminación de género.

²⁵⁶Artículo 7, literal c) 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 apropiadas que sean del caso. Véase: Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”. Publicado en la página web: http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_ConvencionBelem.pdf, consultado por última vez el 4 de Octubre del 2015.

4.2.4. El delito de homicidio y derivados.

4.2.4.1. Homicidio simple.

Artículo 106° del Código Penal: El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años.

El delito mencionado, consiste en dar muerte a otra persona. Se puede cometer mediante una acción o una omisión y, además de la conciencia y voluntad de matar (dolo), debe existir una relación de causalidad entre el acto (o los actos) del homicida y la muerte de la víctima; es decir, la muerte debe ser causa directa de los actos del autor del delito²⁵⁷.

El profesor Hurtado Pozo, señala:

“para definir como homicida a una persona no basta que haya causado la muerte de otra persona. Además de la relación de causalidad entre la acción y el resultado, es necesario comprobar que el agente haya actuado con intención, es decir, dolosamente. El delincuente debe ser consciente de que desarrolla una acción propia para causar la muerte; que su accionar se dirige contra una persona viva; que entre su acción y el resultado se da, en lo fundamental, una relación de causalidad y, por último, que su comportamiento es contrario al orden jurídico”²⁵⁸.

Es el tipo legal básico con relación a la protección de la vida humana independiente, ya que sanciona a todo aquel que mata a otro teniendo como pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años. Asimismo, su tipicidad objetiva permite que tanto un hombre

²⁵⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “Feminicidio en el Perú: Estudio de expedientes judiciales”. Óp. cit., p.60.

²⁵⁸ HURTADO POZO, José. *Homicidio y aborto*. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Lima: SESATOR, 1982. p. 41.

como una mujer sea sujeto activo, los cuales pueden utilizar cualquier modalidad, pues serán igualmente sancionados.

Sin embargo, si lo que se pretende es ver si el feminicidio puede ser cubierto por el delito de homicidio, podemos decir que ello alcanzaría si dijéramos el que mata a una mujer, ya que el homicidio como delito base no requiere especificación del sujeto activo o pasivo, por lo que puede ser una mujer y encajaría; sin embargo, el feminicidio exige que se de muerte a una mujer por su condición de tal, al respecto haremos una interpretación teleológica de la norma y recurriremos a la exposición de motivos de la ley que incluye al delito de feminicidio, puesto que en ésta menciona que la base de este delito es la discriminación de género, por lo que decimos que la persona debe dar muerte a una mujer, por su condición de tal, motivado por la discriminación de género, en tal sentido, podríamos coger al homicidio y para sancionar de manera más grave la conducta que responde a un patrón de discriminación de género, podríamos aplicar las agravantes generales, que se encuentran previstas en el Código penal en el acápite referido a las circunstancias modificadoras de la responsabilidad penal, concretamente en el art. 46 numeral 2 literal “d” y “f”.

Literal “d”: Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o **discriminación de cualquier índole.**

Literal “f”: 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.

Respecto a la última literal, una interpretación auténtica del caso que nos incumbe se referirá a la existencia de una situación de superioridad derivada de relaciones desiguales de poder basadas en el género.

Al respecto debemos advertir, que cuando no concurra en la conducta el móvil, existen dos soluciones: (a) procederá la impunidad, si la conducta no se encuentra regulada en otro tipo; o, (b) corresponderá la aplicación de otro delito que no requiera el móvil en mención, tal como la aplicación del homicidio en su forma básica o agravada dependiendo de las circunstancias que concurran.

4.2.4.2. Parricidio.

Artículo 107° del Código Penal: 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.

El injusto contenido en el artículo 107° del Código Penal consiste en dar muerte al cónyuge o al concubino y a parientes en línea recta. Sin embargo, en el marco del presente estudio, nos referiremos al homicidio del cónyuge y del concubino.

El citado tipo penal exige que el sujeto posea una cualidad especial: el parentesco, convirtiéndose esta conducta prohibida, ante la exigencia de esta cualidad especial en el agente (hombre o mujer), en un delito especiales; es decir, sólo algunos sujetos determinados por la ley pueden realizarlo²⁵⁹.

Los homicidios de mujeres en el Perú son perpetrados fundamentalmente por la pareja o ex pareja. Sin embargo, muchos de ellos, son motivados por la discriminación de género y en un contexto de violencia familiar; no obstante, tales aseveraciones podrían encajar en el delito de parricidio, ya que se aplicaría el delito en mención, más las agravantes genéricas ubicadas

²⁵⁹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “Feminicidio en el Perú: Estudio de expedientes judiciales”. Óp. cit., p.64.

en el literal “d” y “f” numeral 2 del artículo 46. Lo que llevaría a una respuesta penal agravada.

Lo que de igual forma se aplicara a la mujer, que discrimine a su cónyuge o concubino, el cual daría cabida también dentro del delito de parricidio más las agravantes mencionadas.

4.2.4.3. Homicidio calificado.

Artículo 108° del Código Penal: 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, por lucro o por placer;
2. Para facilitar u ocultar otro delito;
3. Con gran crueldad o alevosía;
4. Por fuego, explosión, veneno o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas.

El legislador estableció una serie de formas de cometer homicidio, que revelan una especial peligrosidad en el autor. En la doctrina, al homicidio sin motivo aparente o por motivo fútil se le denomina “homicidio por ferocidad”, establecido en el inciso 1 del artículo 108° del Código Penal²⁶⁰.

Siguiendo a Hurtado Pozo señala que

“(…) de acuerdo a nuestra ley, el juez deberá apreciar si la acción del homicida es feroz, mediante el análisis de los móviles que impulsaron al autor. Cuando estos aparezcan, en relación con el resultado muerte, como desproporcionados, deleznable, bajos, revelarán en el autor una actitud inhumana, contraria a los primarios sentimientos de solidaridad social”²⁶¹.

²⁶⁰ *Ibíd.*, p.60.

²⁶¹ HURTADO POZO, José. *Homicidio y aborto*. *Op.cit.*, p. 56

Por su parte, la Corte Suprema ha definido “ferocidad” como aquella “que se caracteriza porque el agente desarrolla la condena de matar sin móvil o móvil aparente o cuando éste sea insignificante o fútil”²⁶².

Otra de las modalidades de homicidio calificado contenido en el artículo 108° del Código Penal es el denominado “con gran crueldad o alevosía” (inc. 3). La doctrina define al primero de ellos como el empleo de medios para acrecentar en forma deliberada e inhumana el sufrimiento de la víctima, causándole un dolor innecesario para la perpetración de la muerte²⁶³ o aquel “que causa a la víctima, mediante la intensidad o duración de la acción del autor, dolores físicos o psíquicos, lo que demuestra insensibilidad”²⁶⁴.

La modalidad de alevosía, en cambio, está definida en la doctrina²⁶⁵ como los actos que realiza el autor para cometer el homicidio reduciendo al mínimo los riesgos de la defensa que pudiera provenir de la víctima. Con tal fin prepara el escenario, premedita cada paso a dar para conseguir su fin.

Los medios de comunicación que dan a conocer los homicidios de mujeres a manos de sus parejas o ex parejas, comúnmente los vinculan a situaciones inesperadas en las que, ante un hecho que provoca los celos del homicida, éste comete el delito. Sin embargo, muchos de estos homicidios forman parte de una historia de violencia que culmina con el asesinato de estas mujeres.

²⁶² R.N. N° 2804-2003. Cono Norte-Lima. Sala Penal Permanente. Corte Suprema, p.232. Tomado de: AAVV *Modernas Tendencias Dogmáticas en la Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema. Diálogo con la Jurisprudencia*. 2005. En: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/0/bfa5968b41b65d7005257dfe007b8e7b/\\$FILE/PL04218040315.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/0/bfa5968b41b65d7005257dfe007b8e7b/$FILE/PL04218040315.pdf), consultado por última vez el 10 de Setiembre del 2015.

²⁶³ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal*. Parte Especial. 2da Edición aumentada y actualizada. Lima: Editorial Rodhas. 1996, p. 54.

²⁶⁴ HURTADO POZO, José. *Homicidio y aborto*. Op.cit., p. 75.

²⁶⁵ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal*. Op. cit. p. 55.

El homicidio calificado, podría también dar cabida al feminicidio dentro del tipo, ya que se aplicaría de acuerdo al modo como el agente mato a la mujer, lo que a su vez reprocha gravemente la conducta del homicida.

4.2.4.4. Homicidio por emoción violenta.

Artículo 109° del Código Penal: El que mata a otro bajo el imperio de una emoción violenta que las circunstancias hacen excusable, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de tres ni mayor de cinco años. Si concurre algunas de las circunstancias previstas en el artículo 107, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años.

El artículo mencionado, contiene un eximente cuya consecuencia práctica es la reducción de la pena bajo el supuesto de una obnubilación de la conciencia intensa y temporal que produce en el homicida la pérdida del control. Esta situación emocional lo liberaría parcialmente de responsabilidad.

La doctrina señala que,

“la emoción se distingue, fundamentalmente, por la brusquedad de la reacción que provoca en el estado humoral de la persona. De su intensidad depende que ésta vea frustrada su conciencia y el proceso de motivación y orientación de su voluntad”²⁶⁶.

Por lo general, las noticias que aparecen en los medios de comunicación escrita asocian los asesinatos de mujeres en relación de pareja con crímenes precedidos por un arrebato de celos “incontenible y justificado” del presunto homicida, ante la sospecha o certeza de una infidelidad. Noticias como “sujeto cegado por los celos mató a su esposa” o “Celoso estranguló esposa fiestera” o “Vendedor de churros estrangula a su esposa por tramposa”²⁶⁷

²⁶⁶ HURTADO POZO, José. *Homicidio y aborto*. *Op.cit.*, p.120.

²⁶⁷ MELÉNDEZ, Liz y SARMIENTO, Patricia. *Informe nacional sobre feminicidio en el Perú. Libres de Violencia*. Separata N° 2. Lima: Cladem, 2008, p.22.

envían mensajes señalando la responsabilidad de lo ocurrido a la conducta de la víctima y liberando de aquella al homicida.

Habitualmente, los argumentos que presentan los denunciados tienden a justificar la comisión del delito a una situación de emoción tal que no pudieron controlar y cometieron homicidio en contra de su pareja o ex pareja. Sin embargo, el tipo penal no puede ser aplicado sin que se tomen en cuenta determinados criterios que orienten las decisiones judiciales. Bramont–Arias Torres²⁶⁸ señala que para que la eximente de pena sea aplicable se deben tener en cuenta los siguientes criterios:

Con relación al intervalo que existe entre el inicio de la emoción violenta y la comisión del delito, “no puede transcurrir un largo espacio temporal entre el hecho provocante y su reacción, dato que tendrá que precisar el juez en cada caso”²⁶⁹

Sobre el medio empleado, Bramont – Arias Torres señala que este debe responder a las circunstancias de inmediatez de la situación que provoca la emoción violenta y, por lo tanto, no debe expresar preparación: “Por ejemplo, no se cometería este delito si el sujeto prepara una pócima de veneno o si va a comprar un arma para matar a su víctima”²⁷⁰.

En cuanto al temperamento del sujeto, el autor señala que la pena eximente no debe favorecer a quien es propenso a exaltarse con facilidad por lo que se debe analizar, en cada caso, el temperamento del autor.

Finalmente, el autor señala que otro criterio a tener en cuenta por el juzgador es si el delito se desencadenó en forma súbita o, por el contrario, conoció de la situación que presuntamente

²⁶⁸ BRAMONT–ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Op.cit.*, p. 58 y ss.

²⁶⁹ *Ibíd.*

²⁷⁰ *Ibíd.*

desencadenó el delito con anterioridad y le permitió preparar la comisión del delito.

Hurtado Pozo precisa que “salvo casos excepcionales, en la ejecución de cualquier delito y, sobre todo, de un homicidio, el delincuente obra psicológicamente tenso o convulsionado”, de manera que acarrea mucha mayor complejidad establecer si el que comete homicidio puede en determinadas circunstancias ser afectado por un estado emocional diferente al estado de cualquier otra persona que comete un delito de similar naturaleza²⁷¹.

Por su parte, la Corte Suprema ha establecido como criterio distintivo la premeditación en la ejecución del delito de homicidio cuando señala que “Al haberse establecido que existió premeditación para el crimen no se tipifica como homicidio por emoción violenta sino que constituye delito de parricidio siendo la agraviada su esposa”²⁷².

En general, la idea de la potestad del esposo, o pareja afectiva varón, a disciplinar a la mujer sigue estando en el fondo de la atenuación de los homicidios por emoción violenta. Myriam Jimeno advierte que existen ideas recurrentes en los casos de homicidios de mujeres, “éstas pueden agruparse en tres ideas centrales, relativamente explícitas en los distintos relatos: la primera, la idea de que la violencia ‘estalla’; la segunda, que es un acto de locura y; la tercera, que es un acto por exceso de amor”²⁷³.

Estos elementos gravitan fuertemente en el imaginario social y justifican la atenuación al considerar que se trata de un acto de locura temporal. La autora señala que en estas ideas subyace una cierta tolerancia social frente al asesino, pues se considera que, no obstante lo abominable del delito, la persona no es propiamente un criminal que constituye un peligro

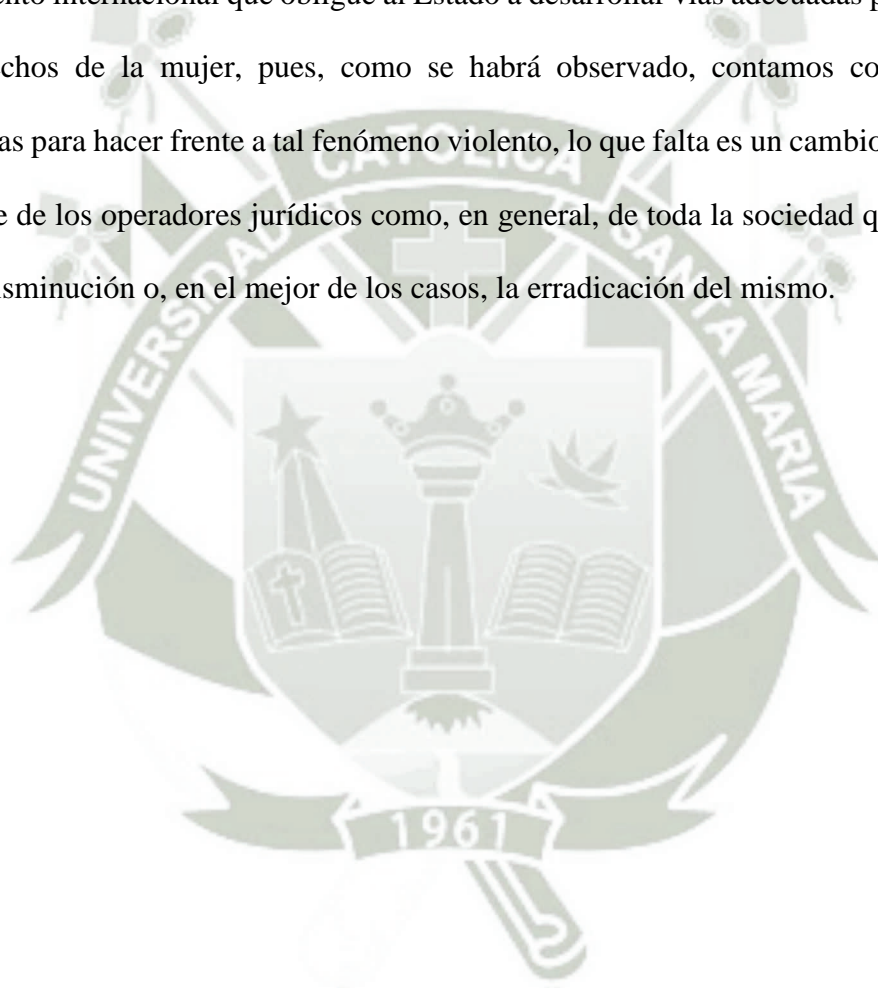
²⁷¹ HURTADO POZO, José. *Homicidio y aborto*. *Op.cit.*, p. 115.

²⁷² Expediente N° 2816-2003. Sala Penal Permanente. Callao.

²⁷³ JIMENO SANTOYO, Myriam. *Crimen Pasional. Contribución a una antropología de las emociones*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Centro de Estudios Sociales, 2004, p. 90.

para la sociedad porque actuó fuera de sí. De esta manera se contribuye a la patologización del homicida²⁷⁴.

Finalmente, aunque ya se ha publicado la modificatoria de ley que incluye al feminicidio en nuestro CP, queremos indicar que la falta de tipificación penal de dicho fenómeno tampoco hubiese significado la vulneración de la Convención de Belém do Pará ni de alguno otro instrumento internacional que obligue al Estado a desarrollar vías adecuadas para la tutela de los derechos de la mujer, pues, como se habrá observado, contamos con las medidas adecuadas para hacer frente a tal fenómeno violento, lo que falta es un cambio de mentalidad por parte de los operadores jurídicos como, en general, de toda la sociedad que consiga una eficaz disminución o, en el mejor de los casos, la erradicación del mismo.



²⁷⁴ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “Feminicidio en el Perú: Estudio de expedientes judiciales”. Óp. cit., p.68.

Capítulo V.

EL DELITO DE FEMINICIDIO EN EL DERECHO COMPARADO

SUMARIO: 5.1. El feminicidio en Europa. 5.2. Cuadros resumen del delito feminicidio en América Latina. 5.3. El delito de feminicidio en América Latina. 5.3.1. Países que incorporaron al feminicidio como delito autónomo en su Código penal o en una ley especial. 5.3.2. Países que incorporaron al feminicidio como una forma del parricidio. 5.3.3. Países que incorporaron la muerte de una mujer como agravante de homicidio en su Código penal.

5.1. EL FEMICIDIO EN EUROPA

Iniciemos con la legislación sueca y su figura: grave violación de la integridad de la mujer, incluida en la Sección 4a del Capítulo 4 del Código Penal Sueco, el cual señala:

“Una persona que cometa alguno de los actos criminales definidos (...) en contra de otra persona que tenga, o haya tenido, una relación cercana con el perpetrador y si el acto forma parte o es un elemento de una violación sistemática de la integridad de esa persona y constituye un severo daño psicológico para su autoestima, será sentenciada por grave violación de la integridad a presidio por no menos de seis meses y hasta un máximo de 6 años. Si los hechos descritos en el primer párrafo son cometidos por un hombre contra una mujer con quien está, o ha estado casado o con quien está, o ha estado conviviendo bajo circunstancias comparables con el matrimonio, será sentenciado por *grave violación de la integridad de la mujer*, al mismo castigo²⁷⁵”.

Suecia fue el primer país en incorporar un delito que sanciona la discriminación en contra de la mujer y lo hizo a través del mencionado artículo, norma que fue génesis para la implementación de los siguientes países.

Posterior a la legislación sueca encontramos a España y la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Ley Orgánica 1/2004.

Ley que consagró la agravación de la sanción en diversas normas de su Código Penal, cuando los delitos cometidos sean por un hombre, en contra de una mujer, que fuera o haya sido su pareja, actual, pasada o haya estado ligada a él por una análoga relación de

²⁷⁵ TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí, “Leyes sobre femicidio y violencia contra las mujeres. Análisis comparado y problemáticas pendientes”, en “Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto”, p. 44, publicado en <http://www.nomasviolenciacontramujeres.cl/files/Tipificar%20el%20femicidio%20un%20debate%20abierto.pdf>, consultado por última vez, el 20 de Junio del 2015.

afectividad aun sin convivencia.

La mencionada agravación se dio en los siguientes delitos: lesiones graves (art. 148), malos tratos (art. 153), amenazas de un mal no constitutivo de delito (art. 171) y de coacciones (art. 172).

Ahora bien, si analizamos a la legislación española observamos que ésta optó por normas penales género específicas para sancionar la discriminación en contra de la mujer. Al respecto la legislación sueca, si bien sanciona separadamente la violencia contra las mujeres en relaciones de pareja, no agrava la pena cuando la víctima sea una mujer, ya que será idéntica para cualquier otro caso de violencia ejercida dentro de relaciones de pareja, incluso si la víctima es un varón.

Con ello, Suecia se evita de cuestionamientos de inconstitucionalidad de posible vulneración al principio de igualdad, puesto que no se agrava la pena al tratarse de violencia contra la mujer, sancionándose con la misma pena tanto los actos de violencia íntimas dirigidas contra mujeres como varones, pese a que poseen distinta denominación.

La alternativa sueca privilegia el efecto simbólico de la ley penal, haciendo visible en una disposición penal específica la violencia que afecta a las mujeres en las relaciones de pareja. Se trata, de un abandono formal de la neutralidad de género en los tipos penales, sin conceder el fundamento sexista para reconocerle una mayor gravedad.

Siguiendo la iniciativa de Suecia, el modelo español prefirió por la agravación de la pena, cuando la víctima sea una mujer y se cometa en uno de estos delitos: lesiones graves, malos tratos, amenazas de un mal no constitutivo de delito y de coacciones.

Es menester indicar que ésta agravación de la conducta ha generado amplias controversias en el ámbito constitucional y penal español en los últimos años.

5.2. CUADROS RESUMEN DEL FEMICIDIO/FEMINICIDIO EN AMÉRICA

LATINA

Ahora bien, pese a que las dos legislaciones evaluadas no mencionan la muerte de la mujer, es importante su mención, ya que ellas fueron la fuente para la implementación del posterior delito de feminicidio en América Latina.

LEGISLACIONES QUE INCLUYERON AL FEMINICIDIO/FEMICIDIO COMO DELITO AUTÓNOMO EN SU CÓDIGO PENAL Y EN UNA LEY ESPECIAL					
PAÍS	DENOMINACIÓN	CONDUCTA TÍPICA	TIPO DE FEMINICIDIO	CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES	PENA
MÉXICO	FEMINICIDIO <u>Código Penal de México D.F.</u>	(...) quien dolosamente prive de la vida a una o varias mujeres por razones de género.	Feminicidio íntimo. Feminicidio no íntimo.	-----	Cuarenta (40) a sesenta (60) años de prisión y de quinientos (500) a mil (1000) días de multa.
BOLIVIA	FEMINICIDIO <u>Código Penal de Bolivia</u>	(...) quien mate a una mujer, (...)	Feminicidio íntimo. Feminicidio no íntimo.	-----	Presidio de treinta (30) años sin derecho a indulto
REPÚBLICA DOMINICANA	FEMINICIDIO <u>Código Penal de R. Dominicana</u>	Quien, en el marco de tener, haber tenido o pretender tener una relación de pareja, mate dolosamente a una mujer (...)	Feminicidio íntimo.	-----	Treinta (30) a cuarenta (40) años de prisión mayor.
PANAMÁ	FEMICIDIO <u>Código Penal de Panamá</u>	Quien cause la muerte a una mujer, (...)	Femicidio íntimo. Femicidio no íntimo.	-----	Veinticinco (25) hasta treinta (30) años de prisión:
HONDURAS	FEMICIDIO <u>Código Penal de Honduras</u>	(...) el o los hombres que den muerte a una mujer por razones de género, con odio y desprecio por su condición de mujer (...)	Femicidio íntimo. Femicidio no íntimo.	-----	Treinta (30) a cuarenta (40) años de reclusión
ECUADOR	FEMICIDIO <u>Código Penal de Ecuador</u>	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, (...)	Razones de género.	Femicidio íntimo. Femicidio no íntimo.	Femicidio Veintidós (22) a veintiséis (26) años. Con Circunstancias agravantes El máximo de la pena prevista para el Femicidio.

DELITO AUTÓNOMO EN UNA LEY ESPECIAL					
PAÍS	DENOMINACIÓN	CONDUCTA TÍPICA	TIPO DE FEMINICIDIO	CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES	PENA
EL SALVADOR	FEMINICIDIO <u>Ley Especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres N° 520</u>	Quien le causare la muerte a una mujer mediando motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer, (...)	Feminicidio íntimo Feminicidio no íntimo	Feminicidio no íntimo	Prisión de veinte (20) a treinta y cinco (35) años Feminicidio agravado: Treinta (30) a cincuenta (50) años de prisión
GUATEMALA	FEMINICIDIO <u>Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer</u>	(...) quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer, por su condición de mujer, (...)	Femicidio íntimo Femicidio no íntimo		Prisión de veinticinco (25) a cincuenta (50) años, y no podrá concedérsele la reducción de la pena por ningún motivo.
NICARAGUA	FEMINICIDIO <u>Ley de Penalización de la violencia contra las mujeres N°8589</u>	(...) quien dé muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.	Femicidio íntimo Femicidio no íntimo		Ámbito público.- quince (15) a veinte (20) años de prisión. Ámbito privado.- veinte (20) a veinticinco (25) años de prisión. En ambos casos si concurriera dos o más de las circunstancias se aplicará la pena máxima. Las penas establecidas se aumentarán en un TERCIO cuando concorra cualquier circunstancia del asesinato, hasta máximo de treinta años de prisión.
COSTA RICA	FEMINICIDIO <u>Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia</u>	(...) el hombre que, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer ya sea en el ámbito público o privado, (...)	Femicidio íntimo		Prisión de veinte (20) a treinta y cinco (35) años
VENEZUELA	FEMINICIDIO <u>Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia</u>	Cuando intencionalmente el cónyuge, ex cónyuge, concubino, ex concubino, persona con quien la víctima mantuvo vida marital, unión estable de hecho o relación de afectividad, con o sin convivencia, haya dado muerte a una mujer, (...)	Femicidio íntimo Femicidio no íntimo Femicidio por conexión		Femicidio íntimo : Veinticinco (25) a treinta (30) años de prisión Femicidio no íntimo: Quince (15) a veinte (20) años de prisión Femicidio por conexión: Veinticinco (25) a treinta (30) años de prisión.

LEGISLACIÓN QUE INCORPORA AL FEMICIDIO COMO DELITO DERIVADO EN SU CÓDIGO PENAL				
PAÍS	DENOMINACIÓN	ARTÍCULO	CONDUCTA TÍPICA	PENA
CHILE	FEMICIDIO	PARRICIDIO	<p>El que, conociendo las relaciones que los ligam, mate (...) a quien es o ha sido su cónyuge o conviviente, será castigado, como parricida (...).</p> <p>Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido el cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio.</p>	Presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado

LEGISLACIONES QUE INCLUYERON AL FEMINICIDIO/FEMICIDIO COMO AGRAVANTE DEL DELITO DE HOMICIDIO EN SU CÓDIGO PENAL			
PAÍS	ARTÍCULO	CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE	PENA
COLOMBIA	ART.104 CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN DE HOMICIDIO <u>CÓDIGO PENAL DE COLOMBIA</u>	11. Si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer	<p>Homicidio: Prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses.</p> <p>Con circunstancias de agravación. cuatrocientos (400) a seiscientos (600) meses de prisión</p>
ARGENTINA	ART.80 CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN DE HOMICIDIO <u>CÓDIGO PENAL DE ARGENTINA</u>	<p>1°. A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediere o no convivencia.</p> <p>4°. Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.</p>	<p>Homicidio: Prisión de ocho (8) a veinticinco (25) años</p> <p>Con circunstancias de agravación: reclusión perpetua o prisión perpetua</p>
BRASIL	ART. 121 HOMICIDIO SIMPLE Y DERIVADOS <u>CÓDIGO PENAL DE BRASIL</u>	<p>HOMICIDIO CALIFICADO Feminicidio Se define como el homicidio "contra la mujer por razones de condición de sexo femenino". Considera las razones de condición de sexo femenino cuando el crimen involucra:</p> <ol style="list-style-type: none"> I. la violencia doméstica y familiar; II. el menosprecio o discriminación a la condición de mujer. <p>Las penas por feminicidio aumenta en 1/3 (un tercio) hasta a 1/2 si el crimen fue perpetrado:</p> <ol style="list-style-type: none"> I. Durante el embarazo o en los 3 meses posteriores al parto; II. contra persona menor de 14 (catorce) años, mayor de 60 años o con deficiencia; III. en presencia de descendientes o ascendientes de la víctima. 	<p>Homicidio: reclusión de seis (6) a 20 (veinte) años</p> <p>Homicidio calificado: Reclusión de doce (12) a treinta (30) años.</p>

5.3. EL FEMICIDIO EN AMÉRICA LATINA

5.3.1. Países que incorporaron al feminicidio como un delito autónomo en su Código Penal o en una ley especial.

Empecemos por México, que sin duda es el de mayor complejidad dada la naturaleza federativa del país; sin embargo, nos centraremos en el plano federal, por lo que importa mencionar que su legislación penal sufrió varias modificaciones respecto al feminicidio, siendo la última el 07 de Marzo del 2013 en la que se reformó y modificó la primera incorporación del delito de Feminicidio en el Código Penal Federal²⁷⁶, ampliando el alcance de la ley más allá de mujeres que hayan sido torturadas, tratadas cruelmente o inhumano, a ellos que tengan o no una relación personal de la víctima; para ocultar la violación; y si la víctima se haya encontrado en estado de indefensión, tal como señala el artículo 325 del Código acotado.

CÓDIGO PENAL FEDERAL

Artículo 325. Comete el delito de feminicidio quien dolosamente prive de la vida a una o varias mujeres por razones de género. Se considera que existen razones de género cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo;
- II. A la víctima se hayan infligido lesiones, mutilaciones infamantes o degradantes, tortura o tratos crueles e inhumanos previos o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia;
- III. Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima;
- IV. Haya existido o no entre el activo y la víctima una relación ;
- V. Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima;
- VI. La víctima haya sido incomunicado cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida;
- VII. El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público;
- VIII. Para ocultar una violación; y
- IX. La víctima se haya encontrado en estado de indefensión.

A quien cometa el delito de feminicidio se impondrán de 40 a 60 años de prisión y de quinientos a mil días de multa. Además de las sanciones descritas en el presente artículo, el sujeto activo perderá todos los derechos con relación a la víctima, incluidos los de carácter sucesorio. En caso de que no se acredite el feminicidio, se aplicarán las reglas del homicidio.

²⁷⁶ DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO PENAL. Publicado en la página web: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_ref113_14jun12.pdf , consultado por última vez el 14 de Junio del 2015.

El artículo señala dentro del primer párrafo tanto el elemento subjetivo y objetivo del tipo penal tal como se aprecia: “(...) quien dolosamente prive la vida de una o varias mujeres por razones de género (...)”

Señala literalmente “por razones de género”, indicando se considera que existen razones de género cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias. Uno de los contextos es el

Literal I. Cuando la víctima presente signos de violación sexual de cualquier tipo; al respecto, la legislación mexicana indica que, cuando se cometa este delito y la víctima sea una mujer, tal como lo describe el tipo considera que en todos los casos es por razones de género, siendo el mismo caso del resto de circunstancias establecidas. Lo cual no debería ser así ya que puede llegar a vulnerar el principio de Culpabilidad atribuyendo motivaciones de otros sujetos, a personas que al momento de la comisión del delito no lo realicen bajo esa motivación.

No obstante si en el literal IV señala:

“IV) Haya existido o no entre el activo y la víctima una relación”, de ello se observa que no hace mención a qué tipo de relación es la que haya existido entre el sujeto activo y la víctima, siendo amplia esa circunstancia al no establecer el tipo de relación que debe entenderse de ello, ya que ésta puede ser: conyugal, extra-conyugal, convivencia declarada o no, de noviazgo, de amistad, de trabajo, etc., mostrándose así una falta de precisión del literal IV.

Respecto a la consecuencia jurídica, es sin lugar a dudas México una de las legislaciones que pune de manera grave la comisión del delito de feminicidio, aplicando 40 a 60 años de prisión y de quinientos a mil días de multa.

Como segunda legislación a analizar de acuerdo al cuadro elaborado es **Bolivia** y su “Ley Integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia N° 348” de fecha 09 de Marzo del 2013, ésta ley provee una definición de violencia y los tipos de violencia contra las mujeres existentes; no obstante, para materializar el objeto de la ley adopta políticas sectoriales en los ámbitos: educativo, salud, laboral, de la comunicación, de los medios de comunicación.

Observando el capítulo II de la mencionada ley resulta interesante el sentido de atención a mujeres en situación de violencia; en el marco de su competencia dispone crear casa de acogida y refugio temporal, un medio de prevención llamativo, sin dejar desprotegidas a las mujeres del área rural, creando las casas comunitaria de la mujer, otro medio a mostrar es la rehabilitación de los agresores, puntos importantes que la legislación mexicana no cuenta. El artículo 85 de la Ley 348²⁷⁷ incorpora el delito de Femicidio en el Código Penal.

CÓDIGO PENAL DE BOLIVIA

Artículo 252 bis. 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 sea 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 que se encuentre en una situación o relación de subordinación o dependencia respecto del autor, o tenga con éste 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 la 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.

²⁷⁷ LEY 348. Publicado en la página web:

<http://libressinviolencia.conexion.org.bo/publicaciones/serie/Legislacin-y-normativas-vigentes-en-relacin-a-violencia-hacia-las-mujeres/Ley-integral-para-garantizar-a-las-mujeres-una-vida-libre-de-violencia-N-348>, consultado por última vez el 14 de Junio del 2015.

Ahora bien, analizando el delito de feminicidio dado por la legislación Boliviana se observa que la descripción del tipo objetivo es más limitado al señalar “(...) **quien mate a una mujer (...)**”, a diferencia de México en el que expresamente indica : “(...) quien dolosamente prive la vida de una o varias mujeres por razones de género(...)”; no obstante, Bolivia indica sólo quien mate a una mujer, sin especificar si se trata por zanoes de género o por discriminación de género, basta con que la víctima sea mujer para que se configure el delito de feminicidio Boliviano, ésta legislación a diferencia de la mexicana agrava la pena en razón al sexo de la víctima.

Bolivia, a diferencia de México describe el tipo de relación que debe existir entre las partes. Respecto a la consecuencia jurídica, ésta no señala un extremo mínimo del presidio, tan sólo señala presidio de treinta (30) años sin derecho a indulto, lo cual consideramos errado si bien es cierto se puede presumir lo mínimo establecido en su Código penal, no existe un margen concreto de punición.

Como tercera legislación del grupo de se encuentra **República Dominicana** a través de su “Ley 550”²⁷⁸ de fecha 26 de Diciembre del 2014, quien es sin duda el país que no cuenta con una ley transversal que reconozca derechos y defina la violencia y tipos de violencia ejercidos contra la mujer, la primera opción en ésta legislación fue la reforma del Código penal con la inclusión de la figura del feminicidio.

CÓDIGO PENAL DE REPÚBLICA DOMINICANA

Artículo 100. Feminicidio. Quien, en el marco de tener, haber tenido o pretender tener una relación de pareja, mate dolosamente a una mujer comete feminicidio. El feminicidio será sancionado con treinta a cuarenta años de prisión mayor.

²⁷⁸ LEY 550. Publicada en la página web: <https://voces.intec.edu.do/wp-content/uploads/2014/10/251865974-Ley-No-550-14-Que-establece-el-Codigo-Penal-de-La-Republica-Dominicana.pdf>, consultado por última vez el 16 de Junio del 2015

Esta incorporación deviene en restringida puesto que la conducta típica prohibida es **“Quien, en el marco de tener, haber tenido o pretender tener una relación de pareja, mate dolosamente a una mujer comete feminicidio (...), restringiendo todo su ámbito de prohibición a ese sentido sin especificar algún tipo de circunstancia a realizarse, cosa distinta a las anteriores legislaciones, República Dominicana tan sólo abarca a un feminicidio íntimo restringido.**

En relación a la consecuencia jurídica esta es 30 a 40 años de prisión mayor, pena incrementada en más del doble de la mínima pena del delito de Homicidio simple dada por esa legislación, considerando evidentemente muy grave el que una persona en el marco de tener, haber tenido o pretender tener una relación de pareja, mate dolosamente a una mujer, sin fundar mayor alcance al respecto.

La siguiente legislación correspondiente al orden del cuadro gráfico es **Panamá** y su “Ley 82” de fecha 24 de Octubre del 2013, que tiene por objeto garantizar el derecho de las mujeres de cualquier edad a una vida libre de violencia, proteger los derechos de las mujeres víctimas de violencia en un contexto de relaciones desiguales de poder, así como prevenir y sancionar todas las formas de violencia en contra de las mujeres, en cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado²⁷⁹. No obstante el artículo 41 de la mencionada ley reforma el Código Penal e incorpora a través del artículo 132-A al feminicidio como delito.

²⁷⁹ LEY 82. Publicada en la página web:

http://www.cepal.org/oig/doc/LeyesViolencia/PAN/2013_PAN_Ley82.pdf , consultado por última vez el 17 de Junio del 2015.

CÓDIGO PENAL DE PANAMÁ

Artículo 132-A. Quien cause la muerte a una mujer, en cualquiera de las siguientes circunstancias, será sancionado con pena de veinticinco hasta treinta años de prisión:

1. Cuando exista una relación de pareja o hubiere intentado infructuosamente establecer o restablecer una relación de esta naturaleza o de intimidad afectiva o existan vínculos de parentesco con la víctima.
2. Cuando exista relación de confianza con la víctima o de carácter laboral, docente o cualquiera que implique subordinación o superioridad.
3. Cuando el hecho se comete en presencia de los hijos o hijas de la víctima.
4. Cuando el autor se hubiere aprovechado de cualquier condición de riesgo o vulnerabilidad física o psíquica de la víctima.
5. Como resultado de ritos grupales o por venganza.
6. Por el menosprecio o abuso del cuerpo de la víctima, para satisfacción de instintos sexuales o la comisión de actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación.
7. Cuando el cuerpo de la víctima sea expuesto, depositado o arrojado en un lugar público o privado o cuando la misma haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo, previo a su fallecimiento.
8. Para encubrir una violación.
9. Cuando la víctima se encuentre en estado de gravidez.
10. Por cualquier móvil generado por razón de su condición de mujer o en un contexto de relaciones desiguales de poder.

Analizando la conducta típica ésta menciona: **Quien cause la muerte a una mujer (...)** muy similar a la legislación Boliviana que indica “(...) quien mate a una mujer (...)”; asimismo, ésta realiza un listado de las circunstancias en las que se debe realizar la conducta típica.

El numeral 10 del listado de circunstancias llama la atención al señalar: “por cualquier móvil generado por razón de su condición de mujer o en un contexto de relaciones desiguales de poder”²⁸⁰, puesto que es la primera legislación del cuadro gráfico que hace mención a la condición de mujer como circunstancia del tipo penal del Femicidio.

Respecto a la consecuencia jurídica la pena es de 25 hasta 30 años de prisión, teniendo en cuenta las legislaciones evaluadas de acuerdo al cuadro gráfico es el primer país en especificar como extremo mínimo la pena 25 años, puesto que las anteriores superan los 30 años exceptuando la legislación Boliviana que no señala el extremo mínimo de presidio.

²⁸⁰ *Ibidem*.

Siguiendo con el análisis de las legislaciones el siguiente país es **Honduras** y su decreto N° 23-2013 de fecha 06 de Abril del 2013, que adiciona al Código Penal el art. 118-A Femicidio²⁸¹.

CÓDIGO PENAL DE HONDURAS

ARTÍCULO 118-A: Incurrir en el delito de femicidio, el o los hombres que den muerte a una mujer por razones de género, con odio y desprecio por su condición de mujer y se castigará con una pena de treinta (30) a cuarenta (40) años de reclusión, cuando concurran una o varias de las circunstancias siguientes:

- 1) Cuando el sujeto activo del delito mantenga o haya mantenido con la víctima una relación de pareja, ya sea matrimonial, de hecho, unión libre o cualquier otra relación afín en la que medie, haya mediado o no cohabitación, incluyendo aquellas en las que se sostiene o se haya sostenido una relación sentimental;
- 2) Cuando el delito este precedido de actos de violencia doméstica o intrafamiliar, exista o no antecedente de denuncia;
- 3) Cuando el delito este precedido de una situación de violencia sexual, acoso, hostigamiento o persecución de cualquier naturaleza; y,

La descripción del tipo penal a diferencia de las legislaciones evaluadas, señala (...) **el o los hombres que den muerte a una mujer por razones de género, con odio y desprecio por su condición de mujer**(...) en este caso observamos a un sujeto activo y pasivo determinados, el hombre o los hombres y la mujer, cosa distinta a las anteriores legislaciones que cuentan con un sujeto activo indeterminado, así también esta conducta, señala el móvil de la conducta a realizarse por razones de género, con odio y desprecio por su condición de mujer.

Esta legislación es más descriptiva en comparación a las anteriores legislaciones, como se vio en la legislación Mexicana ésta señala el móvil por razones de género y en la legislación de Panamá que incluyen como circunstancia de la muerte de la mujer la condición de tal; sin embargo, es la legislación de Honduras la que engloba tanto la razón de género, y agrega el odio y desprecio a la condición de mujer; al respecto, consideramos

²⁸¹ DECRETO 23-2013. Publicado en la página web: <http://www.sdhjgd.gob.hn/biblioteca-virtual/marco-legal/sistema-nacional> , consultado por última vez el 19 de Junio del 2015.

que la inclusión de tres elementos subjetivos en la descripción del tipo, amplía la figura a un nivel de presunción debido a que la prueba de los esos elementos en la mayoría de casos resulta complicado; asimismo, no siempre se encuentra presente tal elemento en el agente.

Así también, consideramos que la determinación del sujeto activo hombre, como único agente que puede cometer el delito, mostraría la aplicación de un derecho penal de autor, en el que agravaría la pena en razón a la pertenencia del sujeto al sexo masculino, lo cual resultaría inaceptable frente a un Derecho penal de acto.

En relación a las circunstancias en las que el hombre debe dar muerte a la mujer por razón de género, con odio y desprecio por su condición de mujer, se encuentra sin duda a un tipo de femicidio íntimo buscando ubicar circunstancias referidas a la relación de pareja, matrimonial unión de hecho, unión libre, a violencia intrafamiliar, no habiendo circunstancias en situaciones laborales, de estudio, a diferencia de las legislaciones anteriores.

En relación a la consecuencia jurídica la pena es igual a la de República dominicana de 30 a 40 años de reclusión.

Como último país a analizar de acuerdo al cuadro gráfico de los países que incorporan al Femicidio/femicidio en el Código Penal; encontramos a **Ecuador** y la modificación que incluye al femicidio con fecha 10 de Febrero del 2014²⁸².

²⁸² MODIFICA CÓDIGO PENAL. Publicado en la página web: http://www.la-razon.com/mundo/Legislativo-Ecuador-Codigo-Integral-Penal_0_1963003760.html, consultado por última vez el 20 de Junio del 2015.

CÓDIGO PENAL DE ECUADOR

Artículo 141.- Femicidio.- 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 femicidio.-

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.

Ecuador describe la conducta típica **“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 (...)**

De manera similar a la legislación de Honduras, Ecuador señala el móvil de la conducta por el hecho de ser mujer o por su condición de género, lo que llama la atención de la descripción de la conducta es (...) como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia (...), consideramos clara la descripción del tipo penal de Ecuador.

Así también Ecuador es el primer país que incluye circunstancias agravantes del femicidio; sin embargo, la división que realiza Ecuador es peculiar puesto que las agravantes que considera son encontradas como circunstancias de tipicidad en las legislaciones anteriores tales como: 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.

Respecto a la consecuencia jurídica, cuando se comete femicidio la pena será 22 a 26 años pena inferior a las demás legislaciones que sancionan el Femicidio; no obstante, cuando concurren las circunstancias agravantes se impondrá el máximo de la pena anterior es decir 26 años, sin lugar a dudas dentro del máximo de penas evaluadas es el país que sanciona con una máxima pena baja en relación a las demás legislaciones.

5.3.1.1. El femicidio como delito autónomo en una ley especial.

Comenzaremos por **El salvador** y la “Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las mujeres” de fecha 04 de Enero del 2011, la ley en mención tipifica el delito de Femicidio y el Femicidio agravado²⁸³.

LEY ESPECIAL INTEGRAL PARA UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA PARA LAS MUJERES N° 520

Artículo 45.- Femicidio Quien le causare la muerte a una mujer mediando motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer, será sancionado con pena de prisión de veinte a treinta y cinco 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 le 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 o psíquica en que se encontraba la mujer víctima.
- c) Que el autor se hubiere aprovechado de la superioridad que le generaban las relaciones desiguales de poder basadas en el género.
- d) Que previo a la muerte de la mujer el autor hubiere cometido contra ella cualquier conducta calificada como delito contra la libertad sexual.
- e) Muerte precedida por causa de mutilación.

Artículo 46.- Femicidio Agravado El delito de femicidio será sancionado con pena de treinta a cincuenta años de prisión, en los siguientes casos:

- a) Si fuere realizado por funcionario o empleado público o municipal, autoridad pública o agente de autoridad.
- b) Si fuere realizado por dos o más personas.
- c) Si fuere cometido frente a cualquier familiar de la víctima.
- d) Cuando la víctima sea menor de dieciocho años de edad, adulta mayor o sufre discapacidad física o mental.
- e) Si el autor se prevaleciere de la superioridad originada por relaciones de confianza, amistad, doméstica, educativa o de trabajo.

Dentro del análisis del tipo penal se desprende: **Quien le causare la muerte a una mujer mediando motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer,(...)**; sin embargo, se observa del cuadro anterior que Honduras al momento de describir la conducta típica

²⁸³ LEY ESPECIAL INTEGRAL PARA UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA PARA LAS MUJERES N° 520. Publicado en la página web:
http://www.pgr.gob.sv/genero/descargas/ley%20especial%20integral%20para%20una%20vida%20libre%20de%20violencia%20para%20las%20mujeres_web.pdf, consultado el 25 de Junio del 2015.

también señala el móvil de odio o menosprecio por su condición de tal, no obstante El Salvador indica que se considera que existe odio o menosprecios en diversas circunstancias, cosa distinta a lo que indica Honduras, ya que ésta indica la conducta en las siguientes circunstancias (...); mientras que, en El salvador indica en otras palabras que se materializará el odio y menosprecio a la condición de mujer cuando concurra cualquiera de las circunstancias señaladas en el cuadro.

Es evidente que la legislación de El Salvador no considera dentro de la materialización del odio y menosprecio a la condición de mujer, una circunstancia de relación de pareja ya se (matrimonial, convivencia, unión de hecho u otra relación ligada a la relación de pareja).

Hace hincapié en las relaciones de desigualdad, sin especificar que se dé en una circunstancia de relación de pareja, cosa distinta es la que se observa en las demás legislaciones analizadas ya que todas hacen mención a la circunstancia alegada, exceptuando a México que no especifica a qué tipo de relación hace mención.

No obstante la creación del delito de Femicidio, se observa a un Femicidio Agravado, al señalar que esa materialización del odio o menosprecio a la condición de mujer, debe manifestarse en los casos específicos cosa distinta a las legislaciones anteriormente analizadas.

Ahora bien, respecto a la consecuencia jurídica, es sin duda menor que la legislación de Ecuador que también tiene un Femicidio agravado, con pena de femicidio simple mínima 22 y máxima 26, respecto a El Salvador el extremo mínimo del delito de Femicidio simple es de 20 años y máximo 35 años, teniendo como pena máxima una superior a la dada por Ecuador.

Respecto al Femicidio Agravado, El Salvador considera más grave las circunstancias mencionadas, incrementando la pena en un extremo mínimo de 30 y máximo de 50 años, cosa distinta a Ecuador que indica que el Femicidio agravado se sancionará con 26 años de prisión.

Como siguiente legislación del cuadro a analizar encontramos a **Guatemala** y su Decreto Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer N°22-2008, del 07 de Mayo del 2008 que se emitió, la cual tiene por objeto garantizar la vida, la libertad, la integridad, la dignidad, la protección y la igualdad de todas las mujeres ante la ley, particularmente cuando por condición de género, en las relaciones de poder o confianza en el ámbito público o privado, quien agrede, cometa en contra de ellas prácticas discriminatorias, de violencia física, psicológica, económica o de menosprecio a sus derechos. El fin es promover e implementar disposiciones orientadas a erradicar la violencia física, psicológica, sexual o económica y cualquier tipo de coacción contra las mujeres, es así que tipifica la figura del Femicidio²⁸⁴.

²⁸⁴ DECRETO LEY 22-2008. Publicado en la página web:

http://www.oas.org/dil/esp/Ley_contra_el_Femicidio_y_otras_Formas_de_Violencia_Contra_la_Mujer_Guatemala.pdf, consultado por última vez el 27 de Junio del 2015.

LEY CONTRA EL FEMICIDIO Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

Artículo 6.- Femicidio, comete el delito de femicidio quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer, por su condición de mujer, valiéndose de cualquiera de las 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 perpetra 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 las hijas o hijos de la víctima.
- h) Concurriendo cualquiera de las circunstancias de calificación contemplados en el artículo 132 del Código Penal.

La persona responsable de este delito será sancionada con pena de prisión de veinticinco a cincuenta años, y no podrá concedérsele la reducción de la pena por ningún motivo. Las personas procesadas por la comisión de este delito no podrán gozar de ninguna medida sustitutiva.

Al abarcar el análisis del tipo penal de Guatemala, es menester mencionar a la legislación de **Nicaragua**, de fecha 22 de Febrero del 2012, a través de su Ley N° 779, Ley Integral contra la violencia hacia las mujeres y de reformas a la Ley N° 641 - Código Penal, la cual tiene por objeto actuar contra la violencia que se ejerce hacia las mujeres, con el propósito de proteger los derechos humanos de las mujeres y garantizarles una vida libre de violencia, que favorezca su desarrollo y bienestar conforme a los principios de igualdad y no discriminación; establecer medidas de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia y prestar asistencia a las mujeres víctimas de violencia, impulsando cambios en los patrones socioculturales y patriarcales que sostienen las relaciones de poder²⁸⁵.

²⁸⁵ LEY 779. Publicado en la página web: <http://faolex.fao.org/docs/pdf/nic138659.pdf>, consultado por última vez el 2 de Julio del 2015.

No obstante ello, cabe indicar que la legislación de Nicaragua es casi reproducción exacta de la legislación de Guatemala a excepción de algunos detalles, que se verá a continuación.

LEY INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA HACIA LAS MUJERES N° 779

Artículo 9.- Femicidio, comete el delito de femicidio el hombre que, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer ya sea en el ámbito o privado, en 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, relación laboral, educativa o tutela;
- c) Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima;
- d) Como resultado de ritos grupales, de pandillas, usando o no armas de cualquier tipo;
- e) Por el menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o la comisión de actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación;
- f) Por misoginia;
- g) Cuando el hecho se cometa en presencia de las hijas o hijos de la víctima;
- h) Cuando concurra cualquiera de las circunstancias de calificación contempladas en el delito de asesinato en el Código Penal

Cuando el hecho se diera en el ámbito público la pena será de quince a veinte años de prisión. Si curre en el ámbito privado la pena será de veinte a veinticinco años de prisión. En ambos casos si concurriera dos o más de las circunstancias mencionadas en los incisos anteriores se aplicará la pena máxima.

Las penas establecidas en el numeral anterior serán aumentadas en un tercio cuando concurra cualquiera de las circunstancias del asesinato hasta un máximo de treinta años de prisión.

Respecto a la conducta descrita:

Guatemala.-

“Quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer, por su condición de mujer (...)”

Nicaragua.-

“**El hombre** que, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer **ya sea en el ámbito o privado** (...)”

Se observa que Guatemala tiene un sujeto activo indeterminado; mientras que, Nicaragua determina al sujeto activo, respecto a la conducta descrita se visibiliza que ésta es muy similar, modificándose la primera y última parte en la descripción de Nicaragua ya que ésta

determina al sujeto activo y agrega en el ámbito público; por su lado, Guatemala indica por su condición de mujer.

Respecto a las circunstancias, se desprende que ambas legislaciones muestran una gran similitud, tal como se verá a continuación.-

Guatemala.-

- 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 perpetra 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 las hijas o hijos de la víctima.
- h) Concurriendo cualquiera de las circunstancias de calificación contemplados en el artículo 132 del Código Penal.

Nicaragua.-

- 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, relación laboral, **educativa o tutela;**
- c) Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima;
- d) Como resultado de ritos grupales, **de pandillas**, usando o no armas de cualquier tipo;
- e) **Por el** menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, **o la comisión de** actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de **mutilación;**
- f) Por misoginia;
- g) Cuando el hecho se cometa en presencia de las hijas o hijos de la víctima;
- h) Cuando concurra cualquiera de las circunstancias de calificación contempladas en el **delito de asesinato en el Código Penal**

En relación a la consecuencia jurídica de la legislación de Guatemala ésta impone prisión de 25 a 50 años.

Respecto a la consecuencia jurídica de Nicaragua, ésta es dividida, ya que si el delito es cometido en el ámbito público la pena será de 15 a 25 años de prisión, si se diese en el ámbito privado será 20 a 25 años, llama mucho la atención que Nicaragua varía 5 años de prisión

dependiendo al ámbito de consumación del delito, consecuencia jurídica por primera vez vista en el desarrollo de las legislaciones analizadas.

Desprendiéndose que en ambas legislaciones la descripción de la conducta y circunstancias son muy similares se observa que la consecuencia jurídica es diferente, puesto que Guatemala tiene un extremo mínimo y máximo mayor a la de Nicaragua, pasando a ser la segunda más alta de todas las legislaciones evaluadas después de México que impone como extremo máximo 60 años.

Ahora bien **Costa Rica** y su “Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres” de fecha 30 de Mayo del 2007, que se diferencia claramente de los anteriores porque, aun cuando mantiene el tratamiento penal, integra el femicidio dentro de una Ley específica que al menos trata no sólo el femicidio sino también la violencia contra las mujeres, o mejor dicho un tipo concreto, la violencia por la pareja o ex pareja²⁸⁶.

LEY DE PENALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES N° 8589

ARTÍCULO 21.- Femicidio Se le impondrá pena de prisión de veinte a treinta y cinco años a quien dé muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.

Respecto al análisis del tipo penal del Femicidio, es menester indicar que al igual que la legislación de Republica Dominicana, Costa Rica muestra una descripción bastante pobre, sin señalar en qué circunstancias sucedería la conducta descrita, cosa distinta a las legislaciones evaluadas que mencionan inclusive circunstancias agravantes.

La descripción de conducta dada por Costa Rica es la siguiente “**(...)a quien dé muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho**

²⁸⁶ LEY DE PENALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES. Publicado en la página web: http://www.femicidio.net/sites/default/files/costa_rica.pdf , consultado por última vez el 2 de Julio del 2015.

declarada o no”, dejando cerrada la posibilidad de noviazgo, enamoramiento o cualquier clase de relación de pareja, manteniendo restringida y pobre la descripción, Respecto a la consecuencia jurídica tiene como pena de prisión de 20 a 35 años, pena igual a la pena impuesta por El Salvador; sin embargo, es ésta última que se encuentra más amplia e interesante comparada con la de Costa Rica.

Como último país del cuadro se encuentra **Venezuela** y su Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia de fecha 16 de Marzo del 2007²⁸⁷.

LEY ORGÁNICA SOBRE EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA

Artículo 57. Femicidio Cuando intencionalmente el cónyuge, ex cónyuge, concubino, ex concubino, persona con quien la víctima mantuvo vida marital, unión estable de hecho o relación de afectividad, con o sin convivencia, haya dado muerte a una mujer, la pena a imponer será de veinticinco a treinta años de prisión.

Incurrir en femicidio no íntimo, aquel hombre que intencionalmente le haya dado muerte a la mujer, aprovechándose de una relación laboral, académica, profesional o cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad, en menosprecio del cuerpo de la víctima para la satisfacción de instintos sexuales; la pena a imponer será que quince a veinte años de prisión.

Incurrir en femicidio por conexión, aquel hombre que intencionalmente haya dado muerte a alguna mujer por estar ésta involucrada en el contexto como la trata, en las asociaciones delictivas, o, redes internacionales de industrias ilícitas, siendo sancionado con la pena de veinticinco a treinta años de prisión.

El tipo penal de Femicidio es bastante clara y específica, ya que es la primera de todas las legislaciones evaluadas que diferencia en tres párrafos los tipos de femicidio; íntimo, no íntimo, por conexión, dando una descripción subjetiva y objetiva de la conducta en cada apartado, del mismo modo, consigna penas distintas, según el tipo de femicidio cometido, siendo los más graves de acuerdo a esta legislación cuando se cometa femicidio íntimo y femicidio por conexión ya que ambos casos señala de 25 a 30 años de prisión; mientras que,

²⁸⁷ LEY ORGÁNICA SOBRE EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA. Publicado en la página web: http://venezuela.unfpa.org/documentos/Ley_mujer.pdf , consultado por última vez el 4 de Julio del 2015.

cuando concurra el femicidio no íntimo la pena será de 15 a 20 años, considerando los legisladores de Venezuela la gravedad en el femicidio íntimo y por conexión.

5.3.2. Países que incorporaron al femicidio como forma del delito de parricidio.

Chile es actualmente el único país de las legislaciones de América Latina que incorpora al Femicidio como forma del Parricidio, anteriormente nuestra legislación peruana era parte de este grupo; sin embargo, fue hasta el 2013 que reformo el Código Penal para incorporarlo como un delito autónomo. Tras la pequeña reseña encontramos a Chile junto a la “Ley 20.480 que modifica el Código Penal y la Ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar, estableciendo el femicidio, aumentando las penas aplicables a este delito y reformando las normas sobre parricidio”. En ella, todavía de manera muy pobre, pero algo avanzado, se tipifica el femicidio impactando no sólo en el Código penal sino también en otras normas de naturaleza penal. Reforma las normas sobre parricidio inserto en el artículo 390 del Código Penal Chileno²⁸⁸.

CÓDIGO PENAL DE CHILE

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

Reemplaza la expresión "**a su cónyuge o conviviente**" por la siguiente: "**a quién es o ha sido su cónyuge o su conviviente**", así como la incorporación del segundo párrafo "**Si la víctima**

²⁸⁸ LEY 20.480. Publicado en la página web: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1021343&r=2> , consultado por última vez el 5 de Julio el 2015.

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 femicidio.”

Respecto a la consecuencia jurídica, la pena de femicidio, será la que se establece para el parricidio, pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado, no señalando literalmente cual es la pena a imponerse, teniéndose que recurrir a la pena de perpetuo calificado.

5.3.3. Países que incorporaron como agravante de homicidio la muerte de una mujer.

Tras el análisis de las legislaciones que tipificaron la figura del femicidio/Feminicidio, ya sea en el Código Penal o en una ley especial, es importante analizar otra forma de sancionar la muerte de una mujer sin la inclusión de un tipo específico, siguiendo con los tres países restantes (Colombia, Argentina y Brasil) países en América Latina que incluyeron esta forma dentro de su Código penal.

Empezare con la legislación de **Colombia** y su Ley 1257 de fecha 04 de Diciembre del 2008, Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforma el código penal, de procedimientos penales, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones, la ley en mención, reforma el Código Penal Colombiano incluyendo dos circunstancias agravantes al delito de Homicidio²⁸⁹.

²⁸⁹ LEY 1257. Publicado en la página web: http://www.oas.org/dil/esp/LEY_1257_DE_2008_Colombia.pdf , consultado por última vez el 07 de Julio el 2015.

CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

Artículo 103. Homicidio. El que matare a otro, incurrirá en prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses.

Artículo 104. Circunstancias de agravación. La pena será de cuatrocientos (400) a seiscientos (600) meses de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere:

1. En los cónyuges o compañeros permanentes; en el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar, en los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; y en todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica.
2. Para preparar, facilitar o consumir otra conducta punible; para ocultarla, asegurar su producto o la impunidad, para sí o para los copartícipes.
3. Por medio de cualquiera de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo I del Título XIII, del libro segundo de este código.
4. Por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil.
5. Valiéndose de la actividad de inimputable.
6. Con sevicia.
7. Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación.
8. Con fines terroristas o en desarrollo de actividades terroristas.
9. En persona internacionalmente protegida diferente a las contempladas en el Título II de éste Libro y agentes diplomáticos, de conformidad con los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia.
10. Si se comete en persona que sea o haya sido servidor público, periodista, juez de paz, Defensor de Derechos Humanos, miembro de una organización sindical legalmente reconocida, político o religioso en razón de ello.
11. **Si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer**

Esta legislación optó por incluir como primera circunstancia agravante:

1. En los cónyuges o compañeros permanentes; en el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar, en los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; y en todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica.

Esta nueva circunstancia indica como primera parte; en los cónyuges o compañeros permanentes (...) dejando de lado a los convivientes, o a las personas que tienen una relación análoga a esta. Respecto a la circunstancia numero 11: Si se cometiera contra una mujer por el hecho de ser mujer.

Ello indica que la persona que mate a una mujer por el hecho de ser mujer comete el delito de Homicidio con la circunstancia agravada, teniendo como pena de 30 años 50 años.

Respecto a la legislación **Argentina** ésta emitió la Ley 26791²⁹⁰ de fecha 14 de Diciembre del 2012.

CÓDIGO PENAL ARGENTINO

ARTICULO 79. - Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena.

ARTICULO 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, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia.

2° Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso.

3° Por precio o promesa remuneratoria.

4° Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.

5° Por un medio idóneo para crear un peligro común.

6° Con el concurso premeditado de dos o más personas.

7° Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

8° A un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición. (Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.601 B.O.11/6/2002)

9° Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

10 A su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas. (Inciso incorporado por art. 2° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación) Cuando en el caso del inciso primero de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años.

Argentina incluyó de manera más específica la circunstancia agravada en 2 incisos:

1° A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia.

Dentro del análisis de circunstancias agravadas, la que sin duda es más específica, es la legislación Argentina puesto que señala una circunstancia que se aplica a la realidad concreta y materializa el verdadero espíritu de sancionar con mayor gravedad la conducta de matar a

²⁹⁰ LEY 26791. Publicado en la página web: <http://orgeira.com.ar/site/articulos-publicados/428-femicidio-violencia-de-genero-aplicacion-de-la-ley-26791-en-el-caso-del-portero-mangieri.html> , consultado por última vez el 9 de Julio del 2015.

(...) **cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia.** Sin determinar al sujeto activo ni pasivo, muy buena decisión del legislador, no obstante añadió otro inciso el cuarto al indicar:

4°. Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.

Respecto a la consecuencia jurídica esta deviene en reclusión perpetua o prisión perpetua, en relación a éste ítem en consideración de la tesis sería recomendado fijar el límite mínimo y máximo de la pena.

Como ultima legislación se tiene a la legislación de **Brasil** que es la más reciente de todas las legislaciones evaluadas al incorporar alguna forma de sancionar de la muerte de la mujer, su incorporación se dio el 9 de Marzo del 2015²⁹¹.

CÓDIGO PENAL DE BRASIL

Homicidio simple

Art. 121. - Matar a alguien:

Pena - reclusión de seis (6) a 20 (veinte) años.

Caso de una reducción de la pena

1 - Si el autor comete el crimen impulsado por razón del valor social o moral relevante, o bajo la emoción abrumadora, entonces inmediatamente la provocación injusta por la víctima, juez podrá reducir la pena en un sexto a un tercio.

Homicidio calificado

Pena - reclusión de doce (12) a treinta (30) años.

2 - Si el asesinato se cometió:

I - mediante el pago o promesa de recompensa, u otro motivo indigno;

II - por razones fútiles;

III - con el uso de veneno, fuego, explosivos, asfixiante, la tortura u otros medios insidiosos o cruel, o que puede resultar en peligro común;

IV - alevosamente, por emboscada o del ocultamiento u otra característica que hace que sea difícil o se opone a la defensa de la víctima;

V - para asegurar el rendimiento, el disimulo, la impunidad o ventaja de otro delito:

Femicidio

Se define como el homicidio "contra la mujer por razones de condición de sexo femenino". Considera las razones de condición de sexo femenino cuando el crimen involucra:

I. la violencia doméstica y familiar;

II. el menosprecio o discriminación a la condición de mujer.

Las penas por femicidio aumenta en 1/3 (un tercio) hasta a 1/2 si el crimen fue perpetrado:

I. Durante el embarazo o en los 3 meses posteriores al parto;

II. II - contra persona menor de 14 (catorce) años, mayor de 60 años o con deficiencia;

III. III - en presencia de descendientes o ascendientes de la víctima.

²⁹¹ Publicado en la página web: <http://www.unwomen.org/es/news/stories/2015/3/in-brazil-new-law-on-femicide-to-offer-greater-protection>, consultado por última vez el 15 de Julio del 2015.

El tipo penal de la figura de Femicidio que define Brasil es la siguiente: "**contra la mujer por razones de condición de sexo femenino**", situación similar a la legislación colombiana que indica en su numeral 11 (si se cometiera contra una mujer por el hecho de ser mujer.) Distinta forma de expresar pero con el mismo espíritu contextual.

Así también, Brasil muestra dos consideraciones para que se dé el agravante de femicidio:

1) La violencia doméstica y familiar; 2) El menosprecio o discriminación a la condición de mujer.

Asimismo dentro del mismo agravante incluye circunstancias agravantes, cosa distinta de las demás legislaciones analizadas.

Las penas por Femicidio aumenta en $\frac{1}{3}$ (un tercio) hasta a $\frac{1}{2}$ si el crimen fue perpetrado:

1) Durante el embarazo o en los 3 meses posteriores al parto; 2) - contra persona menor de 14 (catorce) años, mayor de 60 años o con deficiencia; 3) En presencia de descendientes o ascendientes de la víctima.

La consecuencia jurídica dada por Brasil es: Femicidio simple será penado con reclusión de doce (12) a treinta (30) años, y si se comete Femicidio agravado la pena se aumenta en $\frac{1}{3}$ (un tercio) hasta a $\frac{1}{2}$ si el crimen fue perpetrado.

CONCLUSIONES, SUGERENCIAS Y PROPUESTA

CONCLUSIONES

1. A lo largo de la investigación se ha elaborado una argumentación que intenta responder a la pregunta, si existe vulneración a los principios de Culpabilidad e Intervención Mínima en el delito de feminicidio tipificado en el artículo 108-B del Código Penal vigente. Al respecto concluimos que, es una figura delictiva que si vulnera los principios en mención, quebranta los límites del poder estatal, afectando las garantías del ciudadano y rompiendo el Estado social y democrático de Derecho.
2. Ahora bien, respecto a la interrogante específica, si la existencia de una motivación en el tipo penal del delito de feminicidio, genera riesgo de presunción al momento de la aplicación y por tanto una vulneración al principio de Culpabilidad. Concluimos que la presencia de la motivación genera alto riesgo de presunción, la misma que tomó forma en la sentencia ejemplificada, presumiéndose la vulnerabilidad de la mujer y el motivo discriminatorio del sujeto activo, afectando así el sub-principio de personalidad de las penas, así como la esencia del principio de culpabilidad, atributo que es incompatible en un Estado democrático de derecho respetuoso de la dignidad humana, lo cual es fundamento del principio de Culpabilidad. Por lo que queda comprobada la primera hipótesis específica de la investigación.
3. Respecto a la segunda interrogante específica, si la inclusión del delito de feminicidio vulnera el principio de Intervención Mínima. Concluimos que el delito de feminicidio, fue incluido sin respetar los límites para la creación de delitos; esto es, la intervención subsidiaria del derecho penal, la última ratio, analizando el principio en mención ésta indica, que antes de recurrir al Derecho penal se debe agotar las vías previas que cuenta el Estado, empezando por la socio-política y continuando con la jurídica, en el presente caso se ha aprobado un plan nacional de violencia contra la

mujer, el cual es una política pública; sin embargo, estando en vigencia la ejecución de la misma, y no habiendo concluida y no comprobado su eficacia, se optó por regular el delito de feminicidio, incumpliendo con la subsidiariedad; esto es, no agotando las vías previas que se requiere antes de recurrir al Derecho penal, lo que choca directamente con la última ratio, así también éste principio señala la necesidad de creación de delitos; al respecto, evaluamos si este tipo de crimen es sancionado por el Código Penal, con lo que comprobamos que si es sancionado por el mismo, ya que se cuenta con los instrumentos para hacer frente a este delito. Lo que resulta incompatible con el Estado social de derecho que indica sólo en cuanto su empleo aparezca como imprescindible para alcanzar dicho efecto. Por lo que la inclusión del delito de feminicidio vulnera la subsidiariedad del principio de Intervención Mínima del Estado, quedando comprobada la segunda hipótesis de la investigación.

4. La existencia del delito de feminicidio tipificado en el artículo 108-B del Código Penal, no solo vulnera los principios de Culpabilidad e Intervención Mínima, así también vulnera derechos constitucionales consagrados en la carta magna, tales como la dignidad humana y la igualdad.

SUGERENCIAS Y PROPUESTA

1. Se sugiere a los legisladores, observar rigurosamente los límites de la potestad punitiva, previo a hacer uso de la facultad estatal de crear delitos e imponer penas; ya que, la exclusión de tales límites produce arbitrariedad y exceso por parte de quienes la ejercen; sugerencia indispensable para garantizar la vigencia del Estado de Derecho y el respeto a los derechos fundamentales del ciudadano.
2. Se sugiere realizar una investigación que incluya el análisis de sentencias del delito de feminicidio en el Perú, cuyo fin sea revelar la cantidad de casos en los que se haya dado la presunción de motivación de discriminación de género en el sujeto activo, sugerencia que podría mostrar la inconstitucionalidad de la norma al vulnerarse la dignidad humana del procesado.
3. Se sugiere promover políticas públicas sociales de carácter preventivo, a nivel educativo (en escuelas, colegios y universidades), cultural (campañas, conversatorios, charlas, etc.) y demás políticas públicas que aborden el tema de la violencia contra la mujer tanto a nivel privado como público; pese a ello, se sugiere aprovechar la influencia de los medios de comunicación para mostrar spots publicitarios de igualdad género, los cuales tengan por objetivo cambiar los roles y estereotipos de que actualmente se mantienen.
4. Se sugiere una mayor capacitación a los operadores jurídicos, en aras de aplicar de manera correcta las figuras delictivas que tutelan la vida, así como las agravantes genéricas de la parte general, debido a que se cuenta con los instrumentos para hacer frente al homicidio de una mujer por razones de género; sin embargo, una capacitación en temas de género, ayudaría de manera significativa a ubicar los artículos a utilizarse y así determinar la pena concreta en cada caso.

5. Se propone la derogación del artículo 108-B del Código penal vigente que tipifica el delito de feminicidio, en base a los argumentos expuestos en la presente investigación; asimismo, sugerimos una investigación a fondo de la propuesta planteada.



PROYECTO DE LEY QUE DEROGA EL DELITO DE FEMINICIDIO

TIPIFICADO EN EL ARTÍCULO 108-B DEL CÓDIGO PENAL

Artículo 1°.- Objeto de la ley

La presente Ley tiene por objeto derogar el delito de Femicidio por contravenir los principios de Culpabilidad e intervención mínima.

Artículo 2°.- De la derogatoria

Derogase el artículo 108-B del Código Penal que tipifica el delito de Femicidio.

En Lima, día, mes y año.

Exposición de motivos

Análisis costo-beneficio

La aprobación de la presente ley permitirá expulsar del ordenamiento jurídico penal, una norma que vulnera los lineamientos que se debió tener en cuenta al momento de incluir y aplicar el delito de femicidio, ya que la existencia del mismo vulnera derechos fundamentales y quebranta el Estado social y democrático de derecho.

Efecto de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional

La norma incide sobre el Decreto legislativo N° 635, Código Penal, modificándolo y derogando uno de sus artículos.

BIBLIOGRAFÍA, HEMEROGRAFÍA E INFORMATIGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal-Parte general*. Presentación y anotaciones de Percy García Cavero. Lima: ARA Editores E.I.R.L, 2004.
- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, *La discriminación en el Derecho penal*. Granada: Comares, 1998.
- BETTIOL, Guisepppe. *Derecho Penal- Parte General*. Bogotá: Editorial Temis, 1965.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal, volumen I*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho Penal - Parte General Tomo I*. Lima: Editorial Ara, 2005.
- Obras completas. Derecho penal - Parte general, Tomo 1*. 2da edición, Santiago: Ediciones jurídicas de Santiago, 2007.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal - Parte Especial*. 2da edición aumentada y actualizada. Lima: Editorial Rodhas, 1996.
- CALDERÓN CEREZO, Ángel. *Manual de Derecho penal- Parte general*. España: Deusto Jurídico, 2005.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal, concepto y principios constitucionales*. 2da edición. Madrid: Editorial Tirant lo Blanch, 1996.
- Derecho penal. Concepto y principios constitucionales*. 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios del Derecho Penal Parte General*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2002.
- CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español- Parte General*. Madrid: Tecnos, 1992.
- COUSIÑO MACIVER, Luis. *Derecho Penal Chileno*, Tomo III. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. *Derecho Penal- parte General*, 5 edición corregida, aumentada y actualizada. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1999.
- CURY URZUA, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.
- FERNANDEZ DE BUJAN, Fernando. *Fundamentos Clásicos de la democracia y de la administración*. España: Ediciones Académicas, UNED, 2010.

- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Conceptos y límites del Derecho penal*. Madrid: Temis, 1994.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Prólogo: Norberto Bobbio. Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal-Parte General*, Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Blen, S. A., 1966.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *El Derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- GARCÍA VALDES, Carlos y otros. *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo II*. Madrid: Edisofer, 2008.
- GARCÍA ARAN, Mercedes. *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*. Lima: Aranzandi. Pamplona. 1997
- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal- Parte General Tomo I*. 2da edición. Chile: Editorial jurídica de Chile, 1997.
- HURTADO POZO, José. *Homicidio y aborto, Manual de Derecho Penal- Parte Especial*. Lima: SESATOR, 1982.
- HIRCH, Andrew von y otros. *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Prólogo: Jesús- María Silva Sánchez. Traducción: Ricardo Robles Planas. Barcelona: Atelier, 2012,
- JAKOBS, Günther. *El principio de culpabilidad*, trad. De Manuel Cancio Meliá, en Bases para una teoría funcional del derecho penal. Lima: Palestra, 2000.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal-Parte general*, vol. I, traducción y adiciones de derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Barcelona: Ed. Bosch, 1981.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho penal-Parte General*. 5º Edición. Granada: Edit. Comares, 2002.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*. Buenos Aires: Editorial Losada, S. A., 1992.
- Tratado de derecho penal, Tomo V*. Buenos Aires: Losada, 1956.
- JIMENO SANTOYO, Myriam. *Crimen Pasional. Contribución a una antropología de las emociones*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Centro de Estudios Sociales, 2004.

- KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER Carlos. *Culpabilidad y Pena*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 64 a 65.
- LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal- Parte General. Tomo I*. 4° edición. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1963.
- LARENZ, Karl. *Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica*. España: Editorial Civitas, 1989.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal* (traducción y notas de la 2a. edición alemana por José Arturo Rodríguez Muñoz; en dos tomos), Madrid: Editorial de Revista de Derecho Privado, 1955/1957.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal-Parte General*. 4ta edición. Barcelona: Ed. Reppertor, 1996.
- Derecho penal- Parte general*. 5ta edición. Barcelona: Ed. Reppertor, 1998.
- Introducción a las bases del Derecho Penal*. 2° edición. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2003.
- Derecho Penal- Parte General*. 7° edición. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2005.
- MONTAVANI, Fernando. *Diritto penale padova; cedam*. 3° edición. Bogotá: Reimp, 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal- Parte General*. 2da. Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- NÁQUIRA, Jaime. *Derecho Penal-Teoría del delito*. Santiago, Chile: Ed. Mc.Graw-Hill, 2003.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de derecho Penal Chileno, Tomo I*. Chile: Editorial jurídica de Chile, 1966.
- Curso de derecho Penal Chileno, Tomo I*. 3ra edición. Chile: Editorial jurídica de Chile, 2004.
- PEÑA CABRERA, Alonso. *ESTUDIOS CRÍTICOS DE DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL a partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales*. Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C., 2013.
- QUINTERO OLIVARES. *Curso de Derecho Penal- Parte General*. Barcelona: CEDES, 1996.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. 2° edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2002.

RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal- Parte General. Bogotá, D.E.: Editorial Temis, 1975.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal Español. Parte General*. 17 edición. Madrid: Dykinson, 2002

SANZ RUBIALES, Iñigo y GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Derecho Administrativo Sancionador- Parte general*. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo. Lima: Aranzadi, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal-Parte General I. El hecho punible*. Traducción de la segunda edición alemana (1976) por Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982.

YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Teoría del delito*. Buenos Aires: Losada, 1973.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro y SLOKAR Alejandro. *Derecho Penal - Parte general*. Buenos Aires. Argentina: Ediar. 2000

TESIS:

AZAREÑO CUYA, José y otros. *Principios limitadores de las reformas penales en los tiempos de inseguridad: Presentación*. Lima, 2010, 240 h. Trabajo de grado de Doctor en derecho. Universidad de San Martín de Porres. Escuela de postgrado Doctorado en Derecho.

HEMEROGRAFÍA

REVISTAS:

BARATTA, Alessandro. “Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal”, Capítulo criminológico, Número 13, Instituto de Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, 1985.

CÓRDOBA RODA, Juan. "Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima". *La Ley*, n. 3, Madrid, 1996.

DIEZ RIPOLLES, José Luis, “*El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*”, *Actualidad Penal*, N° 1, Madrid, 2001.

DÍEZ RIPOLLES, José Luis. "El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista". *Jueces para la democracia*, n. 30, Madrid, 1997.

HASSEMER, Winfried. "Crisis y características del moderno derecho penal" traducción al castellano por MUÑOZ CONDE, Francisco. *Revista: Actualidad Penal*, n. 43. España, 1993.

MELÉNDEZ, Liz y SARMIENTO, Patricia. “Informe nacional sobre feminicidio en el Perú. Libres de Violencia”. *Separata N° 2. Cladem*, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. "Presente y futuro de la dogmática jurídico penal". *Revista Penal*, Madrid, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. "El 'moderno' derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias". *La Ley*, n. 3, Madrid, 1996

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. “El derecho penal del género: a propósito de la inclusión en el código penal del delito de feminicidio”. *Gaceta penal & procesal penal*, TOMO 31. Lima, 2012.

SALINERO, Sebastián. La nueva agravante penal de discriminación. Los “delitos de odio”, *Revista de Derecho*, Valparaíso, n° XLI, Madrid, 2013.

VIZCARDI HUGO, Silfredo. “El nuevo delito de feminicidio y sus implicancias político-criminales”. *Ed. Gaceta penal y procesal penal TOMO-52*, Lima, 2013.

REVISTAS ELECTRÓNICAS:

ALONSO ALAMO, Mercedes. “Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género”. *Cuadernos de Política Criminal*, 2008. En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2713082> , consultado por última vez el 16 de Agosto del 2015.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel/RUEDA MARTIN, María Ángeles “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal”. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.*. En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1335817>, consultado por última vez el 19 de Agosto del 2015.

DÍAZ Maroto y VILLAREJO, Julio. “La agravante por discriminación”. *Estudios sobre las reformas del Código penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, 3/2011, de 28 de enero) - Thomson Reuters/Civitas, 2011 - p. 51-64 - . Loc. 55.631.* En: <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12453> , consultado por última vez el 20 de Agosto del 2015.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “Feminicidio en el Perú: Estudio de expedientes judiciales”. *Informe N° 04-2010/DP-ADM.* Lima, 2010. En: http://www.paho.org/per/images/stories/FtPage/2012/20120827_violencia_mujeres_defensoria.pdf?ua=1 , consultado por última vez el 22 de Agosto del 2015.

GARITA, Ana. “La regulación del delito de femicidio/feminicidio en América Latina y el Caribe”. Panamá: Únete para poner fin a la violencia contra las mujeres. Panamá, 2013, pp. 15 y 16. En: http://www.un.org/es/women/endviolence/pdf/reg_del_femicidio.pdf , consultado por última vez el 25 de Julio del 2015.

GOLDSCHMIDT, Werner. “La culpabilidad y lo inconsciente”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.* En: http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=P_1954_ANUARIO_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES&fasc=2, consultado por última vez el 26 de Agosto del 2015.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Prólogo a la Decimocuarta Edición-Igualdad y violencia de género”. *INDRET. Revista el análisis del Derecho.* En: [file:///D:/Users/Celeste/Downloads/124366-172349-1-PB%20\(2\).pdf](file:///D:/Users/Celeste/Downloads/124366-172349-1-PB%20(2).pdf) , consultado por última vez el 02 de Setiembre del 2015.

LARRAURI, “Populismo punitivo...y como resistirlo”, *Jueces por la democracia*, N° 55, 2006. En: <http://www.juecesdemocracia.es/revista/revista%2055%20marzo%202006.pdf> , consultado por última vez el 02 de Setiembre del 2015.

LAURENZO COPELLO, Patricia. “La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología RECPC* (07-08),

2005. En: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf> , consultado por última vez el 04 de Setiembre del 2015.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Valoración de la violencia de género desde la perspectiva del derecho penal”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, RECPC (04-09) ,2002. En: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-09.pdf , consultado por última vez el 05 de Setiembre del 2015.

Plan Nacional contra la violencia hacia la mujer 2009-2015 (Perú). En: http://www.mimp.gob.pe/files/programas_nacionales/pncvfs/normativas/304_PNCVHM_2009-2015.pdf , consultado por última vez el 07 de Setiembre del 2015.

POLITOFF, Sergio. *Informe sobre los delitos de discriminación en el Derecho penal comparado (A la luz del proyecto de Ley sobre Discriminación Racial y Étnica (Boletín N° 2142-17)*, en *Ius et Praxis*, 2, Madrid, 1999. Publicado en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19750208> , consultado por última vez el 30 de Noviembre del 2015.

R.N. N° 2804-2003. Cono Norte–Lima. Sala Penal Permanente. Corte Suprema. Tomado de: AAVV *Modernas Tendencias Dogmáticas en la Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema. Diálogo con la Jurisprudencia*. 2005. En: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/0/bfa5968b41b65d7005257dfe007b8e7b/\\$FILE/PL04218040315.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/0/bfa5968b41b65d7005257dfe007b8e7b/$FILE/PL04218040315.pdf), consultado por última vez el 10 de Setiembre del 2015.

RUIZ, Miguel. “La Ley contra la violencia de género y la discriminación positiva”, *Jueces para la Democracia*, N° 55, 2006. En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=5224> , consultado por última vez el 11 de Setiembre del 2015.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 3093/2011, de 31 de marzo de 2011. En: <http://observatorio.dpenal.cl/website/observatorio.dpenal.cl/uploads/aspectos-relevantes-en-la-aplicacion-de-la-agravante-contenida-en-el-articulo-12-n%C2%B0-21-del-codigo-penal.pdf>, consultado por última vez el 13 de Setiembre del 2015.

Sentencia n° 1145/2006 Madrid, de 23 de noviembre, Ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre. En: <http://supremo.vlex.es/vid/21-3-22-4-cp-26220986>, consultado por última vez el 15 de Setiembre del 2015.

SUBIJANA, Ignacio. “La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja”, RECPC 12-05 (2010), p. 2. En: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-05.pdf> , consultado por última vez el 20 de Setiembre del 2015.

INFORMATIGRAFÍA

ARTÍCULOS ELECTRÓNICOS:

Balance sobre el cumplimiento del Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer 2009-2015- Serie Informes de Adjuntía - Informe N° 003-2013-DP/ADM. Publicado en la Página web: <https://es.scribd.com/doc/144293055/Informe-003-2013-DP-ADM#download>, consultado por última vez el 28 de Agosto del 2015

BETSABÉ HAZRÚN. Derecho Penal del enemigo. Publicado en la página web: <http://www.derecho.unc.edu.ar/njrj/revista-no-1/derecho-publico/derecho-penal-del-enemigo> , consultado por última vez el 20 de Octubre del 2015.

CARLOS SANTAELLA. Estado social y democrático de derecho. Publicado en la página web: <http://www.monografias.com/trabajos91/estado-democratico-y-social-derecho-y-justicia/estado-democratico-y-social-derecho-y-justicia.shtml#ixzz2vGIUf7ZJ>, consultado por última vez el 25 de Setiembre del 2015.

CADH. “La pena no puede trascender de la persona del delincuente”. Publicado en la página web: <https://cejil.org/instrumentos/convencion-americana-sobre-derechos-humanos-pacto-de-san-jose-de-cost Rica> , consultado por última vez el 30 de Setiembre del 2015.

CONSIDERACIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA EN EL AMBITO DEL DERECHO PENAL Y DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO. Publicado en la página web: <http://www.unilibrebaq.edu.co/unilibrebaq/revistas2/index.php/advocatus/article/viewFile/97> , consultado por última vez el 10 de Setiembre del 2015.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER “Convención de Belém do Pará”. Publicado en la página web: http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_ConvencionBelem.pdf , consultado por última vez el 4 de Octubre del 2015.

DÍAZ LÓPEZ, Luis Alberto. “La reforma de la agravante genérica de discriminación”. Publicado en: <http://litigacionpenal.com/reforma-agravante-generica-discriminacion/> , consultado por última vez el 13 de Octubre del 2015.

FEMINICIDIO.NET. “Tipos de feminicidio o las variantes de violencia patriarcal”. Publicado en la página web: <http://www.feminicidio.net/articulo/tipos-de-feminicidio-o-las-variantes-de-violencia-extrema-patriarcal> , consultado por última vez el 20 de Setiembre del 2015.

HENZ, K y MUÑOZ, E. El estado democrático, crítica de la soberanía burguesa. Publicado en la página web: <http://www.gegenstandpunkt.com/espanol/estado-3.html> , consultado por última vez el 28 de Setiembre del 2015.

IN IUS VOCATIO. “Principios limitadores del derecho penal”. Publicado en la página web: <https://iusinvocatio.wordpress.com/2010/12/10/principios-limitadores-del-derecho-penal/> , consultado por última vez el 24 de Setiembre del 2015.

INADI. Discriminación de género. Publicado en la página web: <http://inadi.gob.ar/wp-content/uploads/2012/05/Documento-Tem%C3%A1tico-GENERO-segunda-edici%C3%B3n.pdf> , consultado por última vez el 28 de Setiembre del 2015.

MILANESE, Pablo. El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima. Publicado en la página web: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_33.pdf, consultado por última vez el 28 de Noviembre del 2015.

MONÁRREZ, Julia. “Elementos de análisis del feminicidio sexual sistémico en Ciudad Juárez para su viabilidad jurídica”, Ponencia presentada en el Seminario Internacional: Feminicidio, Derecho y Justicia, México, 2004. p. 3. En: <http://mujeresdeguatemala.org/wp-content/uploads/2014/06/Elementos-del-feminicidio-sexual-siste%CC%81mico.pdf> , consultado por última vez el 16 de Agosto del 2015.

MIMP, publicado en la pág. Web: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/FE49B4AB286A7E6305257E CB0068E34E/\\$FILE/fuente_2_para_examen_pdn_julio_2_-_intervencion_profesional_frente_al_feminicidio_mimdes_solo_paginas_26_y_27.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/FE49B4AB286A7E6305257E CB0068E34E/$FILE/fuente_2_para_examen_pdn_julio_2_-_intervencion_profesional_frente_al_feminicidio_mimdes_solo_paginas_26_y_27.pdf) , consultado por última vez 16 de Julio del 2015.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Discriminar. Publicado en la página web: <http://dle.rae.es/?w=discriminar&o=h> , consultado por última vez el 28 de Setiembre del 2015.

URDANETA CHACIN, JOSÉ. “Principio de reserva legal en el Derecho penal”. Publicado en la página web: <http://joserafaelurdaneta.blogspot.pe/2011/05/principio-de-reserva-legal-en-el.html> , consultado por última vez el 22 de Setiembre del 2015.

VILLANUEVA, Rocío. “El Registro de Feminicidio del Ministerio Público”, p. 4. En: Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público. Enero-Diciembre 2009. Lima. <http://www.unfpa.org.pe/mgenero/PDF/MP-Feminicidio-ENE2010-DIC2010.pdf> , consultado por última vez el 18 de Agosto del 2015.

Vulnerable- Discriminar. RAE. Publicado en la página web: <http://dle.rae.es/?w=vulnerable&m=form&o=h> , consultado por última vez el 29 de Setiembre del 2015.

MÉXICO - DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO PENAL. Publicado en la página web: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_ref113_14jun12.pdf , consultado por última vez el 14 de Junio del 2015.

BOLIVIA - LEY 348. Publicado en la página web: <http://libressinviolencia.conexion.org.bo/publicaciones/serie/Legislacin-y-normativas-vigentes-en-relacin-a-violencia-hacia-las-mujeres/Ley-integral-para-garantizar-a-las-mujeres-una-vida-libre-de-violencia-N-348> , consultado por última vez el 14 de Junio del 2015.

REPÚBLICA DOMINICANA - LEY 550. Publicada en la página web: <https://voces.intec.edu.do/wp-content/uploads/2014/10/251865974-Ley-No-550-14-Que-establece-el-Codigo-Penal-de-La-Republica-Dominicana.pdf> , consultado por última vez el 16 de Junio del 2015.

PANAMÁ - LEY 82. Publicada en la página web: http://www.cepal.org/oig/doc/LeyesViolencia/PAN/2013_PAN_Ley82.pdf , consultado por última vez el 17 de Junio del 2015.

HONDURAS - DECRETO 23-2013. Publicado en la página web: <http://www.sdhjgd.gob.hn/biblioteca-virtual/marco-legal/sistema-nacional>, consultado por última vez el 19 de Junio del 2015.

ECUADOR - MODIFICA CÓDIGO PENAL. Publicado en la página web: http://www.la-razon.com/mundo/Legislativo-Ecuador-Codigo-Integral-Penal_0_1963003760.html , consultado por última vez el 20 de Junio del 2015.

EL SALVADOR - LEY ESPECIAL INTEGRAL PARA UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA PARA LAS MUJERES N° 520. Publicado en la página web: http://www.pgr.gob.sv/genero/descargas/ley%20especial%20integral%20para%20una%20vida%20libre%20de%20violencia%20para%20las%20mujeres_web.pdf , consultado el 25 de Junio del 2015.

GUATEMALA - DECRETO LEY 22-2008. Publicado en la página web: http://www.oas.org/dil/esp/Ley_contra_el_Femicidio_y_otros_Formas_de_Violencia_Contra_la_Mujer_Guatemala.pdf , consultado por última vez el 27 de Junio del 2015.

NICARAGUA - LEY 779. Publicado en la página web: <http://faolex.fao.org/docs/pdf/nic138659.pdf> , consultado por última vez el 2 de Julio del 2015.

COSTA RICA - LEY DE PENALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES. Publicado en la página web: http://www.feminicidio.net/sites/default/files/costa_rica.pdf , consultado por última vez el 2 de Julio del 2015.

VENEZUELA - LEY ORGÁNICA SOBRE EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA. Publicado en la página web:

http://venezuela.unfpa.org/documentos/Ley_mujer.pdf , consultado por última vez el 4 de Julio del 2015.

CHILE - LEY 20.480. Publicado en la página web:

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1021343&r=2> , consultado por última vez el 5 de Julio el 2015

COLOMBIA - LEY 1257. Publicado en la página web:

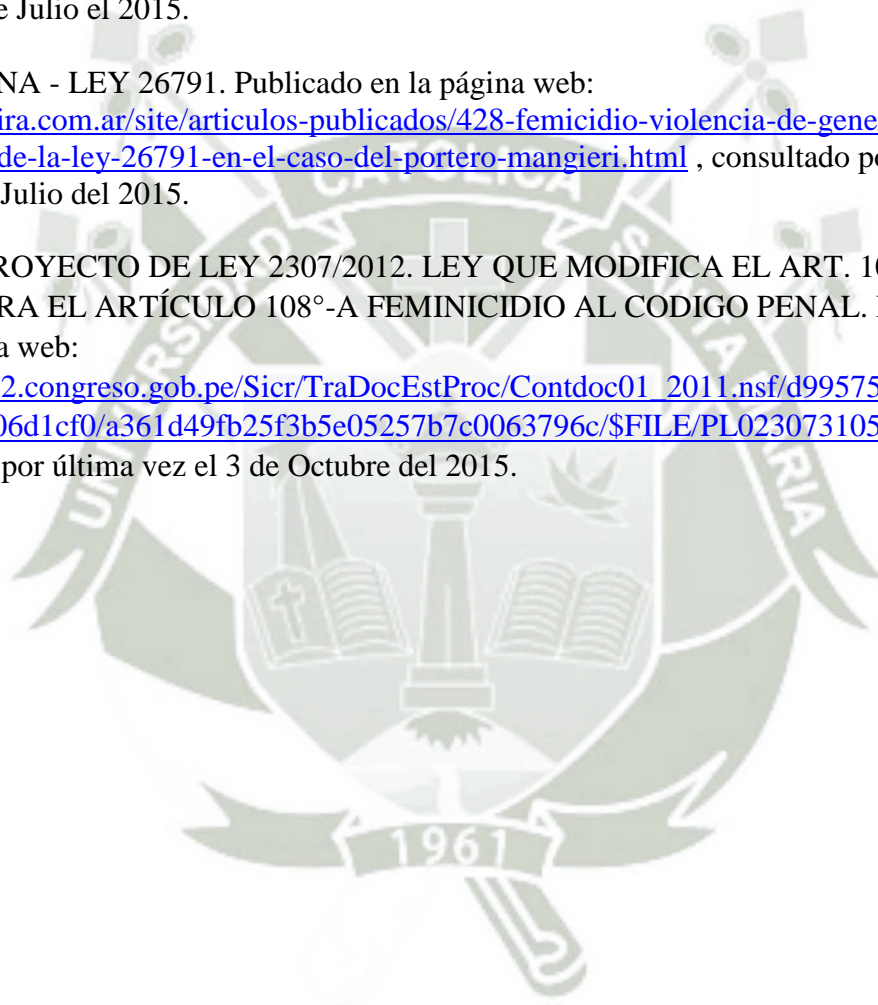
http://www.oas.org/dil/esp/LEY_1257_DE_2008_Colombia.pdf , consultado por última vez el 07 de Julio el 2015.

ARGENTINA - LEY 26791. Publicado en la página web:

<http://orgeira.com.ar/site/articulos-publicados/428-femicidio-violencia-de-genero-aplicacion-de-la-ley-26791-en-el-caso-del-portero-mangieri.html> , consultado por última vez el 9 de Julio del 2015.

PERÚ - PROYECTO DE LEY 2307/2012. LEY QUE MODIFICA EL ART. 107° E INCORPORA EL ARTÍCULO 108°-A FEMINICIDIO AL CODIGO PENAL. Publicado en la página web:

[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/a361d49fb25f3b5e05257b7c0063796c/\\$FILE/PL02307310513.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/a361d49fb25f3b5e05257b7c0063796c/$FILE/PL02307310513.pdf) , consultado por última vez el 3 de Octubre del 2015.



ANEXOS

5° JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO PENAL
EXPEDIENTE: 0152-2013-75-0401-JR-PE-01
JUECES : (*) CALDERON PUERTAS

ESPINOZA ORTIZ
LLERENA RODRIGUEZ

ESPECIALISTA : LINARES HUANCA, LEONARDO
MINISTERIO PUBLICO : TERCERA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL DE CONDEVILLA DEL DISTRITO
JUDICIAL DE LIMA NORTE
IMPUTADO : VARGAS VERA, FRANCISCO RAÚL
DELITO : FEMINICIDIO
AGRAVIADO : GONZALES FLORES, LOURDES

Resolución Nro. 01

En la ciudad de Lima, a los treinta días del mes de Abril del año dos mil quince, el Juzgado Penal Colegiado Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, integrado por los Señores Magistrados Calderón Puertas, Espinoza Ortiz y Llerena Rodríguez; quienes luego de haber valorado la prueba actuada en juicio, seguido contra de **VARGAS VERA FRANCISCO RAÚL**, por delito de **Feminicidio** previsto y sancionado en el artículo 108-B Código Penal, como hipótesis principal y como hipótesis alternativa la del delito de **LESIONES LEVES POR VIOLENCIA FAMILIAR SEGUIDAS DE MUERTE** conforme a lo previsto en el primer párrafo del art. 122 B del Código Penal en concordancia con el primer párrafo del art. 441 del Código Penal y el art. 123 del Código Penal, en agravio de **GONZALES FLORES LOURDES**, ejerciendo la potestad de administrar justicia, han pronunciado en nombre del pueblo, la siguiente:

SENTENCIA N° -2015-JPCSPA

Lima, treinta de Abril

Del dos mil quince.-

I.- PARTE EXPOSITIVA:

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Proceso penal signado como expediente N°0152-2013, por delito de **FEMINICIDIO** previsto y sancionado en el artículo 108-B Código Penal, como hipótesis principal y como hipótesis alternativa la del delito de **LESIONES LEVES POR VIOLENCIA FAMILIAR SEGUIDAS DE MUERTE** conforme a lo previsto en el primer párrafo del art. 122 B del Código Penal en concordancia con el primer párrafo del art. 441 del Código Penal y el art. 123 del Código Penal, seguido contra de **VARGAS VERA FRANCISCO RAUL**, en agravio de **GONZALES FLORES LOURDES**.

IDENTIFICACIÓN DEL IMPUTADO:

VARGAS VERA FRANCISCO RAUL, identificado con Documento Nacional de Identidad número 29724726, sexo masculino, con treinta y ocho años de edad, nacido el veintiocho de agosto de mil novecientos setenta y siete, natural de Lima, estado civil Viudo, hijo de Marco y María Rita, grado de instrucción Superior, domiciliado en Jirón Ayacucho N° 4182 Distrito de San Martín de Porres – Lima.

FUNDAMENTACION FACTICA

Los cargos que se le imputa al acusado son: que el imputado **VARGAS VERA FRANCISCO RAÚL** se casó con la víctima **GONZALES FLORES LOURDES** procreando a dos menores hijos de nombre Fátima y Raúl Vargas Gonzales de 9 y 7 años de edad respectivamente al momento de los hechos. El día 2 de agosto del 2013, el acusado llegó a su domicilio ubicado en Jirón Ayacucho N° 4182 Distrito de San Martín de Porres - Lima, al promediar las 03:00 horas de la madrugada, después de haber ingerido bebidas alcohólicas en una discoteca, subió a su dormitorio y estaba disponiéndose a tomar una ducha, cuando la agraviada le empezó recriminar con quien había estado, iniciando una discusión verbal entre ambos, disponiendo el imputado a salir de nuevo, momento en el que dio cuenta que la agraviada había escondido su celular, por lo que de forma agresiva le empezó a reclamar por el mismo, momento que la agraviada empezó a gritar, saliendo a tocar la puerta al vecino Marco Pariona Apaza, quien tenía una puerta intermedia entre su inmueble y el del acusado, a quien le pidió por favor la ayuda, "que su esposo se estaba loqueando por su celular" pidiéndole dicho vecino al acusado que se tranquilizara, por lo que ambos cónyuges retornaron al interior de su casa, llevándole el imputado a la agraviada al baño del primer piso, lugar donde los menores hijos de ambos observaron nuevamente la discusión acalorada seguida de agresiones físicas, para luego ante los gritos de auxilio de sus niños, el imputado les gritara que no se metan, cierra la puerta del baño, la pelea continúa y la agraviada empieza a gritar, es ahí donde al tratar de callar a la víctima, la sujeta del cuello con uno de sus antebrazos, mientras que con la otra le tenía sujetado el brazo derecho, dándole sacudones a su cuerpo, de atrás hacia delante, lo que origino que la agraviada sufra una asfixia por inhibición, una cuadro de estrés agudo y su posterior desvanecimiento, sufriendo así una hipoxia cerebral de la cual no pudo recuperarse, dado que no fue asistida además de manera oportuna por el imputado, pues este conocedor de su responsabilidad en el desvanecimiento de su esposa, se negó a su traslado al hospital por parte de los efectivos policiales que acudieron ante una llamada telefónica de los vecinos de la zona, que escuchaban los gritos de auxilio de sus hijos, indicándole a la policía "que estaba mal de salud", siendo que los menores observaron cómo su madre en estado de inconciencia, era cargada hacia el vehículo del padre del imputado para llegar sin signos vitales a Essalud recién a las 05:05 am, esto es más de una hora y media después de iniciada la discusión con su pareja. Posteriormente el imputado al ser interrogado sobre la causa de desvanecimiento de su cónyuge, por la médico tratante fue atendida solo por el hermano del imputado Ángel Vargas Vera, quien refirió equivocadamente que habría tomado veneno la agraviada, con la finalidad de evadir la responsabilidad de su hermano, luego el Imputado le dijo a la doctora que el veneno que se había tomado era Lacnate para hormigas, no llevando al hospital muestra alguna del supuesto veneno como así se lo requirieron, muy por el contrario fue a recoger a su hija mayor Fátima de la casa de la hermana de la víctima **YOLANDA GONZALES FLORES** para que esta no pudiera contar lo que había presenciado y ante la negativa de Noemi Tellez Gonzales (sobrina de la víctima) empezó a arrojar piedras a su casa, logrando llevarse a la menor hija de la occisa, sin que esta pudiera relatar calmadamente la conducta de su padre.

CALIFICACIÓN JURÍDICA: En base a los hechos expuestos, el Ministerio Público formulo acusación en contra de **VARGAS VERA FRANCISCO RAÚL**, por delito de **FEMINICIDIO** previsto y sancionado en el artículo 108-B Código Penal, como hipótesis principal y como hipótesis alternativa la del delito de **LESIONES LEVES POR VIOLENCIA FAMILIAR SEGUIDAS DE MUERTE** conforme a lo previsto en el primer párrafo del art. 122 B del Código Penal en concordancia con el primer párrafo del art. 441 del Código Penal y el art. 123 del Código Penal, en agravio de **GONZALES FLORES LOURDES**. Sin embargo pese a que el Ministerio Público se ha ratificado por ambas calificaciones en los alegatos

finally, the judge is empowered to take the judicial decision according to the proven facts in the trial.

PRETENSIÓN PUNITIVA: El Ministerio Público, ha solicitado se imponga al acusado VARGAS VERA FRANCISCO RAÚL, la pena de 15 años de pena privativa de libertad en el caso de la hipótesis principal de FEMINICIDIO POR COMISIÓN previsto en el art. 108-B del CP. Y de 6 años de pena privativa de libertad en el caso de que se verifique la hipótesis alternativa, esto es del delito de LESIONES LEVES POR VIOLENCIA FAMILIAR conforme a lo previsto en el primer párrafo del art. 122 B del Código Penal en concordancia con el primer párrafo del art. 441 del Código Penal y el art. 123 del Código Penal.

PRETENSIÓN CIVIL: Asimismo la parte agraviada se ha constituido como actor civil por lo cual solicitó que se ordene al acusado el pago de la suma de S/. 200.000,00 (doscientos mil nuevos soles), por concepto de reparación civil.

ARGUMENTOS DE DEFENSA DEL ACUSADO

The accused Francisco Raúl Vargas Vera, has not made a declaration in the trial, privileging his right to remain silent and remained silent, having exercised his defense through the defense lawyer, according to the facts invoked and which will be analyzed in the considerative part of this sentence.

ITINERARIO PROCESAL:

Remitted to the Provincial Superior Collegiate Penal Court, originating from the Preparatory Investigation Court of Lima North, on merit of the auto of enjuiciamiento, in whose virtue the auto of citation to trial was issued; diligence that was not feasible to carry forward in the first opportunity convocada por la inconcurrencia del acusado, por lo que fue declarado reo contumaz, en cuya virtud el acusado ha sido puesto a disposición del juzgado por la autoridad policial de requisitorias, en tal sentido se instaló la audiencia del juicio oral en el día, con la presencia de todas las partes, donde luego de negar los cargos por el acusado, se instó a probables convenciones probatorias, en atención a la teoría del caso presentado por la defensa, luego del cual se actuaron los medios probatorios admitidos, luego del cual se formularon los alegatos de clausura, no habiendo el acusado ejercido su autodefensa material por inconcurrencia a la última sesión, siendo el estado del proceso el de expedirse sentencia.

II.- PARTE CONSIDERATIVA:

PRIMERO.- Contenido de la sentencia.- De conformidad con lo previsto en el artículo 394, inciso 3, del Código Procesal Penal, la parte considerativa de la sentencia debe contener la motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique, además de los fundamentos de derecho con precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias.

SEGUNDO.- Posición del acusado en juicio oral- El acusado en forma personal, ante la pregunta de rigor formulada por el señor juez director de debates, previa consulta con su abogado defensor, contestó que se considera inocente de los cargos formulados en su contra, luego por intermedio de su defensa solicita la absolución de los cargos formulados en su contra; asimismo manifiesta que el acusado no declarará en juicio en ejercicio de su derecho a guardar silencio.

TERCERO.- ANÁLISIS FACTICO y VALORACIÓN PROBATORIA

3.1.- RELACIÓN CONYUGAL ENTRE EL ACUSADO Y LA AGRAVIADA

Las partes durante el desarrollo del juicio oral, de común acuerdo han convenido que entre la agraviada quien en vida fue Lourdes Gonzales Flores y el acusado Francisco Raúl Vargas Vera, existió una relación conyugal, puesto que ambos contrajeron matrimonio por ante la Municipalidad Distrital de San Martín en el año 1999, y producto de dicha relación matrimonial han procreado a sus dos menores hijos de nombres Fátima y Raúl, quienes al momento del hecho denunciado contaban con nueve y siete años de edad respectivamente y el domicilio conyugal estaba establecido en Jirón Ayacucho N° 4182 Distrito de San Martín de Porres - Lima, desde hace unos cinco meses antes de la ocurrencia del hecho denunciado.

3.1.1.- Sin perjuicio de la convención probatoria antes descrita, en juicio también se ha escuchado las declaraciones testimoniales de Miriam Gonzales Flores, Norka Gonzales Flores, Katherine Mendoza Mamani de Gonzales, Noemi Tellez Gonzales, todas parientes cercanas de la agraviada, así como la declaración de Romina Huamán Montes(mejor amiga de la agraviada), quienes en forma coincidente han manifestado que la relación matrimonial entre el acusado y su esposa (agraviada) era pésima dado que siempre ha estado marcado de peleas verbales y físicas, sobre todo cuando el acusado se embriagaba; pues no solo la insultaba con palabras soeces, tal como lo han referido la testigo Ermelinda Tellez Monzón (sobrina de la víctima); asimismo las testigos Norka Gonzáles Flores y Ermelinda Tellez Monzón han precisado que la relación matrimonial de Lourdes Virginia (agraviada) era un infierno, dado que el acusado siempre iba a tomar y discutían llegando a agredirse delante de sus menores hijos.

3.1.2.- De lo expuesto en los numerales precedentes, se puede apreciar que ciertamente la relación conyugal entre el acusado y la agraviada, que en vida fue doña Lourdes Gonzales Flores, ha estado marcado de peleas dentro de un contexto de violencia familiar en agravio de los hijos, dado que las testigos antes nombradas en forma uniforme y coherente han referido que los actos de agresión física y psicológica, lo hacían muchas veces en presencia de sus menores hijos. Al respecto si bien la defensa técnica del acusado ha referido que no existen denuncias por actos de violencia familiar; sin embargo, la perito Mónica Reinoso Terrazas, ha señalado que el hecho de que no exista denuncia, no quiere decir que no haya existido actos de violencia familiar, siendo lo más probable que no se haya efectuado las denuncias respectivas.

3.2.- LUGAR Y FECHA DE FALLECIMIENTO DE LA AGRAVIADA

3.2.1.- Conforme a los tácticos de la acusación fiscal, en base a los hechos de agresión ocurridos con fecha 2 de agosto del 2013, la agraviada sufrió una asfixia por inhibición a cuya consecuencia se desvaneció, sufriendo así una hipoxia cerebral de la cual no pudo recuperarse.

3.2.2.- El perito médico legista Carlos Miranda Zegarra, quien practicó el protocolo de necropsia a la agraviada, con fecha cuatro de agosto del 2013, a horas diecinueve y veinte aproximadamente, ha señalado en juicio que la necrosada (agraviada) habría fallecido hace 10 a 12 horas antes de la necropsia, lo cual implica que la agraviada Lourdes Gonzales Flores, falleció clínicamente con fecha cuatro de setiembre del dos mil trece, siendo aproximadamente entre las nueve y diez de la mañana, en el hospital CASE -Essalud; lo cual también se corrobora con el acta de intervención policial

oralizado en juicio, donde además se consigna la orden de internamiento en la morgue central de Lima.

3.2.3.- Sin perjuicio de lo expuesto en el numeral anterior, cabe mencionar que conforme a la prueba documental oralizada en juicio, concretamente la historia clínica que contiene la epicrisis, del cual forma parte un informe de defunción firmada por el médico Carlos Sotomayor, donde se consigna como fecha de defunción de la agraviada, el cuatro de agosto del 2013; sin embargo, también se ha oralizado otro documento de la historia clínica denominada "evolución clínica" de fojas 180 del expediente judicial (reverso), donde se consigna: paciente en muerte cerebral desde el cuatro de agosto, a ocho horas. Este hecho de la muerte cerebral se corrobora con las declaraciones testimoniales de los médicos de Essalud, entre ellos Milagros Huamaní Siñago y Enrique Barreda Fernández, quienes han referido que la muerte cerebral fue certificado luego de dos o tres días de su internamiento en el hospital Essalud, siendo que dicho internamiento se produjo el día 2 de agosto del 2013, a horas 5.15 de la madrugada, tal como se desprende de la misma historia clínica oralizada en juicio y corroborada con las referidas testimoniales.

3.3.- DESENCADENANTE DE LA CAUSA DE MUERTE DE LA AGRAVIADA

3.3.1.- En juicio el ya nombrado perito (médico legista) Carlos Miranda Zegarra, quien fue el médico legista que realizó la necropsia sobre el cadáver de la agraviada Lourdes Gonzales Flores, señaló que al examen de los órganos internos no se ha encontrado ninguna alteración significativa, ni lesión traumática que pueda haber ocasionado la hipoxia; asimismo ha señalado que al examen externo solamente verificó la siguientes lesiones traumáticas: una excoriación lineal tipo ungueal de 6 x 0.2 cm en mejilla izquierda; equimosis verdosa de 3 x 3 cm en cara externa del brazo derecho tercio proximal y una equimosis de 10 x 0.5 cm en región escapular derecha (espalda); concluyendo que la causa de muerte fue una encefalopatía multifactorial, cuya etiología no puede establecerse macroscópicamente, posiblemente a su tratamiento hospitalario, precisando que se tomaron muestras para el estudio toxicológico e histopatológico; asimismo señala que la causa básica de muerte debe haberse producido antes de su hospitalización o durante la misma; siendo que dicha declaración es concordante en parte con lo manifestado en juicio por la perito Mary Luz Espinoza Delgado, médico legista que emitió uno de los tantos certificados médicos post facto, en forma conjunta con el perito Miranda Zegarra.

3.3.2.- En efecto la perito Espinoza Delgado, ha señalado que un paro cardio respiratorio prolongado puede ser causa de muerte, siendo que conforme a lo referido por el auditor forense ofrecido por el acusado, quien ha señalado que la agraviada fue hospitalizada en coma profunda, cuando no con paro cardio respiratorio, siendo que en tal situación permaneció cuando menos 45 minutos, sin una atención adecuada conforme lo refiere el perito Díaz Mendival en base a la documentación revisada, siendo dicha demora atribuible al acusado. Según los testigos expertos, entre ellos el médico Enrique Barreda Fernández, un paro cardio respiratorio que supera de 3 a 5 minutos, desencadena en una hipoxia cerebral, con consecuencias irreversibles dado que se produce la muerte cerebral; entonces si según información de la historia clínica la agraviada estuvo 45 minutos sin atención médica, porque el acusado rechazó cualquier auxilio rápido y oportuno, aduciendo que era una mañosa y que se estaba haciendo, se puede concluir que el paro cardio respiratorio fue la causa de la hipoxia, por lo que acertadamente los peritos Miranda Zegarra y Espinoza Delgado sostienen que se trata de una hipoxia producida antes de su hospitalización. Asimismo el perito Espinoza Delgado ha referido que, la muerte por inhibición es posible mediante una compresión focalizada en el cuello, donde está la carótida, lo que puede causar la hipoxia

cerebral. Precisa que la Hipoxia es la disminución de oxígeno al cerebro, y se caracteriza por una coloración azulada, la pérdida de conocimiento y la conciencia, lo cual depende si la hipoxia es leve moderada o severa.

3.3.3.- Ciertamente que no existe duda alguna, ni las partes han discutido que la agraviada efectivamente había sufrido una hipoxia cerebral (convención probatoria); asimismo que fue internada en el Hospital Essalud Carlos Alberto Escobedo de Lima, con fecha 2 de agosto del 2013, a horas 5.15 de la mañana, siendo atendido en el servicio de emergencia de dicho hospital, en primer lugar por la médico Milagros Huamaní Siñago, quien en juicio ha dicho: "... la paciente ingresa a emergencia del hospital con paro cardíaco respiratorio y sin signos vitales, no había esfuerzo respiratorio ni latido cardíaco, se realizó resucitación cardio pulmonar, recuperándose solamente el latido cardíaco (...), no tenía respuesta a ningún estímulo, ni al sonido, al dolor, no había función neurológica, es decir estaba en coma. Después de someterla a manobras de resucitación, sale a indagar con los familiares que es lo que había ocurrido (...), quien la llevo al hospital fue el cuñado y le dijo que cree que se había envenenado, que en todo caso el esposo era el que sabía...". Siendo que dicha declaración se corrobora con las declaraciones testimoniales de Andrés Augure Ticona, Julio Morraez Perez, Enrique Barreda Fernández y Herald Linares Rodrigo, quienes también son personal médico del nosocomio antes referido y como tales evaluaron a la paciente en diversos momentos después de su hospitalización, diagnosticando un cuadro de encefalopatía hipoxica isquémica, a raíz del paro cardio respiratorio que había sufrido la paciente, antes de su internamiento hospitalario, con los cuales queda claro el estado grave en que fue Internada dicha agraviada.

3.3.4.- DESCARTE DE PROBABLES CAUSAS DE LA HIPOXIA CEREBRAL

3.3.4.1.- AUSENCIA DE ENFERMEDADES CRÓNICAS

Conforme a la declaración de los testigos expertos (médicos de Essalud), entre ellos Andrés Augure Ticona, Herald Linares Rodrigo y Enrique Barreda Fernández, las causas o factores que pueden ocasionar una hipoxia cerebral son diversas, mencionando entre las principales las siguientes: las enfermedades crónicas, la aneurisma, la asfixia, la ingesta de sustancias tóxicas, arritmia cardíaca, discrasias sanguíneas, vasculopatía, entre otras enfermedades generalmente crónicas. Al respecto cabe señalar que las partes de común acuerdo han dejado establecido como hecho no controvertido (convención probatoria) que la agraviada no padecía ninguna enfermedad crónica; por tanto no resulta necesario indagar si la paciente sufría de alguna enfermedad crónica que eventualmente pudo haber ocasionado la hipoxia cerebral, sino por el contrario queda descartada dicha posibilidad en base al hecho convenido por las partes.

3.3.4.2.- DESCARTE DE UN CUADRO DE ANEURISMA

Con la testimonial del médico Humberto Núñez Núñez, quien fue uno de los médicos que atendió a la paciente en el servicio de Unidad de Servicios Intensivos (USI) de Essalud CASE, se tiene que no se advirtió ningún cuadro de aneurisma en la agraviada; asimismo ha dicho que la hipoxia que presentaba la paciente era pre hospitalaria, vale decir que se produjo antes de su hospitalización. En sentido similar ha declarado ha sido el médico Andrés Augure Ticona (testigo experto radiólogo), quien igualmente a ha referido que en el examen tomográfico si bien se advirtió un edema cerebral difuso, con una pequeña hemorragia sub aracnoides, sin embargo, no se apreció ningún aneurisma roto en el cerebro. Por su parte el perito Carlos Miranda Zegarra, ha descartado la presencia de alguna aneurisma rota en el cerebro, precisando que no se ha encontrado ningún cuadro de

aneurisma en el examen tomográfico que ha tenido a la vista, así como tampoco en el protocolo de necropsia que realizó él mismo; precisando que si bien no se ha enviado muestra para el examen patológico, ello se debe a que el cerebro se caía a pedazos, siendo que dicho extremo tampoco ha sido cuestionado por las partes; por el contrario este extremo ha sido corroborado por el auditor forense José Saúl Díaz Mendivel, ofrecido por el acusado, quien igualmente ha dicho que un cuadro de aneurisma ha sido descartado como causa probable de la hipoxia que ha sufrido la agraviada; por lo tanto en base a lo referido por los peritos y los testigos expertos en referencia, queda igualmente descartada la presencia de algún cuadro de aneurisma, como factor causante de la hipoxia cerebral.

3.3.4.3.- DESCARTE DE LA INGESTA DE SUSTANCIA TÓXICA

3.3.4.3.1.- La parte acusada ha invocado entre sus argumentos de defensa, referido a la causa de muerte de la agraviada, la ingesta de una sustancia tóxica por parte de la agraviada, esto es un veneno para hormigas denominada "lacnate", entonces corresponde analizar y verificar si dicho extremo ha sido acreditado en juicio.

3.3.4.3.2.- Al respecto la testigo Milagros Huamaní Siñago (médico de salud), ha señalado: *"que al momento del ingreso de la paciente en emergencia del hospital, el cuñado que trasladó a la agraviada le dijo que cree que se habla envenenado, que en todo caso el esposo era el que sabía..., fue entonces que buscó al esposo a quien lo encontró en una sala contigua y me dijo que estaban peleando porque llegó ebrio a su casa, y que ella le habla dicho que se iba a tomar veneno para hormigas que tenían en casa -Lacnate-, entonces le digo que vaya a la casa y que traiga la sustancia que habría ingerido, no obstante que no había órganos fosforado que es lo común en una intoxicación (...) se le colocó a la paciente sonda nasogástrica, pero el estómago estaba vacío, químicamente no habla ingesta de sustancia alguna y por eso no se le hizo lavado gástrico (...) tampoco habla el olor suigeneris de una intoxicación con carbonatos (...). No había sospecha de intoxicación en la paciente, solo lo dicho del esposo, no había órgano fosforado (...). No le impresionó ningún signo de envenenamiento ni lesión física evidente. Los parientes también le dijeron que no tenía ninguna enfermedad, ni alergia...".* Cabe precisar que la testigo en referencia, fue la primera médico que atendió a la agraviada, en el servicio de emergencia del hospital CASE Essalud, el día 2 de agosto del 2013, a horas 5.15 de la mañana.

3.3.4.3.3.- Asimismo en juicio se ha escuchado la testimonial de Norka Gonzales Flores, quien ha referido que: *"...cuando fue al hospital una señorita de mandil blanco, le dijo que la paciente (agraviada) al parecer se habla tomado algo, pero que el esposo no llevaba nada, fue entonces que le dijo a su papá de Beto (refiriéndose al acusado) que le diga a su hijo Beto para que vayamos a la casa y felizmente le hizo caso a su papa, fue entonces que tomamos taxi (Beto me dice no tengo plata para el taxi y me presto 20 soles de mi hermano Javier), además fuimos con la señora Marleny, pero a la casa solo entramos con Beto, pues no quería que entre Marleny, buscamos en todas partes, en la cocina, el tacho de basura, las gavetas de los reposteros, en los lavatorios, pero no había nada, solo encontramos un bolsita en el patio, lo cual lo llevé al hospital y les entregué (..) Pero no hice seguimiento de lo que paso con la bolsita (...). Luego con Beto fuimos a donde estaba mi sobrina Fátima (hija de agraviada), quien me dijo que no sabía nada que parece que se ha tomado algo, pero Beto ya no la soltó a la menor (...) pero cuando estamos regresando al hospital, la chiquita Fátima le golpeaba y le reprochaba algo a su papa en el camino, después de eso a la niña ya no la soltaron y Beto le entrego a la menor a su hermana Lupe para que se lo lleve a otro lado...".* Al respecto cabe señalar que si fuera cierto que la agraviada se hubiera tomado alguna sustancia tóxica preexistente en la casa donde residía y se desvaneció, lo normal y natural es que en la misma casa, se hubiera encontrado sin mayor esfuerzo de búsqueda algún resto de dicha sustancia, por lo menos el sobre

o el recipiente en el que se habría tomado (vaso, jarro, frasco, etc.) lo que no fue encontrado en el lugar, no obstante haber sido buscados personalmente por el propio acusado y la testigo antes nombrada (hermana de la víctima).

3.3.4.3.4.- En juicio Se ha examinado al perito Manuel Alexander Mansilla Ventura (químico farmacéutico), respecto de una pericia toxicológica practicada sobre muestras de sangre y orina tomada a la agraviada, con fecha 03 de agosto del 2013, a efecto de verificar si había ingesta de alguna sustancia tóxica (Plaguicidas Órgano Clorados, Plaguicidas Órgano Fosforados, Plaguicidas Carbónicos, Sulfamidados, Barbitúricos, Anfetaminas, Benzodicepinas, etc.) habiéndose obtenido resultado negativo en ambas muestras; si bien dichas muestras han sido obtenidas un día después de su hospitalización; sin embargo, el propio perito ha señalado que el veneno Lacnate es un insecticida carbónico que tiene diversos nombres en el mercado; pero como no se sabía qué producto se había ingerido se toma una muestra considerable y se realiza el análisis para todos los venenos, que es lo que ha hecho en su pericia (...) asimismo ha referido que el tiempo de sobrevivencia de una persona que ingiere un veneno carbónico depende del producto, puede ser de dos a tres horas, luego del cual muere la persona, salvo que se le haga un lavado gástrico.

3.3.4.3.5.- En el presente caso no se realizó ningún lavado gástrico el primer día de su hospitalización, dado que ante la noticia de los familiares de que habría ingerido alguna sustancia tóxica, previamente se le colocó una sonda nasogástrica a la paciente, pero no se encontró sustancia alguna en el estómago, dado que estaba vacía tal como lo ha referido la testigo Milagros Huamaní Siñago (médico que la atendió en emergencia). Asimismo el mismo perito Mansilla Ventura ha señalado que una persona que ha ingerido alguna sustancia tóxica, empieza a vomitar espuma por la boca, que es uno de los síntomas de intoxicación con carbónicos; siendo que la agraviada no presentaba este síntoma ni fue referido por algún familiar al momento de su hospitalización, de lo contrario se hubiera consignado en la historia clínica y la primera médico que la atendió lo hubiera referido, quien por el contrario ha dicho que no se evidenció ningún signo de intoxicación. Por otro lado cabe añadir que la perito Rosario Pinto Vargas, ha señalado en juicio que realizó una pericia toxicológica sobre las muestras obtenidas en el protocolo de necropsia de fragmentos de hígado, cerebro, estómago, contenido gástrico, del cadáver de la agraviada, habiendo obtenido el mismo resultado negativo, señalando que dichas muestras han sido tomadas luego de cuatro días de la presunta ingesta. Sin embargo, ha señalado que el Lacnate es un insecticida carbónico de uso agrícola sumamente tóxico, que cuando una persona absorbe por inhalación o ingiere vía oral generalmente produce la muerte inmediata, con una mínima cantidad precisamente porque es altamente tóxico, añade que una persona que ingiere una sustancia de tal naturaleza y no se le hace un lavado gástrico, resulta imposible que sobreviva; por lo mismo es imposible que un insecticida pueda eliminarse vía metabolismo, solo una atención médica oportuna (lavado gástrico, antídoto, etc.) podría salvar la vida de la persona que ingirió; asimismo agrega la perito que por la alta toxicidad del Lacnate, es imposible hablar de dosis específicas, una mínima cantidad produce la muerte. En el mismo sentido ha señalado el perito Mansilla Ventura cuando dijo que el lacnate es un producto sumamente tóxico, que incluso una pequeña dosis de ingesta puede producir la muerte inmediata de una persona.

3.3.4.3.6.- En juicio también se ha hecho referencia sobre la literatura médica, anexada a la pericia de auditoria médico forense elaborada por José Saúl Díaz Mendival, esto es un artículo titulado "Intoxicación por Plaguicidas Inhibidores de Colinesterasas", del autor Uvier Gómez, de la Universidad de Antioquia; donde se describe la sintomatología aguda, que puede producir los órganos fosforados y los carbonatos como el lacnate, son: Miosis, Broncorrea, Nauseas y vómito,

Hipotensión, cólico y diarrea, incontinencia urinaria, entre otros síntomas; siendo que la agraviada, no ha presentado ninguno de tales síntomas que son característicos de un cuadro de intoxicación, tal como se puede verificar de la sintomatología consignada en la historia clínica oralizada en juicio, y tampoco lo ha referido alguno de los médicos que evaluaron a la paciente luego de su internamiento en el centro hospitalario; siendo ésta la razón por la que no se realizó lavado gástrico ni se tomó muestra para laboratorio, como ya se tiene señalado.

3.3.4.3.7.- Auditoria médico forense sobre la causa de muerte.- Por otro lado se ha escuchado en juicio la declaración de José Saúl Díaz Mendival, médico legista y auditor OGC-Instituto de Medicina Legal, como prueba de la parte acusada, quien ha referido que realizó una auditoria médico forense, sobre las pericias llevadas a cabo sobre la occisa Lourdes Gonzales Flores, a fin de determinar si se puede establecer una causa concreta de muerte y si la posible muerte puede deberse a un golpe en la cabeza, con presencia de aneurisma; al respecto refiere que la aneurisma fue descartada, porque solo se había verificado un edema cerebral difuso con una mínima hemorragia subaracnoidea, insuficiente para producir un aneurisma. Luego refiere el perito que según el análisis de la documentación existe una causa final de muerte, que fue un cuadro de encefalopatía hipoxico isquémica y una causa intermedia que fue la hipoxia que generó el edema cerebral, debido a falta de oxígeno en el cerebro, siendo que la paciente llegó al hospital con paro cardio respiratorio, señala que la causa básica de muerte, se aproxima a una ingesta de sustancia tóxica, para lo cual habría tomado en cuenta tres elementos, uno son los antecedentes de ingesta (manifestación de familiares), dos la muestra (hallazgos de daño gástrico) y tres el resultado del examen necrológico, donde no se describe ninguna lesión traumática que pueda haber producido la hipoxia; asimismo dicho órgano de prueba descarta que la hipoxia se haya producido por asfixia, no obstante que admite que un estrangulamiento anterior traqueal o cogoteo si puede ocasionar la hipoxia y no dejar lesión.

3.3.4.3.8.- A criterio del colegiado, la conclusión arribada por el perito (auditor médico forense), en el sentido que la causa básica de muerte más próxima de la agraviada es la ingesta de sustancia tóxica no resulta nada coherente, menos sostenible razonablemente, sino por el contrario denota ser un pronunciamiento carente de sustento científico, por el contrario denota ser un informe parcializado a favor del acusado por lo siguiente: ha dicho el auditor que uno de los elementos que ha tomado en cuenta son las declaraciones de los familiares sobre la Ingesta de sustancia tóxica, sin embargo, en juicio no se ha evidenciado ninguna declaración clara, categórica y uniforme de algún familiar directo, que haya dicho que la agraviada haya ingerido alguna sustancia tóxica, sino se trata de una versión introducida sin mayor sustento fáctico por el cuñado de la agraviada en el servicio de emergencia del Hospital, luego reproducido por el acusado ante el personal médico, pero igualmente sin ningún sustento fáctico razonable, dado que ante el requerimiento de la médico Morales Lix, el propio acusado fue a buscar a su casa, donde se desvaneció la víctima, junto a una de las hermanas de la agraviada (Yolanda), donde luego de haber buscado por todas partes de la vivienda no se encontró resto alguno de ninguna sustancia tóxica, ni siquiera el recipiente en el que eventualmente se habría tomado, menos el soporte (sobre, bolsa o frasco) donde habría estado la supuesta sustancia.

3.3.4.3.9.- A ello es preciso agregar que conforme se ha evidenciado en juicio la única información documentada al que tuvo acceso el auditor (único sustento de su conclusión), es un acta de transcripción de audio de fecha 16 de Mayo del 2014, que contiene la declaración de la menor Fátima Vargas Gonzales, hija del acusado y agraviada, oralizado por el propio perito auditor donde refirió: "... mi mama gritó porque pensó que le iba a pegar, mi papa la encontró y estaban hablando y mi papá se tomó veneno de hormiga y le estaba doliendo la barriga y nos estaba echando la culpa,

de que nosotros hablamos agarrado su celular...."; como se puede advertir según la menor es su papá (acusado) quien se habría tomado el veneno y no su mamá; y no existe otra declaración de ningún familiar que haya visto a la agraviada tomarse alguna sustancia tóxica, y que la información consignada en la historia clínica es en base al simple dicho del cuñado y del acusado; por tanto no existe ningún otro antecedente objetivo, en base al cual el perito haya podido concluir en forma positiva. Por el contrario las testigos (hermanas y amigas de la agraviada) han referido que la víctima era una madre y esposa ejemplar, y con mucha fe en Dios, que valoraba la vida como ninguna otra persona, que tenía la firme esperanza en lograr un cambio de dejar de tomar de su esposo porque era por eso que discutían, por tanto incapaz de pretender quitarse la vida tomando algún veneno.

3.3.4.3.10.- Asimismo resulta pertinente añadir que conforme a las declaradas testimoniales en juicio, a ninguna de las primeras personas que se acercaron al domicilio del acusado a prestar auxilio, cuando la agraviada ya estaba desvanecida, supo expresar que su esposa se había tomado veneno, en efecto el testigo Marco Pariona Apaza, fue uno de los vecinos que se constituyó al domicilio del acusado, quien solo le pidió que traiga un taxi, pero en ningún momento le dijo que su esposa se había tomado veneno, asimismo tampoco le refirió dicho argumento al efectivo policial Erick Salazar Arroyo, cuando se constituyó en el lugar del hecho denunciado, sino por el contrario rechazó el apoyo policial para el auxilio de su esposa y lo trato descortésmente, además le dijo que su esposa estaba mal de salud y que la iba a llevar al hospital.

3.3.4.3.11.- Otro de los argumentos del perito auditor para sustentar su insostenible conclusión son los hallazgos de la muestra, esto es el líquido color café que se tomó con fecha 03 de agosto del 2013, lo que considera que es producto de un estomago afectado, que puede ser producto de una alta concentración de la sustancia tóxica; sin embargo, ha admitido que dicho contenido también puede ser producto de una ulcera gástrica causado por un estrés pos reanimación del paro cardio respiratorio, esto es un cuadro intrahospitalario; siendo ésta la hipótesis más probable y no la ingesta de un insecticida Lacnate, dado que contradice la opinión de los peritos toxicólogos, quienes en forma coincidente han dicho que por la alta toxicidad del lacnate, basta una pequeña cantidad para producir la muerte de una persona, siendo poco probable que una alta concentración de sustancia carbamica haya podido producir solo una ulcera gástrica, con lo cual se desbarata su hipótesis positiva. Finalmente cabe anotar que, ante las preguntas de la representante del Ministerio Público el perito auditor no supo dar una explicación coherente y razonable, ni pudo expresar qué otros antecedentes aparte de la referencia contradictoria de la menor Fátima había tomado en cuenta para concluir que la causa de muerte pueda ser la ingesta de veneno; asimismo incurre en una contradicción manifiesta que coadyuva a desvirtuar su pericia, cuando primero sostiene que la paciente ingresó en coma profunda al hospital, para luego señalar que solo Ingreso con paro cardio respiratorio, sin una explicación razonable .

3.3.4.3.12.- Necropsia Psicológica.- También se ha examinado a la perito Mónica Reinoso Terrazas (psicóloga) sobre la autopsia psicológica practicada a la agraviada, que tiene por objeto establecer si el estado mental de la agraviada puede haber ocasionado una muerte suicida, que es la principal tesis defensiva; en tal sentido la perito ha señalado que luego de la evaluación de la documentación respectiva, así como las declaraciones y la entrevista a los familiares, concluyo que si bien la necrosada y sufría limitaciones económicas, ha verificado una baja probabilidad de una muerte por suicidio, dado que no había señales pre suicidas, ni posibles motivaciones suicidas, por el contrario ha dicho que la agraviada pertenecía a un grupo cristiano, donde se les enseñaba sobre la esperanza y el amor, por tanto tenía mayor optimismo en el cambio de su esposo, creía que Dios lo iba a cambiar, quería apoyar a las mujeres víctimas de violencia familiar, siendo que por tales razones el suicidio está descartada para la perito.

3.3.4.3.13.- En base a lo expresado en los numerales precedentes, cabe señalar que en autos no se ha probado de manera fehaciente que la causa básica de la hipoxia cerebral, por ende la causa básica de muerte de la agraviada haya sido la ingesta de alguna sustancia tóxica, menos de algún veneno carbámico denominado Lacnate, como ha pretendido sostener el acusado, dado que nunca se encontró restos de dicha sustancia, ni siquiera el recipiente en el cual se hubiera ingerido y por otro lado tampoco la víctima ha presentado algún síntoma característico de una intoxicación por sustancia con órgano fosforado o carbámico (nauseas, vómitos, espuma en la boca, diarrea, hipotensión, arritmia cardíaca, etc.; si bien no se tomó muestra del contenido estomacal el mismo día de su hospitalización, fue porque en base a la sonda nasogástrica se determinó que no había sustancia alguna en el estómago, por el contrario estaba vacía, razón por la cual tampoco se realizó el lavado gástrico, tal como lo ha referido la médico que atendió en el servicio de emergencia. Bajo tales consideraciones, a criterio del colegiado no es factible concluir que la probable causa de muerte de la agraviada sea la ingesta de alguna sustancia tóxica, sino por el contrario cabe descartar dicha posibilidad, al igual que la presencia de una aneurisma, así como la preexistencia de enfermedades crónicas, lesiones traumáticas internas o externas, por lo tanto solo queda por determinar si la causa del paro cardio respiratorio, que desencadenó en la hipoxia cerebral, luego una encefalopatía multifactorial, que fue la causa final de la muerte de la agraviada, se produjo por una asfixia por inhibición o compresión del tráquea "cogoteo" como postula el Ministerio Público, para lo cual corresponde invocar prueba indiciaria, por ausencia de prueba directa que determine esa única posibilidad.

3.4.- ANÁLISIS DE PRUEBA INDICIARIA PARA ESTABLECER CAUSA DE LA HIPOXIA

3.4.1.- La prueba indiciaria se construye sobre la base de una inferencia lógica, donde determinados hechos indirectos que se dan por probados se enlazan a una conclusión unívoca y necesaria que acredita algún aspecto del objeto material del proceso penal en ciernes. Así, aunque es considerada una prueba indirecta de los hechos centrales a probarse en un proceso penal, no por eso carece de fuerza probatoria capaz de sustentar una sentencia condenatoria y es, en ese sentido, una herramienta importante para el juzgador cuando los hechos juzgados no pueden ser probados por elementos de prueba directos o por pruebas sustentadas en los conocimientos técnicos o científicos. Teniendo en cuenta la importancia de los derechos fundamentales de la persona en la construcción de la prueba idónea para sustentar una sentencia condenatoria, previamente cabe establecer los criterios válidos para la construcción de la prueba indiciaria respetando precisamente los derechos fundamentales del imputado²⁹².

3.4.2.- HECHOS INDICADORES (BASE) PROBADOS EN JUICIO (INDICIOS)²⁹³

INDICIOS ANTECEDENTE²⁹⁴

²⁹² **Recurso de Nulidad N° 1912 - 2005 de 6 de septiembre de 2005:** Que, respecto al indicio, (a) éste -hecho base - ha de estar plenamente probado - por los diversos medios de prueba que autoriza la ley -, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar-los *indicios* deben ser periféricos respecto al dato táctico aprobar, y desde luego no todos lo son, y (d) y deben estar interrelaciones, cuando sean vahos, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia - no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imputados entre sí'

²⁹³ **San Martín Castro, citado por Jorge Rosas Yataco, La prueba indiciaria: doctrina y jurisprudencia nacional,**— dice que por prueba indiciaria se debe entender aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; señala, además, que ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hechos probados Indicios y el que se trate de probar delito...,".

²⁹⁴ **Cesar Eugenio San Martín Castro, Derecho Procesal Penal, Tomo II, 3ra. Edición, editora Gríjley, Lima, abril 2014, Pág. 753** - "Estos indicios son anteriores al delito. Están referido a la capacidad para delinquir y a la oportunidad para la comisión de un delito , tales como la tenencia de instrumentos, amenazas previas, ofensas, enemistades, interés en la desaparición de una persona; los tres últimos son los

3.4.2.1.- Se tiene como hecho no discutido por convención probatoria, que el acusado llegó a su domicilio conyugal el día 2 de agosto del 2013, aproximadamente entre las 3 a 3.30 de la madrugada, en estado de ebriedad, produciéndose una fuerte discusión con su esposa (agraviada) sobre el celular del acusado.

3.4.2.2.- También se tiene probado con las declaraciones testimoniales de José Antonio Parísaca Apaza, Rosa María Quispe Calachua y Aracely Pacta Óseo, que el mismo día 2 de agosto del 2013, entre las tres a cuatro y treinta de la mañana aproximadamente, escucharon gritos de auxilio de los niños, que provenían del domicilio de la agraviada, siendo que en este extremo ninguno de los tres testigos nombrados ha incurrido en contradicción, salvo en otros extremos como la hora y otras circunstancias, sin embargo, resulta razonable que una persona no recuerde exactamente la hora y cómo ocurrieron los hechos Investigados, luego de transcurrido más de cuatro años, en tal sentido a criterio del colegiado tales declaraciones son coherentes y uniformes en lo sustancial.

3.4.2.3.- Asimismo se ha probado como dicen las testigos han referido que era un infierno esa relación matrimonial, conforme lo han señalado las testigos Miriam Gonzales Flores, Norka Gonzales Flores, Marleny Muñoz de Gonzales y Noemi Tellez Gonzales, y la perito psicóloga Mónica Reinoso Terrazas, ha dicho que el hecho de que no haya denuncia, no quiere decir que no haya habido violencia, pues es posible que no se haya denunciado o que haya estado en la etapa de "luna de miel" del proceso de violencia familiar, donde prima la armonía y el supuesto arrepentimiento temporal; asimismo la propia perito ha descartado cualquier señal pre suicida, o posibles motivaciones suicidas por el contrario la agraviada pertenecía a un grupo cristiano y cultivaba el amor y la esperanza.

INDICIOS CONCOMITANTES²⁹⁵

3.4.2.4.- Un hecho acreditado vía convención probatoria por las partes es que el día de ocurrencia del hecho denunciado, esto es el 2 de agosto del 2013, entre las cuatro y cinco de la mañana, en el domicilio conyugal sito en Jirón Ayacucho N° 4182 Distrito de- San Martín, se encontraban únicamente el acusado, la agraviada y sus dos menores hijos (Fátima (9) y Raúl (7)).

3.4.2.5.- Otro hecho probado es que la agraviada fue llevada al hospital sin signos vitales, ni esfuerzo respiratorio, ni latido cardiaco, esto es con paro cardio respiratorio, hipoxia cerebral difusa, razón por la cual la primera acción en el servicio de emergencia del hospital Essalud, fue un proceso de resucitación, tal como lo ha referido la médico Gracia Moralez Lix, habiendo recuperado solamente el latido cardiaco, mas no así ninguna función neurológica, ni la conciencia. Por otro lado el perito Mary Luz Espinoza Delgado ha afirmado que la hipoxia cerebral que presentó la agraviada es anterior a su hospitalización.

3.4.2.6.- Otro hecho indicará acreditado son la lesiones físicas premortem que presentaba la agraviada al momento del protocolo de necropsia; pues según el perito Carlos Miranda Zegarra, se verificó una equimosis en el brazo compatible con agente contundente y una excoriación ungual en la mejilla con uña humana, los cuales son compatibles con la fecha anterior a su internamiento en el hospital, pues si bien dichas lesiones no son de necesidad mortal, pero si fueron ocasionados

indicios de móvil delictivo, que son los indicios psicológicos de suma importancia, en el entendido que la conducta humana y especialmente la delictiva, que implica, sanciones y molestias, tiene una razón, un motivo que la impulsa

²⁹⁵ Cesar San Martin Castro, Ob Cit. Pág. 753. "... Son los indicios que resultan de la ejecución de delito; se presentan simultáneamente con el delito, a este rubro pertenecen los indicios presencia y los indicios de participación en el delito. Los primeros también llamados de oportunidad física, están dirigidos a establecer la presencia física del imputado en el lugar de los hechos, haber sido la última persona vista en compañía de la víctima. Los segundos tienden a señalar la participación más concreta del imputado en los hechos. (...) En este rubro también se encuentra los indicios vinculados a la actitud subjetiva o psicológica del autor..."

antes de su hospitalización, lo que permite inferir que fue durante la discusión entre acusado y agraviada, lo cual además justifica los gritos de auxilio de la propia agraviada y sus menores hijos.

3.4.2.7.- Asimismo el mismo perito Miranda Zegarra, en juicio ha referido que una hipoxia se produce por diversos factores, entre ellas puede ser una asfixia por inhibición, lo que comúnmente se denomina como un "cogoteo", lo que según el perito es una compresión en la región carótida (cuello), que no necesariamente deja una lesión física. En el caso de autos si bien el mismo perito ha dicho que en el protocolo de necropsia realizada a la agraviada no encontró ninguna lesión física cerca de los órganos respiratorios o compatible con una asfixia; sin embargo, el propio perito también ha dicho que hay casos en los que un "cogoteo" ciertamente no deja ninguna lesión física evidente, como ocurre por ejemplo en los delitos de robo agravado mediante el cogoteo, hechos que son de conocimiento frecuente de los miembros de este colegiado, por reglas de la experiencia adquirida en el ejercicio de la magistratura.

3.4.2.8.- Otro hecho probado es que la agraviada, no padecía de ninguna enfermedad crónica preexistente, tampoco se ha verificado un cuadro de aneurisma, está descartada la ingesta de sustancia tóxica, conforme a lo analizado en los numerales precedentes. Asimismo es un hecho probado pericialmente que el acusado es una persona con poca tolerancia a la frustración, un apersona fantasiosa, tendencia a la mentira, con una alta escala de mentira, tal como como la ha referido la perito Soledad Alcamari Paredes. Asimismo la Perito Juana Cabala Cabala (médico Psiquiatra) ha señalado que el acusado presenta alienación mental, tampoco hay indicadores de organicidad cerebral, tiene una personalidad narcisista, egocéntrico, egoísta, con poco control de impulsos, con juicio y capacidad para discernir el bien del mal; solo como prueba de su alta escala de mentira, a la perito psiquiatra en su relato refirió, que nunca había maltratado a su esposa, que antes solo discutían, que ella había fallecido por un aneurisma.

INDICIOS SUBSIGUIENTES²⁹⁶

3.4.2.9.- Otro hecho indiciario probado en juicio es la conducta asumida por el acusado, después de que la agraviada sufriera el paro cardio respiratorio al interior de su domicilio. Esta no solo fue indiferente, sino además agresivo y de autoprotección; como refiere el testigo Marco Pariona Apaza, el acusado estando su esposa tirada en el suelo inconsciente refirió que era una mañosa y que se estaba haciendo, y no hacía nada para auxiliarla. Asimismo el testigo José Antonio Parisaca Apaza, también vecino de a la agraviada, ha señalado que después del grito de auxilio de la señora (agraviada) transcurrió más o menos una hora y cuando fue al domicilio del acusado, no la vio a la agraviada y asumió que estaba mal éste solo le dijo que fuera a traer taxi. Igualmente el testigo Erick Salazar Arroyo (PNP), ha dicho en juicio que cuando se constituyó al domicilio donde estaba la agraviada (por segunda vez, luego de transcurrido 15 minutos más o menos), no permitió que lo auxiliara a su esposa, lo trató descortésmente y solo le dijo que su esposa estaba mal de salud. Por otro lado estando ya en el hospital la agraviada, horas más tarde, bajo una actitud no solo prepotente sino agresiva fue al domicilio de la testigo Nancy Eufemia Ticona Gonzales (sobrina del agraviada) a insultarla y romper los vidrios de ventana, con el objeto de recuperar a su menor hija Fátima, dado que dicha testigo (sobrina de la agraviada) lo tenía a dicha menor, por lo que incluso se vio obligada a interponer una denuncia; extremo que ha sido corroborado a su vez con la

²⁹⁶ Cesar San Martín Castro, Ob. Cit. Pág. 754 "... son los que se presentan con posterioridad a la comisión del delito. En la clasificación de Gorphe, se trata de los indicios de actitud sospechosa; pueden ser acciones palabras, manifestaciones, hechos posteriormente amigos, el cambio de residencia sin motivo aparente, alejarse del lugar donde se cometió el delito, fugarse después de estar detenido, ocultar elementos materiales del delito, la preparación de falsas pruebas sobre su inocencia, consecución de testigos falsos, etc.

testimonial de Mavelith Angélica Rivera Gonzales (sobrina de la agraviada) quien ha referido que efectivamente el día 2 de agosto del 2013, observó que al frente de la casa de su tía Yolanda Gonzales, el acusado estaba gritando e insultando, además rompiendo los vidrios de la ventana de la casa de su tía.

3.4.2.10.- Asimismo se ha evidenciado en juicio que, luego de la ocurrencia del hecho denunciado, el acusado en todo momento ha adoptado una actitud hostil y de autoprotección, tal es así que no ha permitido que sus hijos (Fátima y Raúl) sean evaluados por los profesionales en psicología, ni que sean entrevistados. Ello se tiene acreditado con la declaración testimonial de la perito psicóloga Soledad Alcamari Paredes, quien ha señalado que hizo una evaluación psicológica al acusado, a su padre y a sus dos menores hijos, siendo que respecto a los dos menores Fátima y Raúl Vargas Gonzales, ha concluido que ambos presentan síndrome de alienación parental, fueron preparados a la evaluación, la menor mostró interés por defender y proteger a su papá, observó manipulación y chantaje emocional, sugirió evaluaciones periódicas a efecto que cese la manipulación a la menor. Respecto del menor dijo que denota afectación por pérdida de mamá, se identifica más con ella, pero ahora se deja guiar por la hermana, está pendiente de lo que haga o diga, también tiende a proteger a su papá, recomienda cese de manipulación y acercamiento con familia materna respecto de ambos menores.

3.4.2.11.- Finalmente cabe señalar que está probado que el acusado ha postulado, que la causa básica de la muerte de su esposa, es un aneurisma, luego ha dicho que es la ingesta de sustancia tóxica, concretamente un veneno para hormigas llamado "Lacnate"; sin embargo, conforme se puede apreciar de los considerandos precedentes, no se ha probado dicho extremo, es más la aneurisma ha sido descartado no solo por el perito que realizó la necropsia de la agraviada, sino por el auditor médico legista Olmo Arpasi ofrecido por el propio acusado; y la ingesta de sustancia tóxica ha sido desvirtuada conforme a la prueba actuada en juicio, por tanto solo queda determinar vía lógica inferencia si la causa básica de muerte fue producido por una asfixia por inhibición como ha postulado el Ministerio Público.

3.4.2.12.- Concurrencia de contra indicios.- De acuerdo a la toda la prueba actuada en juicio, se puede apreciar que como contra indicios razonables solo concurren algunos hechos invocados por la defensa del acusado, pero que no tienen la entidad suficiente para desvirtuar la contundencia de los hechos indiciarios que acabamos de analizar²⁹⁷. Un contra indicio fuerte es precisamente la conclusión del perito Auditor Díaz Mendival, en el sentido que la casusa básica de la hipoxia es la supuesta ingesta de sustancia tóxica, sin embargo dicho extremo ha sido ampliamente analizado, habiéndose desvirtuado plenamente dicha coartada del acusado, por contravenir manifiestamente el sentido común y no tener sustento científico, ni siquiera fáctico en base a los antecedentes, dado que solo se basó en una sola declaración contradictoria de una menor de edad. Otro contra indicio es que no existen lesiones físicas en el cuello de la agraviada, producto del cogoteo o compresión antero traqueal y tampoco haya lesiones en el acusado o huellas en las uñas de la víctima, producto de la reacción defensiva que debió ejercer la agraviada al momento del cogoteo; sobre lo primero cabe indicar que, dicho extremo ya fue analizado y valorado, concluyéndose que científicamente es factible que una acción de tal naturaleza no deje ninguna lesión física en el cuello o lugares

²⁹⁷ Jorge Rosas Yataco, *Derecho Procesal Penal, Doctrina Legislación, Jurisprudencia, Modelos, Jurista Editores, Primer Edición, Lima, junio 2005. Pág. 760.* "... La prueba indiciaria, conocida también como prueba indirecta, es la que se dirige a mostrar la certeza de un (os) hecho (s) (indicios), explicitando a través del razonamiento basado en un nexo causal y lógico entre los hechos probados y los que se trata de probar; y estos están relacionados directamente con el hecho delictivo, existiendo coherencia y concomitancia que descarte la presencia de los llamados contra indicios..."

próximos, como ocurre en la mayoría de los robos agravados mediante el cogoteo (lo que se conoce por reglas de la experiencia en la judicatura); casos en los cuales tampoco existe una reacción defensiva de la víctima, por temor a un daño mayor, tanto más cuando el agresor tiene ventaja, como en el presente que es varón de contextura gruesa y de talla más alta que la víctima, tal como se ha podido apreciar de las vistas fotográficas visualizadas en juicio; no siendo razonable ni prudente exigir una actitud defensiva a la parte agraviada. Finalmente otro contra indicio es no haberse tomado muestra para examen toxicológico el mismo día de su hospitalización y que la muestra de líquido color café obtenida del estómago al día siguiente de su internamiento puede haber sido producto de una intoxicación; sin embargo dichos extremos también ya fueron ampliamente analizados y valorados, concluyéndose que el líquido color café es muy probable que sea producto de una úlcera gástrica intrahospitalaria, dado que el primer día no se encontró sustancia alguna vía sonda nasogástrica y no se tomó muestra el primer días porque además no se evidenció ningún síntoma de Intoxicación. De lo expuesto se advierte que los contra Indicios no son muchos ni contundentes, por tanto no son suficientes para desvirtuar la cantidad y contundencia de los indicios.

3.4.3. HECHOS CONSECUENCIA (INDICADOS) PROBADOS VIA INFERENCIA LÓGICA

3.4.3.1.- La doctora Soledad Quispe Farfán nos dice que es doctrina constante y reiterada que para que la denominada prueba indiciaria pueda desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen en hechos bien acreditados y que el órgano judicial explicita el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los datos probados, llega a la conclusión de que el acusado realiza, la conducta tipificada como delito²⁹⁸. La prueba Indiciaria tiene el mismo valor que se le otorgan a las otras pruebas: es la doctrina dominante (Lucchinl, Manzini, Mittermaier, Silva Meler) que la considera como una de las pruebas de mayor importancia dentro del proceso penal. Se dice que la prueba Indiciarla rechazada por Imperfecta, en contraposición a las llamadas pruebas legales es, no obstante, la más razonable cuando el nexo que debe mediar entre los supuestos conocidos y el hecho que se quiere demostrar es tan íntimo, que el raciocinio cree ver entre lo que aspira a probar y los medios de prueba una verdadera relación de causa a efecto. En suma, el valor de la prueba indiciarla es igual al de las pruebas directas²⁹⁹.

3.4.3.2.- Luego de un análisis racional y una ponderación objetiva de los hechos probados mediante la prueba directa actuada en juicio y descritos en los numerales precedentes, no resulta difícil concluir que la causa básica de muerte de la agraviada Lourdes Gonzales Flores, se produjo con fecha 2 de agosto del 2013, entre las cuatro y cinco de la mañana, al interior del inmueble sito en la Jirón Ayacucho N° 4182 Distrito de San Martín, mediante una asfixia por inhibición o estrangulamiento antra traqueal, lo cual según la imputación fáctica es por haber el acusado sujetado el cuello de la agraviada con uno de sus antebrazos (lo que comúnmente se denomina el "cogoteo"), mientras con el otro brazo lo tenía sujeta del brazo derecho de la víctima; siendo que dicha acción del acusado provocó la asfixia generando un paro cardio respiratorio, lo cual a su vez desencadenó una hipoxia cerebral, que finalmente conllevó a una encefalopatía multifactorial, como causa final del fallecimiento de la víctima. Estando a lo expuesto en los considerandos precedentes, se advierte que concurren plenamente los presupuestos establecidos mediante el Acuerdo Plenario N° 01-2006, por la Corte Suprema de la República³⁰⁰; tal es así que los hechos

²⁹⁸ Fany Soledad Quispe Farfán, *El derecho a la presunción de Inocencia*, Palestra Editores, Primera Reimpresión Lima Marzo 2003.

Pág. 113

²⁹⁹ Jorge Rosas Yataco, *Derecho Procesal Penal, Doctrina Legislación, Jurisprudencia, Modelos*, Jurista Editores, Primer Edición, Lima, junio 2005 Pág. 763

³⁰⁰ Acuerdo Plenario N° 01-2006, mediante el cual se dispone como jurisprudencia vinculante, el fundamento cuarto de la ejecutoria suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1912-2005-Piura, de fecha 06 de setiembre del 2005. Fund. Cuarto: "... los requisitos que

Indiciarios o hecho base se encuentran debidamente acreditados con la prueba actuada en juicio, asimismo no se trata de un solo indicio sino de varios hecho indiciarios que se encuentran directamente interrelacionados y son concomitantes al hecho indicado que se pretende probar; y no concurren contra indicios suficientes que puedan debilitar o enervar la inferencia lógica del hecho consecuencia antes referido.

3.4.3.3.- El razonamiento básico para arribar a dicha conclusión es en base a la concatenación secuencial de los hechos indiciarios (base) acreditados, tal es así que está probado en autos que existieron peleas entre ambos, mayormente cuando el acusado estaba en estado de ebriedad se genera la pelea, siendo que el día 2 de agosto del 2013, el acusado llegó a su casa aproximadamente a las tres de la madrugada, en estado de ebriedad, produciéndose una discusión con su esposa, sobre un celular, estando solo el acusado, su esposa y sus dos menores hijos; en tales circunstancias los vecinos escuchan del inmueble de la agraviada gritos de los niños; en tales circunstancias resulta inconsciente la agraviada, con un paro cardio respiratorio solo con dos lesiones físicas compatibles a esta fecha; una excoriación en la mejilla y una equimosis en el brazo derecho. Estando probado que la agraviada no presentaba ninguna enfermedad crónica, no había un cuadro de aneurisma, no habían lesiones traumáticas internas ni externas, tampoco había ingesta de sustancia tóxica, que son los principales factores de la hipoxia y estando dentro del contexto antes descrito, la deducción lógica es que el acusado fue quien ocasiono el paro cardio respiratorio en la agraviada mediante el cogoteo (compresión del tráquea) y sí bien no presenta lesiones físicas en el cuello, es porque un cogoteo o compresión antero traqueal no siempre causa lesión física en el cuello como lo ha referido el perito Miranda Zegarra, pero presenta la lesión equimótica en el brazo derecho, como lo ha sostenido el Ministerio Público; lo cual resulta coherente con el reproche que le hiciera su menor hija Fátima al acusado el mismo día que la agraviada sufrió el paro cardio respiratorio, en presencia de su tía Norka Gonzales Flores y solo así también se justifica la conducta agresiva y de autoprotección que ha adoptado el acusado durante la investigación, impidiendo a toda costa que sus menores hijos tengan contacto con terceras personas, especialmente con los familiares de la agraviada, dado que es obvio que tiene el temor de que los menores puedan declarar lo que realmente apreciaron, al extremo que ha llegado a denunciar a la psicóloga Soledad Alcamari Paredes, por el solo hecho de haber evaluado a los menores y tratar de ayudarlos con una terapia; asimismo ha logrado manipular a sus menores hijos, provocando una alienación parental³⁰¹, esto es

han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; que, respecto al indicio, **(a) éste - hecho base - ha de estar plenamente probado - por los diversos medios de prueba que autoriza la ley -, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar -los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son - y (d) y deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia -no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí -;** que es de acotar que no todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos - ello está en función al nivel 3 de aproximación respecto al dato fáctico a probar - pueden clasificarse en débiles y fuertes, en que los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera -esa es, por ejemplo, la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo Español en la Sentencia del veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y nueve que aquí se suscribe -; que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo

³⁰¹ **Aguilar Cuenca, José Manuel, S.A.P Síndrome de alienación parental -Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro, Editorial Almuzara, 2da.edición, España 2005, Ob CU p 23 "El Síndrome de la Alienación Parental, en adelante SAP, fue definido por Richard Gardner (Profesor de Psiquiatría Clínica del Departamento de Psiquiatría Infantil de la Universidad de Columbia) en 1985, como "un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda o custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de**

poner a los hijos a favor de uno de los padres y en contra del otro (siendo ello posible cuando uno de los padres esta fallecido) obviamente para que dichos menores traten de favorecer y proteger siempre al padre sobreviviente con sus declaraciones, como ha ocurrido en este caso.

3.4.3.4.- Si no fuera cierto el hecho inferido y si el acusado no hubiera sido el causante del paro cardio respiratorio de la agraviada, no hubiera tenido ninguna necesidad de adoptar la conducta que adoptó, por el contrario y por sentido común hubiera sido el primero el colaborar con los actos de investigación, no solo haciendo que sus menores hijos reciban la ayuda psicológica que corresponde (dado que presenciaron lo ocurrido con su madre) y declaren cuantas veces fuera necesario ante la autoridad (obviamente con las garantías del caso), dado que son los únicos testigos presenciales del hecho investigado aparte de la víctima fallecida; así como tampoco hubiera sido necesario que los manipule y aísle de la familia materna. Por otro lado tampoco hubiera necesario que introduzca una coartada, tratando de justificar la muerte de su esposa con un cuadro de aneurisma inexistente, así como la ingesta de sustancia tóxica, cuando en realidad no concurren tales hechos, lo cual configura más bien una situación desfavorable para el acusado, dado que evidencia que indebidamente ha tratado de justificar lo Injustificable, obviamente con la finalidad de evadir su responsabilidad, siendo ello un indicio de mala justificación³⁰².

3.5.- ARGUMENTOS DE DEFENSA DEL ACUSADO

3.5.1.- Uno de los argumentos de defensa del acusado, según su abogado defensor ha sido cuestionar el análisis temporal sobre la hora del desvanecimiento de la víctima, indicando que el propio testigo de cargo Martin Parisaca Apaza, habría señalado que a las 4.30 de la madrugada, le toco la puerta la agraviada Lourdes Gonzales Flores y sus hijos, indicándole que su esposo se estaba loqueando por su celular (...) y que siendo el testigo principal de la fiscalía contradice los argumentos de la acusación. Al respecto cabe señalar que, en juicio no se ha interrogado al referido testigo, sino solo se han oralizado dos declaraciones previas, ante su Inasistencia a juicio. En efecto en la declaración de fecha 11 de Mayo del 2014, el testigo a la pregunta 5 refiere: "*el día 2 de agosto del 2013, siendo las cuatro y media de la mañana yo me levanté y cuando me disponía a trabajar con el pan, tocaron la puerta que divide mi casa con la casa de la señora Lourdes (...) entonces al abrir la puerta encontré a los hijos de la señora que estaban llorando y me pedían ayuda () Inmediatamente ingresé (...) allí se encontraba su esposo parado frente a la señora, quien estaba tirada en el suelo (...) al preguntarle me dijo era mañosa se estaba haciendo, luego me dijo que llamara un taxi...."* De lo transcrito se advierte que no existe ninguna contradicción en la declaración del testigo Martin Parisaca Apaza, como indebidamente sostiene la defensa, dado que según su declaración a las 4.30 de la madrugada, quienes le tocan son los hijos de la agraviada, pidiendo ayuda y no fue la agraviada quien haya tocado la puerta. Es cierto que antes de esa hora la agraviada y sus hijos le habían tocado la puerta al testigo, manifestándole que su esposo se estaba loqueando

la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del progenitor objetivo de esta campaña..."

³⁰² Juan Antonio Rosas Castañeda, *Algunas consideraciones sobre la Prueba Indiciaria y los Derechos Fundamentales* "Tanto es así que sí et inculpado suministra explicaciones satisfactorias y que además se comprueban, los elementos Indiciarios existentes pierden eficacia. A la inversa, si sus justificaciones son Inaceptables, ambiguas, equívocas, tendientes a eludir una respuesta concreta, deficientes, inventadas o mendaces, todo lo cual también debe comprobarse, ello configurará un refuerzo de aquellos Indicios, dando lugar a edificar una plataforma de cargos desfavorable a su situación procesal. La mala justificación se erige así como un complemento indiciario de los demás elementos de prueba " Disponible en: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/20059f8046e1187e98f09944013c2be7/Prueba+indiciaria.pdf?>

por su celular, lo cual no constituye ninguna contradicción, sino más bien una aclaración válida que despeja cualquier duda.

3.5.2.- Asimismo la defensa del acusado, como un argumento de defensa valora las declaraciones de los menores hijos del acusado (Fátima y Leonardo), quienes en juicio han dado una declaración exculpatoria a favor de su padre (acusado), prueba de ello es que en forma coincidente señalan que el día del hecho denunciado sus papas estaban discutiendo, que su papa no le pegó a su mamá, que al momento que se desmayó su mamá su papa estaba en el segundo piso y que ambos vieron que su mama sacó una bolsita se tomó con agua y se desmayó, sin embargo, se evidenció serias contradicciones en este extremo con sus declaraciones previas; lo cual no solo denota que dichas declaraciones no son espontáneas, ni coherentes, sino por el contrario concuerdan con la coartada propuesta por el acusado, sobre la supuesta ingesta de sustancia tóxica por la agraviada, como probable causa básica de su muerte, extremo que ya fue descartada plenamente por improbadada; ello corrobora más bien que los menores han sido manipulados por el progenitor, dando una declaración acorde con la alienación parental provocado en sus hijos por el propio acusado, tal como lo ha afirmado la perito Soledad Alcamari Paredes; razones por las cuales a criterio del colegiado la versión de los menores antes nombrados, no resulta creíbles, menos existe corroboración al respecto, sino por el contrario dicho argumento ha sido fehacientemente desvirtuada con la prueba actuada en juicio.

3.5.3.- Otro de los argumentos de defensa radica en cuestionar la causa básica de la muerte, en tal sentido refiere que en el caso de autos no se habría acreditado dicho extremo, que macroscópicamente no puede establecerse la etiología de la hipoxia, que ninguno de los médicos nos ha dicho de qué murió la agraviada, precisando que el propio perito Carlos Miranda Zegarra (médico legista que practicó el protocolo de necropsia) ha dicho que no es posible conocer la causa del paro cardio respiratorio, además que ninguna de las lesiones se relaciona con la causa de muerte, entre otros cuestionamientos. Pues si bien es cierto que el perito necropsiador, ni los otros médicos (testigos expertos) han determinado concretamente cuál es la causa de la hipoxia cerebral, que desencadenó en una encefalopatía multifactorial, como causa final de la muerte; sin embargo, ello no obsta que dicho extremo pueda determinarse judicialmente mediante la actividad probatoria (prueba directa o indirecta), que es lo que precisamente se ha hecho en esta causa, determinar la causa básica de muerte bajo el análisis de la prueba indiciaria³⁰³, a falta de prueba directa sobre los hechos materia de Investigación.

3.5.4.- Otro de los cuestionamientos de la defensa técnica ha sido una supuesta deficiente investigación fiscal, para determinar la ingesta de sustancia tóxica, aduciendo que no se realizó el examen toxicológico el primer día de su hospitalización, cuando en la historia clínica aparece que se encontró en el estómago de la agraviada una cantidad de líquido de color café. Este extremo ya fue analizado y valorado líneas arriba, sin embargo, cabe reiterarlo que si bien es cierto que el día 2 de agosto del 2013, no se tomó ninguna muestra para examen toxicológico; sin embargo, al respecto la doctora. Milagros Huamaní Siñago ha sido suficientemente clara en señalar que, no se tomó muestra ese día primero porque con la aplicación de la sonda nasogástrica, se verificó que no había sustancia alguna en el estómago, y segundo porque no se verificó ningún síntoma de intoxicación

³⁰³ Juan Antonio Rosas Castañeda, ob. Cit. Pág. "...Por medio de la prueba indiciaria lo que se hace es probar directamente hechos mediatos para deducir de éstos aquellos que tienen una significación inmediata para la causa. En esa misma línea, Juan Alberto BELLOCH JULBE anota que la prueba indiciaria presupone tres elementos esenciales: a) una serie de hechos - base o uno solo "especialmente significativo o necesario", que constituirán los Indicios en sentido propio; b) un proceso deductivo, que puede ser explícito o implícito (esto último, cuando el valor significativo del o de los indicios se impone por sí mismo); y, c) una conclusión o deducción, en cuya virtud uno o varios hechos periféricos han pretendido tener por acreditado un hecho central a la dinámica comitiva, conclusión que ha de ser conforme a las exigencias del discurso lógico..."

(vómitos, espuma en la boca, vidriosis, diarrea, etc.) que han referido los peritos, ni siquiera por versión de los parientes, solo el dicho por el cuñado de la agraviada y el acusado, quienes dijeron que parece haberse tomado veneno; pero tampoco los familiares llevaron los restos del veneno, o siquiera el sobre o el recipiente en el cual se habría tomado, no obstante haber sido buscado en todos los extremos de su casa por el propio acusado junto a su cuñada Martha Gonzales, tal como lo ha referido ésta última; siendo que el líquido color café al que hace referencia, fue efectivamente encontrado al segundo día de su hospitalización.

3.6- CONOCIMIENTO Y VOLUNTAD SOBRE LA MUERTE DE LA AGRAVIADA

3.6.1.- En Ministerio Público en su acusación ha referido expresamente que, el acusado conector de su responsabilidad en el desvanecimiento de su esposa se negó a su traslado al hospital por parte de los efectivos policiales, que acudieron ante la llamada de unos vecinos.

3.6.2.- Sobre el extremo de que el acusado sabía que se trataba de su esposa no está en discusión, dado que efectivamente está probado que efectivamente que el acusado y la agraviada eran esposos, asimismo se ha admitido que el día del hecho denunciado el acusado llegó a su casa en estado de ebriedad aproximadamente a las tres de la madrugada, produciéndose una discusión con su esposa sobre su celular.

3.6.3.- Sobre el conocimiento y voluntad de causarle la muerte a su esposa, el Ministerio Público no ha postulado dicho extremo, sino por el contrario ha dicho que pese a su conocimiento sobre el desvanecimiento de su esposa, se negó a su traslado al hospital por los efectivos policiales. Dicho extremo se acredita con la declaración testimonial de Erick Richard Salazar Arroyo (PNP) quien ha dicho en juicio que con fecha 2 de agosto del 2013, concurrió al inmueble del acusado por la llamada de un jovencito quien le dijo que había una persona tirada en el suelo (fue hasta en dos oportunidades con un intervalo de 15 minutos aproximadamente), siendo que en la primera oportunidad fue y no observó nada y se regresó a la comisaría, luego lo vuelven a llamar y nuevamente se dirige al lugar de ocurrencia donde observó al acusado, quien sacaba cargado en los brazos a su esposa, pero lo trató descortésmente y rechazó su apoyo para el auxilio de su esposa, manifestándole que solo estaba mal de salud y que la iba a llevar al hospital. Como se puede apreciar el acusado no solo negó el apoyo policial para el traslado de su esposa al hospital, pese haber estado ya en ese estado (inconsciente) la agraviada, por lo menos quince minutos, sino que además su conducta fue de total indiferencia, tal es así cuando ingresa al inmueble el vecino Raúl Parisaca Apaza y la ve inconsciente tirada en el piso a la agraviada, mientras el acusado (esposo) no hacía nada para auxiliarla, ni le pidió apoyo para su auxilio, sino por el contrario le dijo que su esposa era una mañosa y que se estaba haciendo.

3.6.4.- Asimismo cabe señalar que conforme a lo referido por el testigo José Antonio Parisaca Apaza, también otro vecino de la agraviada, llamó un taxi a pedido del acusado, pero el taxista no quiso recogerla porque la agraviada estaba inconsciente, lo que motivó que fuera a la comisaría a dar cuenta que su vecina estaba tirada en el suelo. Lo importante es resaltar todo el tiempo que transcurrió, desde el momento en que la agraviada se desvaneció, producto de la asfixia producida por el propio acusado, hasta que es trasladada al hospital a donde recién llega a las 5.15 horas; siendo que durante todo ese lapso de tiempo, el acusado no mostró una sola actitud de preocupación o diligencia para evitar que su esposa fallezca, sino por el contrario su conducta fue manifiestamente indiferente, al extremo de afirmar que su esposa era una mañosa y que se estaba haciendo, no obstante que fue él mismo quien la colocó en ese estado. Por sentido común, y al margen de quien sea el causante de estado de la agraviada, la conducta de un esposo frente a una situación de emergencia como lo ocurrido con la agraviada, debió ser de una preocupación extrema,

en cuya virtud pudo haber pedido auxilio en forma inmediata, a los vecinos, o él mismo llamar a la policía, con mayor razón si dice ser inocente de los hechos; lo contrario solo demuestra una actitud por demás irresponsable que linda con un claro desprecio por la vida de una persona, peor aún si se trata de una esposa.

3.7.- VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA

Bajo una valoración conjunta de la prueba, se tiene acreditado la muerte cerebral de la agraviada Lourdes Gonzales Flores, con fecha dos de agosto del 2013, a raíz de un paro cardio respiratorio prolongado, provocado por una asfixia por inhibición o compresión de la región antero traqueal, comúnmente conocido como el "cogoteo", ocasionado por el acusado al interior de su domicilio sito en Jirón Ayacucho N° 4182 Distrito de San Martín, el mismo que desencadenó en una hipoxia cerebral por falta de una atención médica oportuna, que finalmente terminó en una encefalopatía multifactorial como causa final de la muerte de la mencionada agraviada. Lo cual se concluye vía inferencia lógica del análisis y valoración del aprueba indiciaria, donde se ha analizado tanto los indicios como los contra indicios³⁰⁴; dado que ambas partes han tenido la oportunidad de trabajar este tipo de prueba, ya que el Ministerio Público desde el inicio del juicio oral, indico que este proceso se iba a probar con prueba indiciaria; en tal sentido para la deducción del hecho consecuencia antes precisado, se partido determinando previamente por descarte la ausencia de enfermedades crónicas, ausencia de un cuadro aneurisma, ausencia de lesiones traumáticas internas y externas, así como la ausencia de ingesta de sustancia toxica por parte de la agraviada, que son los principales factores que pueden producir una hipoxia cerebral; y considerando que la hipótesis de la ingesta de sustancia tóxica ha sido introducida por el acusado como una coartada para evadir su responsabilidad, que finamente ha sido desvirtuada en juicio con la abundante prueba actuada³⁰⁵. Por otro lado, es cierto que en juicio no se ha postulado ni probado que la muerte de la agraviada haya sido con la voluntad e intención plena de quitarle la vida, pero sí el acusado pudo haber evitado dicho resultado fatal, con una conducta diligente de auxilio, que cualquier esposo observaría frente a una situación tan grave ocasionada por él mismo, que no se ha observado en el presente caso, sino por el contrario ha actuado con una total indiferencia y con un evidente desprecio por el estado de salud grave y la vida de su propia esposa, calificándola de mañosa, cuando ya había sufrido el paro cardio respiratorio. Sobre tal base de análisis táctico deberá efectuarse el análisis jurídico, para determinar la existencia del ilícito y la responsabilidad penal del acusado.

CUARTO: ANÁLISIS JURÍDICO - JUICIO DE SUBSUNCIÓN

4.1.- Tipo penal aplicable al caso- En el presente caso el Ministerio Público, ha formulado acusación por el delito contra la Vida el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de **Feminicidio**, previsto en el artículo 108-B del Código Penal (vigente al momento del hecho denunciado), corresponde hacer el análisis jurídico respecto de este delito (en base los fácticos postulados), que literalmente prescribe:

³⁰⁴ **Juan Antonio Rosas Castañeda, ob, cit. Pág.-** "... El imputado debe poder controlar el ingreso al proceso de los indicios incriminatorios, debe poder ofrecer contra indicios (o contrapruebas) que se opongan a "las pruebas de cargo". Así en la valoración conjunta de los indicios y contra indicios el juzgador sólo llegará a una sentencia condenatoria si los mismos ofrecen una convicción absoluta de la responsabilidad penal del imputado, en esa medida se establece la ligazón entre la construcción de la inferencia lógica que se constituye en prueba indiciaria y el derecho del imputado a la presunción de inocencia, pero más aún, la construcción de la prueba indiciaria será el soporte de una sentencia condenatoria debe estar explicada en la resolución del juzgador, construcción que se expresa en la confluencia de todos los indicios a una única y posible conclusión o reconstrucción de los hechos, donde el imputado es el responsable penal del delito denunciado..."

³⁰⁵ Asimismo conviene citar la **Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 618- 2005-PHC/TC.** "...El derecho a la presunción de inocencia comprende el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde actuar a los jueces y tribunales; que sea suficiente para generar en el tribunal la evidencia de la existencia no solo del hecho punible, sino también de la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción de inocencia".

"Artículo 108-B-“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 (...): por tanto el juicio de subsunción se hará conforme a los hechos acreditados, por el titular de la acción penal, tal como se ha expuesto en el análisis fáctico y valoración probatoria.

4.2.- JUICIO DE TIPICIDAD: A efecto de determinar la tipicidad de la conducta del acusado, resulta necesario verificar la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal presuntamente infringido.

4.2.1.- Tipicidad objetiva:

4.2.1.1.-Respecto de los sujetos activo y pasivo: Que siendo así ha quedado establecido que los hechos incriminados son constitutivos del delito de FEMINICIDIO, previsto y penado por el artículo 108-B del Código Penal, modificado por la Ley N° 30068, publicado el 19 de Julio del 2013, vigente a la fecha de los hechos, concordante con el artículo ciento tres de la Constitución. El tipo penal exige una calificación especial del sujeto pasivo, que sea una mujer, y que el sujeto activo sea cualquier persona que responsa a dicha calificación, siendo que en caso de autos ambos sujetos reúnen la condiciones especiales que requiere la norma. Tratándose del Femicidio, los hechos se han producido en un contexto de violencia familiar como lo exige el tipo penal.

4.2.1.2.- Bien jurídico protegido.- El Femicidio al igual que de lo que acontece con el Asesinato, no es constitutivo de un delito autónomo, pues no reviste los caracteres y particularidades necesarias, para ella: esta figura en realidad, es un homicidio agravado por el especial motivo que subyace entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito. Importa al igual que el homicidio simple, la muerte de una persona, no requiriéndose algún otro elemento, con respecto al contenido del disvalor del injusto, en lo que comprende al disvalor de la acción, son los mismos medios comisivos, la misma voluntad criminal, el resultado también es el mismo: la eliminación de la vida humana. Se erige como una modalidad circunstanciada del homicidio simple, por lo tanto el bien jurídico protegido es la vida humana independiente³⁰⁶.

4.2.1.3.- Comportamiento típico

Para ser considerado autor en el caso del tipo penal de Femicidio, se requiere en principio la concurrencia de dos elementos: dar muerte a una mujer por su condición de tal, en un episodio de violencia y discriminación. A lo cual debe añadirse el dominio del hecho, quiere decir esto, que el autor haya de ostentar el control del suceso típico en su totalidad, con la posibilidad de frustrar su realización típica en cualquier momento. De acuerdo con ello, el varón, únicamente colabora, coadyuva en la muerte de una mujer, pues sólo le proporciona el arma al tercero que finalmente acomete la acción homicida, sólo podrá a lo más ser punible su conducta a título de cómplice primario del delito de Homicidio simple o de Asesinato, en la medida que el autor material es quien ha tenido el dominio del hecho, y en virtud de la unidad en el título de la imputación, y de la accesoriadad participativa debe responder por el mismo delito. No es suficiente, entonces, que se verifique el nexos, para declarar la autoría a efectos penales, no perdamos de vista que los tipos penales de la Parte Especial del C.P., se refiere a los autores y no a los partícipes, la especial

³⁰⁶ Tomás Aladino Gálvez Villegas. Ob. Cit. Pág.381.

agravación se dirige sólo al autor³⁰⁷. En el presente caso se ha acreditado que entre el acusado y la agraviada, quien en vida fue Lourdes Gonzales Flores, efectivamente existía una relación matrimonial desde el año 1999, producto del cual incluso han procreado a sus dos menores hijos Fátima y Raúl de nueve y siete años de edad respectivamente al momento del hecho denunciado. Asimismo en juico se ha aprobado la muerte de la agraviada, ocasionado por un asfixia por inhibición o por compresión antera traqueal, lo que comúnmente se conoce como el "cogoteo" que no necesariamente deja lesiones físicas en el cuello; lo cual provocó una hipoxia cerebral por paro cardio respiratorio, lo cual desencadenó en una encefalopatía multifactorial, que fue la causa final de la muerte; siendo que la causa básica de dicho desenlace ha sido la asfixia que lo produjo el acusado al interior de su domicilio, sito en Jirón Ayacucho N° 4182 Distrito de San Martín de Porres - Lima y la actitud indiferente que mostró el acusado, al no pedir auxilio para su traslado oportuno al centro asistencial y por el contrario haber rechazado el apoyo policial para dicho traslado, los que objetivamente configuran los elementos estructurales del tipo penal invocado.

4.2.2.- Tipicidad subjetiva.- El Femicidio es un delito esencialmente doloso, no es reprimible a título de culpa. Según su propia descripción típica, se exige que el autor actúe motivado en la condición de superioridad que las relaciones desiguales de poder generan sobre la víctima, para poder dar por admitida esta figura delictiva. El autor, al momento de dar rienda suelta a su quehacer delictivo, debe querer matar a una mujer por su condición de tal.

Siendo que en el caso de autos, el Ministerio Público no ha invocado el dolo directo, tampoco en juicio se ha acreditado que el acusado hubiera tenido la voluntad y la intención de matar a su esposa, sino haber actuado con una indiferencia e indolencia manifiestos, no obstante que el resultado muerte de su esposa se representó como posible conforme a las circunstancias analizadas, sin embargo pese a ello demostró una indiferencia manifiesta, pese al grave estado de salud de la víctima, lo que finalmente ocasionó la muerte³⁰⁸. Bajo una actitud diligente del acusado, esto es de haberla auxiliado en forma oportuna o haber pedido auxilio de los vecinos y las personas que se acercaron apenas se produjo el desvanecimiento, pudo haber evitado el desenlace final.

4.3.- Juicio de antijuricidad- Para establecer la responsabilidad del acusado no basta que la conducta desarrollada sea una conducta típica, vale decir prevista como conducta prohibida o sancionada penalmente por la ley, sino que además debe revestir el carácter antijurídico, esto es ser una conducta contraria a la ley y al derecho en general. La conducta desplegada por el acusado no solo se contrapone o transgrede la norma penal en particular (antijuricidad formal) sino que también es opuesta al derecho en general (antijuricidad material) que comprende el mandato natural de no causar lesión o daño a nadie, dado que el bien jurídico protegido en el delito materia de acusación es precisamente la vida de una mujer independiente, por lo tanto merecen el respeto y la protección absoluta por todos los miembros de la sociedad, al margen de la existencia o no de una norma legal prohibitiva, dado que la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad, conforme a un imperativo constitucional (artículo 1 del Constitución Política del Estado), pese a ello el acusado o inobservado precisamente dichos mandatos. En ese sentido cabe señalar que la conducta desplegada por el acusado no reviste ninguna causa que la

³⁰⁷ Raúl Alonso Peña Cabrera Freyre. Derecho Penal Parte Especial Tomo I Editorial IDEMSA. Primera Edición Lima Perú. Noviembre 2008. Pag. 113.

³⁰⁸ José Hurtado Pozo, Manual de Derecho Penal Parte General, Editorial Grijley, 4ta Edición, Lima 2005.

"...El elemento común que los vincula es la actitud del agente respecto al resultado que se representa como posible (...). En su foro interno debe considerar la producción del resultado como bienvenida, circunstancia que conlleva una apreciación negativa de la actitud del sujeto activo. En otras ocasiones se ha considerado suficiente que haya mostrado desinterés respecto al perjuicio probable de su comportamiento (teoría de la indiferencia), es decir que lo hubiera aceptado con relativo, o lo tenga como consecuencia positiva....".

justifique, ni exima su responsabilidad penal, sino por el contrario resulta manifiestamente contrario al derecho y a una norma penal en particular, por tanto antijurídica.

4.4.- Juicio de Culpabilidad e Imputabilidad- Asimismo, cabe señalar que la conducta del acusado, además de típica y antijurídica resulta por demás reprochable, dado que pudo haber actuado de otra manera, vale decir observando el respeto por la vida humana de un apersona, con mayor razón tratándose de una mujer. Por otro lado el acusado no padece de anomalía psíquica o psiquiátrica que pueda enervar su responsabilidad penal, pues conforme a lo expresado por los peritos especializados el acusado no es portador de alienación mental, ni presenta indicadores de organicidad cerebral, salvo rasgos de personalidad negativos como ser un sujeto narcisista, compulsivo, por tanto es una persona normal con capacidad de discernimiento, además que cuenta con grado de instrucción secundaria, lo cual permite concluir que el acusado es una persona plenamente imputable. Asimismo es pertinente agregar que al acusado no se le exigía ningún comportamiento heroico o extraordinario, sino únicamente un comportamiento de respeto por la vida de una persona de su entorno familiar.

4.5.- Responsabilidad Penal.- Estando a lo expuesto en los considerandos precedentes, resulta plenamente determinada, la existencia del delito de feminicidio, así como la responsabilidad penal del acusado sobre dicho delito, y no habiéndose evidenciado en juicio la concurrencia de ninguna causa eximente de responsabilidad penal; en tal sentido el acusado es pasible de una sanción penal, por el delito postulado, conforme a lo establecido en los artículos IV, VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal, dado que además luego del análisis táctico jurídico efectuado, no concurre ninguna causa de exención de la pena a imponerse, solo causa privilegiada de atenuación por una eximente incompleta, lo que será analizado en el siguiente rubro.

QUINTO.- DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA APLICABLE. -

Para la determinación de la pena aplicable en el presente caso, debe tenerse presente los principios de legalidad, lesividad, proporcionalidad y culpabilidad, conforme a lo previsto en el Acuerdo Plenario N° 01-2008/116-CJ³⁰⁹, concordante con las disposiciones efectuadas mediante Resolución Administrativa N° 311- 2011-P-PJ, lo cual deberá efectuarse bajo el procedimiento respectivo, esto es primero determinando la pena básica, luego la pena concreta, para luego analizar la concurrencia de las circunstancias que sustenten la disminución o incremento de la condena³¹⁰. En el caso de autos el Ministerio Público ha propuesto que se le imponga quince años de pena privativa de libertad.

5.1.- Principio de legalidad.- Al respecto cabe señalar que conforme al análisis fáctico y jurídico, se tiene acreditado los hechos que configuran el delito de Feminicidio, previsto en el artículo 108-B del

³⁰⁹ **Acuerdo Plenario N° 01-2008/116-CJ.** "...Es importante destacar que en nuestro país se ha establecido un sistema ecléctico de determinación de la pena. Esto es el legislador solo señala el máximo y el mínimo de pena que corresponde a cada delito. Con ello se deja al juez un arbitrio relativo, que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado, lo cual se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber de fundamentación de las resoluciones judiciales..."

³¹⁰ **VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA.** Ponencia presentada en el Seminario Taller, llevada a cabo los días, 25 y 26 de mayo de 2007 Ciudad de Piura - Perú. "... Identificamos que hay tres momentos esenciales dentro de este proceso de determinación judicial de la pena, estos tres momentos esenciales están desarrollados de modo esquemático como: La identificación de la pena básica, La búsqueda o individualización de la pena concreta y, El punto intermedio (aunque aparece ahí como el número tres, pero creo es correlativo a los otros), que es la verificación de la presencia de las circunstancias que concurren en el caso. El problema para el Perú, para los jueces peruanos, es que no tenemos un marco normativo que nos permita organizar sistemáticamente este procedimiento, a fin de darle una construcción de sustento formal y normativo al paso que desarrollamos. Otros sistemas jurídicos han desarrollado un esfuerzo bastante detallado en resultados, para poder justamente organizar este esquema

Código Penal, el cual conmina con una pena privativa de la libertad no menor de quince años, siendo que el tipo penal solo establece el extremo mínimo, mas no así el extremo máximo; sin embargo, estando a lo previsto en el artículo 29 del Código Penal, donde se establece como pena máxima temporal 35 de pena privativa de la libertad, ésta debe ser extremo máximo, siendo ésta la pena básica; sin embargo, en este caso concurre una circunstancia atenuante privilegiada por el estado de ebriedad en que se encontraba el acusado al momento del hecho denunciado, hecho postulado por el Ministerio Público, sobre el cual si bien no se ha actuado examen de dosaje ético alguno, pero tal hecho forma parte del fáctico de la acusación, lo que ha sido corroborado con los diversos medios de prueba actuados en juicio, lo cual denota que el acusado actuó con algún grado de alteración de la conciencia, por tanto resulta aplicable lo previsto en el artículo 21 del Código Penal, dado que constituye una eximente incompleta; lo cual faculta al juez establecer un nuevo marco punitivo por debajo del límite inferior de la pena.

5.2.- Nuevo marco punitivo- En efecto el artículo 45-A del Código Penal, faculta al juzgador establecer un nuevo marco punitivo en caso de concurrencia de alguna circunstancia atenuante privilegiada, pero como dicho dispositivo no señala hasta cuanto es factible reducir el nuevo mínimo, se invoca una interpretación sistemática y teleológica de las normas que autorizan el Incremento de la pena cuando concurre una circunstancia agravante cualificada, como el caso de la reincidencia y la habitualidad por ejemplo, casos en los cuales se puede aumentar la pena hasta una mitad o hasta las dos terceras partes, por encima del máximo legal; siendo que en virtud de los principios de igualdad procesal, equidad, flexibilidad y elasticidad, si la ley faculta poder aumentar la pena en tales proporciones, también resulta razonable que para el caso de una circunstancia atenuante privilegiada se pueda establecer el extremo mínimo del nuevo marco punitivo, disminuyendo en similar proporción solo en sentido inversa, es decir hasta una mitad por debajo del tercio inferior o mínimo conminado; en tal sentido para el delito de Femicidio (art. 108-B del código Penal), podemos establecer como nueva pena mínima siete años y seis meses y como nueva pena máxima quince años, siendo ésta la pena básica para el caso de autos. Cabe agregar que a criterio del colegiado, la eximente incompleta es asimilable a una circunstancia atenuante privilegiada, al igual que la tentativa, o cuando menos son circunstancias semejantes o equiparables, bajo una interpretación en favor del reo. Asimismo cabe agregar, que para el nuevo marco punitivo no se toma en cuenta el número de circunstancias privilegiadas, dado que basta la concurrencia de una circunstancia para establecer un nuevo marco punitivo.

5.3.- Concurrencia de circunstancias y aplicación de los principios rectores.-

Conforme a lo previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. El bien jurídico afectado es la vida de una mujer, por tanto la lesividad es mayor, asimismo el acusado tiene instrucción secundaria, por tanto estaba en la posibilidad de advertir el carácter delictuoso de su conducta. El acusado carece de antecedentes penales, lo cual es una circunstancia atenuante genérica, por otro lado el acusado ha cometido el delito bajo móvil fútil, esto es por un celular y abusando de la condición de superioridad que las relaciones desiguales de poder generan sobre la víctima, dado que el agente es varón contra una dama, lo cual deviene del tipo penal del femicidio. Bajo tales consideraciones, y habiendo verificado la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes genérica, conforme a lo previsto en el artículo 46 del Código Penal, resulta prudente, razonable y proporcional establecer la pena concreta dentro del tercio medio del nuevo marco punitivo. Para lo cual también se toma en cuenta los fines de la pena (preventiva, protectora y resocializadora), los que en ningún caso buscan la destrucción del condenado; sino por el contrario se busca la plena resocialización del penado, sin que por ello se transgreda el principio de legalidad. En tal sentido el Ministerio Público ha solicitado

que se le imponga quince años de pena privativa de la libertad, esto es en el tercio inferior (extremo mínimo), no siendo factible que el juez pueda imponer una pena superior a la solicitada por el señor fiscal, por la prohibición prevista en el artículo 397.3 del Código Procesal Penal; pero si una pena inferior a la propuesta fiscal, en tal sentido debe imponerse once años y tres meses de pena privativa de la libertad, con el carácter de efectiva. Por tanto deberá cumplir dicha condena en el establecimiento penal que determine la autoridad administrativa del INPE sede Lima, debiendo computarse dicha condena desde la fecha de su internamiento.

SEXTO.- DETERMINACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL

6.1.- De conformidad a lo establecido por el artículo noventa y tres del código penal la reparación civil comprende: la restitución del bien o si no es posible el pago de su valor y la Indemnización de daños y perjuicios. Debe tenerse en cuenta que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal. En el caso de autos, estando a la naturaleza del bien jurídico tutelado no es factible la restitución del mismo; sin embargo es factible establecer la indemnización de los daños y perjuicios generados especialmente en el aspecto del daño moral, que inevitablemente se ha causado a los familiares cercanos, entre ellos a los menores hijos, los que deben establecerse en función a la pretensión formulada y lo acreditado en proceso, en su defecto conforme al principio de equidad, autorizado por el artículo 1332 del Código civil.

6.2.- Siendo que en el caso de autos la agraviada inicialmente estuvo constituido en actor civil, representada por la progenitora de la agraviada, quien habría fallecido en el curso del proceso, tal como lo han informado las partes, en cuya virtud en aplicación de los principios de flexibilidad, elasticidad y el principio del Interés superior de niño, se ha dispuesto que excepcionalmente el Ministerio Público retome la representación de la parte agraviada. En tal sentido el Ministerio Público, en representación de la parte agraviada ha propuesto que se fije una reparación civil ascendente a la suma de doscientos mil nuevos soles; sin embargo, no ha aportado mayor medio de prueba para la determinación del quantum del monto indemnizatorio, salvo los exámenes periciales de psicología practicados a los menores hijos de la agraviada, quienes en juicio han manifestado el grado de afección psicológica sufrido por ambos menores (Fátima y Raúl), además de la alienación parental; en tal sentido no teniendo una información certera sobre la magnitud del daño o perjuicio ocasionado a la integridad psicosomática de los menores agraviados, resulta factible fijar un monto indemnizatorio bajo los principio de prudencia y equidad, al amparo de lo establecido por el acotado artículo 1332 del Código Civil, concordante con lo previsto en el artículo 101 del código Penal.

6.3.- Asimismo para la determinación del monto indemnizatorio se tiene en cuenta el Acuerdo Plenario N° 06-2006-PJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República³¹¹, que autoriza la determinación de la reparación civil en los casos que concurren daños inmateriales que no tienen reflejo patrimonial alguno, como en el presente caso que se trata de un daño moral o existencial, lo que debe ser determinado con criterio de equidad, y tomando en cuenta los principios consolatorios como la "Pretium Doloris", contrastados con la prudencia y razonabilidad; en tal sentido resulta razonable fijarse en la suma de cien mil nuevos soles por todo concepto, que deberá ser pagado por el sentenciado a favor de los herederos legales de la agraviada que en vida fue Lourdes Gonzales Flores, con excepción del acusado, dado que en su calidad de cónyuge supérstite, también tiene la

³¹¹ **Acuerdo Plenario N° 06-2006/PJ-116. Corte Suprema de justicia de la República** "... por la naturaleza del delito no concurre un daño o perjuicio patrimonial concreto, pasible de cuantificación económica; sin embargo, ello no implica el descarte de su existencia, dado que es factible la determinación de los daños inmateriales, que no tienen reflejo patrimonial alguno, pero que afectan un interés existencial (lo que la doctrina y jurisprudencia italiana conoce como los daños existenciales).

calidad heredero legal, lo contrario implicaría un ejercicio abusivo del derecho sustancial, siendo prudente y racional regular judicialmente este extremo, dado que transgredirla el sentido común considerar al propio sentenciado, también como agraviado.

SÉPTIMO-COSTAS DEL PROCESO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 497 del Código Procesal Penal, las costas del proceso por regla general están a cargo del vencido, pero el órgano jurisdiccional puede eximirlo total o parcialmente, cuando hayan existido razones serias y fundadas para promover o intervenir en el proceso. Siendo que en caso de autos, la parte agraviada formalmente no ha actuado en calidad de actor civil, por lo que corresponde disponer la exoneración del pago de las costas del proceso a favor del sentenciado. Finalmente cabe señalar que en mérito a la presente sentencia, con pena efectiva dictada en contra del padre de los menores Fátima y Raúl Vargas Gonzales, corresponde disponer la inmediata comunicación a la Fiscalía de Familia, a efecto que en uso de sus atribuciones, pueda disponer las medidas preventivas en aras del bienestar, tenencia y cuidado de dichos menores, debiendo encargarse mientras tanto su custodia y cuidado temporal a los abuelos paternos, quienes deberán brindar todas las facilidades del caso a la autoridad fiscal competente, bajo responsabilidad.

Por los fundamentos expuestos y de conformidad con lo establecido en el artículo 138 de la Constitución Política del Estado, que faculta en forma exclusiva al Poder Judicial administrar justicia en nombre de la nación, y habiéndose probado la imputación fiscal corresponde dictar sentencia condenatoria, conforme a lo establecido en el artículo 399 del Código Procesal Penal.

III.- PARTE RESOLUTIVA

Administrando justicia en nombre del Pueblo de quien emana esta potestad.

FALLAMOS: por unanimidad

1.- DECLARANDO a FRANCISCO RAÚL VARGAS VERA, cuyos datos personales aparecen en la parte expositiva de la presente sentencia, **AUTOR** del delito Contra la Vida el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de Femicidio, ilícito previsto en el primer párrafo del artículo 108-B del Código Penal, en agravio de la persona que en vida fue Lourdes Gonzales Flores, representada por su sucesión legal.

2.- En consecuencia, le imponemos once años y tres meses de pena privativa de la libertad, con el carácter de efectiva, que deberá cumplir el sentenciado, en el establecimiento penal que determine la autoridad penitenciaria sede Lima, debiendo computarse dicha condena desde la fecha de su internamiento.

3.- FIJAMOS por concepto de reparación civil, la suma de cien mil nuevos soles, que deberá ser cancelado por el sentenciado a favor de la parte agraviada, representada por sus herederos legales excepto el propio sentenciado.

4.- DISPONEMOS la exoneración del pago de las costas del proceso en favor del sentenciado.

5.- Asimismo disponemos que en forma inmediata se ponga en conocimiento de la Fiscalía de Familia, sobre la situación de los menores hijos del sentenciado y agraviada, a efecto que conforme a sus atribuciones pueda tomar las medidas preventivas necesarias sobre el cuidado y tenencia de dichos menores, mientras tanto se encarga su custodia temporal a los abuelos paternos, a efecto

que asuman su cuidado, quienes deberán brindar las facilidades del caso a la autoridad fiscal, bajo responsabilidad.

6.- FINALMENTE DISPONEMOS que una vez firme la presente sentencia, se cursen la comunicaciones respectivas al Registro Distrital y Central de Condenas, al RENIPROS, INPE y demás órganos que por ley corresponda tomar conocimiento de esta decisión judicial, para los fines pertinentes, luego del cual deberá remitirse el expediente al Juzgado de ejecución que corresponda. Así lo pronunciamos, por esta sentencia que es leída en acto público de la fecha.-Juez ponente Calderón Puertas HÁGASE SABER-

S.S.

CALDERON PUERTAS

ESPINOZA ORTIZ

LLERENA RODRIGUEZ

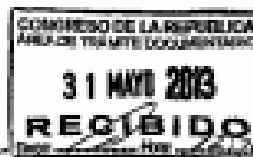


"Año de la Ineración para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"



República del Perú

Proyecto de Ley Nº 2307/2012-CR



PROYECTO DE LEY

La Congresista de la República por la región Tacna que suscribe, **NATALIE CONDORI JAHUIRA**, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107º de la Constitución Política del Perú, a través del Grupo Parlamentario Nacionalista Gana Perú, conforme a lo dispuesto por el Artículo 75º y el numeral 2 del Artículo 76º del Reglamento del Congreso de la República, presenta la siguiente iniciativa legislativa:

LEY QUE MODIFICA EL ART. 107º E INCORPORA EL ARTICULO 108º-A FEMINICIDIO AL CODIGO PENAL

I. Exposición de Motivos

La igualdad de géneros¹ está consagrada en las constituciones de 139 países. En 1911, las mujeres tenían derecho al voto en solo dos países, un siglo después, ese derecho es casi universal y las mujeres tienen más influencia que nunca en la toma de decisiones. La ley N°28963 de igualdad de oportunidades, señala que el hombre y la mujer tienen igual oportunidades.

La igualdad de géneros busca cambiar las relaciones injustas, permitiendo a las personas, hombres y mujeres, desarrollar sus capacidades libres de estereotipos, roles de género o prejuicios.

La presente propuesta legislativa, pretende modificar el art. 107º e incluir el delito de feminicidio al código penal, conducta delictiva que podríamos definir² como el asesinato de mujeres que se vincula con situaciones de violencia familiar, violencia sexual, discriminación, hostigamiento cuya base está en la discriminación de género.

En el año 2011, se registraron un total de 159 casos a escala nacional, de los cuales el 58% corresponden al feminicidio y el 42% a sus tentativas, siendo el principal agresor la pareja sentimental de la víctima 52% y si se incluye a la ex pareja este porcentaje se eleva al 73%.

Ausencia de tipificación en el Código Penal.- En el Perú, la incorporación del delito de feminicidio al Código Penal, se realizó al

¹ Resumen Ejecutivo, El Progreso de las Mujeres en el Mundo 2012-2013, en Busca de la Justicia, ONU Mujeres, <http://progreso.unwomen.org>

² Feminicidio (ajo la fuga, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2013, Pág.25

"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"



República del Perú

artículo 107º.- Parricidio/feminicidio con el párrafo "(...)Si la víctima del delito descrito es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga el delito tendrá el nombre de feminicidio (...)" dado por la Ley Nº29819, el 27 de diciembre del 2011; sin embargo, vemos que esta incorporación al Código Penal, resulta insuficiente para la gravedad de esta clase de asesinatos por género, que en muchos casos es con crueldad.

Es por ello, que esta propuesta legislativa, pretende modificar el art. 107º e incorporar el Artículo 108º-A al Código Penal, dándole una mayor importancia y señalando la descripción de la acción penal así como sus agravantes con el siguiente texto:

Artículo 108º-A. Feminicidio.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a una mujer, por su condición de mujer concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1. Cualquier acto que implique discriminación por su condición de mujer, independientemente que haya existido una relación conyugal, de convivencia, sentimental, compañerismo o laboral.
2. Violencia familiar.
3. Coacción, hostigamiento o acoso sexual.
4. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años hasta cadena perpetua, cuando concurren cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

1. Si la víctima era menor de edad.
2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación.
3. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual; y/o actos de mutilación antes y pos mortem.
4. Si el hecho fue cometido en presencia de las hijas o hijos de la víctima.
5. Si la víctima se encontraba bajo su cuidado, responsabilidad; o padeciera cualquier tipo de discapacidad y en situación de vulnerabilidad.

"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"



Presidencia del Consejo de Ministros

6. Haber sido utilizada la víctima para fines de trata con la finalidad violencia sexual, comercial y laboral.

Si concurren las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108^o,

Es importante señalar, que la legislación internacional, le da importancia al delito de feminicidio sus agravantes, es por ello que en varios países como: Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Colombia y Chile, el delito de feminicidio está tipificado como delito en el Código correspondiente.

El Perú, dentro de las políticas públicas establece mediante el Decreto Supremo N°007-2008-IN, el cual señala "Los Gobiernos Regionales y Locales, deberán promover la implementación de los centros de atención a víctimas de trata de personas, en coordinación con el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, Ministerio de Salud y el Ministerio de Justicia".

Según los índices de criminalidad en el Perú y como referencia en el departamento de Tacna,³ la violencia contra la mujer va en aumento en los primeros cuatro meses del presente año se han presentado 213 atenciones especializadas a las personas afectadas por violencia familiar y sexual, de los 213 casos 184 son casos nuevos, mientras 29 tienen como parte agraviada a mujeres reincidentes en recibir maltratos, como podemos apreciar las cifras muestran la realidad, siendo esta modalidad que se está haciendo cada vez más recurrente; es por ello, que la gravedad del hecho merece una pena más grave que otros delitos de asesinato, si tenemos en cuenta que son las mujeres asesinadas, madres que dejan a hijos huérfanos, más aun y reside en la gravedad que este delito tiene como autor a la pareja sentimental, ex pareja de la víctima o aspectos de índole afectivo, es decir no se trata de ningún extraño sino de aquel que va ganando la confianza de la víctima.

EFFECTOS DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACION NACIONAL

La presente iniciativa legislativa, propone incorporar el Art. 108-A al Código Penal, en la modalidad de feminicidio, sus agravantes y su correspondiente sanción, permitiendo perfeccionar la legislación nacional, así mantener el orden y paz social.

³ Fuente: CEM, Diario Correo de Tacna, 12 de mayo 2013

"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"



República del Perú

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

la propuesta legislativa, no irroga un gasto para el erario nacional, pretende regular la modalidad delictiva del feminicidio, que ha ido en aumento en estos últimos años.

FORMULA LEGAL

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA:

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL ART. 107º E INCORPORA EL ARTICULO 108º-A FEMINICIDIO AL CODIGO PENAL

Artículo 1º.- Modifíquese el artículo 107º del CP.

Modifíquese el Art. 107º del CP. que quedara redactado de la siguiente manera:

Artículo 107. Parricidio

El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a quien es o ha sido su cónyuge, su conviviente, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurren cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108º.

Artículo 2º.- Incorporación del artículo 108º-A al Código Penal

Incorpórese el Artículo 108º-A del Código Penal, en los siguientes términos:

Artículo 108º-A Feminicidio

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a una mujer, por su condición de mujer concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1. Cualquier acto que implique discriminación por su condición de mujer, independientemente que haya existido una relación conyugal, de convivencia, sentimental, compañerismo o laboral.

"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"



Elaborado en el Perú

2. Violencia familiar,
3. Coacción, hostigamiento o acoso sexual,
4. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años hasta cadena perpetua, cuando concurren cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

1. Si la víctima era menor de edad.
2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación,
3. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual; y/o actos de mutilación,
4. Si el hecho fue cometido en presencia de las hijas o hijos de la víctima.
5. Si la víctima se encontraba bajo su cuidado, responsabilidad; o padeciera cualquier tipo de discapacidad y en situación de vulnerabilidad.
6. Si la víctima fue sometida para fines de Trata de Personas.
7. Si concurren las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108°.

Lima, 14 de mayo del 2013.



ING. NATALIE CONDORI JAHUIRA
Congresista de la República

Congresista

Rubén Condori Cusi

Congresista

OMAR CHERA DE

JAIME DELGADO ZEGARRA
Grupo Parlamentario Nacionalista Casa Perú
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, 03 de Julio del 2013.

Según la consulta realizada, de conformidad con el
Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la
República: pase la Proposición N° 2307 para su
estudio y dictamen a la (s) Comisión (es) de

Justicia y Derechos Humanos



JAVIER ANGELES ILLMANN
Oficial Mayor (e)
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN DE TESIS:

TEMA:

“ANÁLISIS DE LA VULNERACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE CULPABILIDAD E INTERVENCIÓN MÍNIMA EN EL DELITO DE FEMINICIDIO DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE”

Bachiller en Derecho Luz Celeste Valenza Trujillo para optar el grado profesional de Abogada.

PREÁMBULO: Génesis del problema

El feminicidio como crimen hacia la mujer, es un homicidio que durante los últimos años ha elevado sus cifras, causando ello alarma ante la sociedad y el Estado, razón por la cual los legisladores realizaron modificaciones legislativas en el Código Penal, tal como la primigenia incorporación del delito de feminicidio que se dio como forma del parricidio en el 2011; sin embargo, casi dos años después ésta fue modificada, promulgándose la Ley N°30068 de fecha 18 de Julio del 2013, que modifica e incorpora el artículo 108- B al Código Penal vigente, delito actual del feminicidio. No obstante, tras el estudio que la tesista realizó, se encontró que esta nueva inclusión penal, trae consigo dos de los problemas que planteremos a continuación:

1) Iniciemos manifestando que el tipo penal del delito de feminicidio señala: “El que mata a una mujer por su condición de tal (...)”³¹². La primera interrogante que nos hacemos es: ¿A qué hace referencia el legislador cuando señala: por su condición de tal?

Si indicamos que hace referencia al sexo de la víctima pero basada en una discriminación de género, nos referimos a una motivación; sin embargo, el problema viene aquí, no todo homicidio que tenga como víctima una mujer y se haya producido dentro de los contextos establecidos por la norma, supone el mencionado motivo. Por lo que se nos avecina una de las interrogantes del problema ¿la existencia de una motivación en el tipo penal, genera riesgo de presunción al momento de la aplicación? Ya que si la presunción se diese, quebrantaría uno de los límites establecidos por el Derecho Penal, el principio de culpabilidad y en consecuencia la dignidad del agente procesado.

2) El segundo problema que planteamos está abocado a la decisión legislativa de recurrir al ordenamiento jurídico penal, para incorporar una nueva figura delictiva frente a un problema social tan notorio como es el feminicidio. Al respecto nos preguntamos ¿Con ello se ha negado posibilidad de intento en otras vías extra penales, que ayuden a mejorar de manera significativa la problemática existente? ¿Existe impunidad en el caso de no regulación del delito de feminicidio? Si se llegase a confirmar que se ha negado la posibilidad de intento en otras vías socio- políticas y jurídicas antes de la penal y si no existiese impunidad ante este tipo de crimen, se quebrantaría el límite de la Intervención Mínima del Estado en su aspecto subsidiario.

³¹² Artículo 108-B Código Penal peruano.

Teniendo en cuenta los problemas ubicados, pretendemos hacer un análisis a la vulneración de los principios de Culpabilidad e Intervención Mínima en el delito de feminicidio tipificado en el artículo 108-B del Código Penal vigente, con el fin de dar respuesta a lo planteado.

1. DEFINICIÓN Y DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.

Enunciado:

“Análisis de la vulneración a los principios de Culpabilidad e Intervención Mínima en el delito de feminicidio del Código Penal vigente”

Interrogante general:

¿Existe vulneración a los principios de Culpabilidad e Intervención Mínima en el delito de feminicidio tipificado en el artículo 108-B del Código Penal vigente?

¿Por qué es un problema?

Porque se podría estar produciendo una flagrante quiebra, a los principios limitadores de la facultad punitiva que todo Estado social y democrático de derecho posee, principios que al ser dejados de lado significaría una vulneración a la dignidad humana en el caso del principio de Culpabilidad y la quiebra del Estado social de Derecho en el caso del principio de Intervención Mínima, generando así inseguridad jurídica y afectación a los derechos del ciudadano, por lo que es necesario el análisis de la vulneración a los principios de Culpabilidad e Intervención Mínima en el delito de feminicidio del Código Penal vigente, a fin de que su investigación responda a la interrogante.

2. MARCO CONCEPTUAL:

El poder punitivo del Estado.-

El Derecho Penal es analizado por la mayoría de los tratadistas en dos sentidos: el objetivo, que se refiere a todo su entramado normativo, y el subjetivo, entendido como el derecho del Estado a crear normas para castigar, y aplicarlas. La potestad punitiva o *ius puniendi* es la facultad exclusiva del Estado para crear delitos e imponer penas³¹³.

Los principios del derecho penal.-

A palabras de Alonso Raúl Peña Cabrera:

“Los principios “jurídico-penales” constituyen el límite que la sanción punitiva no puede rebasar, no puede desbordar, mucho menos desconocer, so pena de ingresar a un ámbito de oscurantismo, donde el poder prevalece sobre el Derecho; la plataforma programática de un Derecho penal democrático respeta las garantías y determina la defensa de las libertades fundamentales ante el poder penal estatal”³¹⁴.

El principio de Culpabilidad.-

En opinión de Enrique Bacigalupo Zapater:

“El principio de culpabilidad sirve de fundamento a todas las exigencias que entraña la prohibición de castigar a un inocente en un Estado social y democrático de Derecho

³¹³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho Penal. Parte General Tomo I*. Lima: Editorial Ara, 2005, p. 546, señala: “podemos definir el Derecho Penal subjetivo o *ius puniendi* como una decisión político criminal plasmada en una norma que declara punible un hecho y perseguible a su autor. El *ius puniendi* es expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima”.

³¹⁴ PEÑA CABRERA, Alonso. *ESTUDIOS CRÍTICOS DE DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL a partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales*. Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C., 2013, p. 34.

respetuoso de la dignidad humana, de la cual se derivan tres sub-principios: el principio de personalidad de las penas, que impide hacer responsable al sujeto por delitos ajenos, el principio de responsabilidad por el hecho, que proscribe la culpabilidad por el carácter y el llamado ‘Derecho penal de autor’, el principio del dolo o culpa y el principio de imputación personal”³¹⁵.

El principio de Intervención Mínima.-

Para el profesor Francisco Muñoz:

“Principio de intervención mínima, dirigido a limitar el despliegue de la represión estatal sólo como respuesta a los conflictos sociales más graves, de éste principio se derivan dos subprincipios: el del carácter fragmentario del derecho penal y el de subsidiariedad. El primero impide su intervención ante cualquier conducta que lesionan bienes jurídicos constriñéndolo únicamente a reaccionar ante las lesiones más graves de los bienes jurídicos mayormente ponderados por la sociedad; el segundo principio, de subsidiariedad o de última ratio, posterga la intervención del derecho penal, hasta que hayan fracasado otras instituciones de control social formales o informales, o subsistemas jurídicos”³¹⁶.

Feminicidio.-

El Perú proporciona un concepto de feminicidio en la Directiva N° 002-2009-MP-FN:

³¹⁵BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal-Parte general*. Presentación y anotaciones de Percy García Caveró. Lima: ARA Editores E.I.R.L, 2004, p. 557.

³¹⁶MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

“la muerte violenta de mujeres por el hecho de serlo, y se produce en condiciones especiales de discriminación. Puede darse en el ámbito privado, por ejemplo, el asesinato de una mujer a manos de su pareja (feminicidio íntimo); o en el ámbito público, como en el caso del asesinato de una trabajadora sexual por parte de un cliente (feminicidio no íntimo)”³¹⁷.

El delito de feminicidio³¹⁸ en el Perú.-

Artículo 108-B.- Feminicidio

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:

1. Violencia familiar;
2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual;
3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente;
4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

1. Si la víctima era menor de edad;
2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación;
3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente;
4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación;
5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima padeciera cualquier tipo de discapacidad;
6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas;
7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108.

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

3. MARCO TEÓRICO

Respecto a los antecedentes investigativos de la problemática que se pretende investigar, es menester indicar que tanto a nivel local como nacional, no existe investigación alguna que

³¹⁷ DIRECTIVA N° 002-2009-MP-FN. En: http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2009/febrero/26/directiva_mp.pdf , consultado por última vez el 15 de Abril del 2015.

³¹⁸ Artículo 108-B. Código Penal Peruano.

aborde el tema de: “Análisis de la vulneración a los principios de Culpabilidad e Intervención Mínima en el delito de feminicidio del Código Penal vigente”; sin embargo, tras la intensa búsqueda que la tesista realizó, se ubicó una investigación que ahonda de manera sucinta a los principios de Igualdad, Legalidad, culpabilidad y proporcionalidad, ello sobre la base de la Ley N° 29819, la misma que incorpora por primera vez al Feminicidio al Código Penal, es por tal razón que resulta necesario mencionarlo:

Carlos Ignacio Valencia Mesías (2011) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a través de su tesis: “**Ley del Feminicidio en el Perú: ¿Vulneración del principio de igualdad?**” Realiza una investigación de la primigenia incorporación del delito de Feminicidio, añadida en el último párrafo del delito de Parricidio, artículo 107 del Código Penal, el autor de la tesis hace un análisis al Principio de Igualdad Constitucional; asimismo, abarca sintéticamente a los siguientes principios: Legalidad evidenciando la imprecisión del sujeto activo, al Principio de Proporcionalidad en su vertiente abstracta y someramente al Principio de Culpabilidad. Concluyendo que: “ El principio de igualdad resulta por su misma naturaleza ser complejo, amplio, muchas veces está cargado de cierto trasfondo partidista o ideológico, y se encuentra influenciado por el contexto en el que se origina y desarrolla, el establecer cuándo está justificado o no establecer tratos desiguales responde esencialmente al reconocimiento de las diferencias que existen entre las personas, un trato desigual se diferencia de una discriminación debido a que éste último alude a criterios arbitrarios y subjetivos para establecer distinciones, es decir, no se puede fundamentar de manera objetiva y razonable. Respecto al principio de legalidad éste se ve vulnerado al no establecer de manera clara cuáles son las condiciones que el sujeto activo del delito debe presentar para poder ser procesado y sancionado. En cuando al principio de culpabilidad éste se encuentra

quebrantado ya que se presupone que en todos los casos de Femicidio el victimario actuó en un contexto específico de violencia de género. Y por último en relación al principio de proporcionalidad éste es vulnerado en su vertiente abstracta ya que para sancionar el delito del Femicidio bastaba con considerar esta conducta dentro de otros delitos penados como el homicidio o el asesinato³¹⁹”.

4. METODOLOGÍA

4.1. Interrogantes:

PRINCIPAL: ¿Existe vulneración a los principios de Culpabilidad e Intervención Mínima en el delito de feminicidio tipificado en el artículo 108-B del Código Penal vigente?

Subordinada: ¿La existencia de una motivación en el tipo penal, genera riesgo de presunción al momento de aplicación y en consecuencia, vulnera el principio de Culpabilidad?

Subordinada: ¿La inclusión del delito de feminicidio vulnera al principio de Intervención mínima?

4.2. Objetivos:

General.

Determinar la vulneración a los principios de Culpabilidad e Intervención Mínima en el delito de feminicidio tipificado en el artículo 108-B del Código Penal vigente.

³¹⁹VALENCIA MESÍAS, Carlos Ignacio. En tesis: *Ley del Femicidio en el Perú: ¿Vulneración del principio de igualdad?: Conclusiones*, p.35. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2011.

Específicos:

- Establecer si la existencia de una motivación en el tipo penal del delito de feminicidio, genera riesgo de presunción al momento de la aplicación y por tanto una vulneración al principio de Culpabilidad.
- Establecer si la inclusión del delito de feminicidio vulnera el principio de Intervención Mínima.

4.3. Justificación

Relevancia jurídica social.

La presente investigación se realiza por un interés propio del problema planteado, además del aporte doctrinal y práctico que trae al analizar al delito de feminicidio y a los principios de Culpabilidad e Intervención Mínima, debido a que gran parte de los cuestionamientos respecto a su inclusión y aplicación son generados en la doctrina penal, por lo que es menester su investigación; asimismo, respecto a la trascendencia social, se pretende el análisis del delito de feminicidio y la vulneración a los principios en mención ya que ello permitirá mantener vigente el Estado de derecho y librar a la sociedad de un delito que vulneraría los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Además, los resultados de esta investigación podrán ser generalizados en otros países de Latinoamérica que contemplen éste tipo de figura en razón de las posibles vulneraciones que éstas acarrearían a la sociedad y al Estado.

Originalidad.-

El delito de feminicidio tipificado en el artículo 108-B del Código Penal, es un apartado que origina gran polémica en la doctrina penal; sin embargo, no existe investigación alguna de la

presente, si bien es cierto existen comentarios a la figura, no existe una investigación que aborde el problema planteado, por lo que resulta indispensable su indagación, develando así la dificultad de si existe vulneración a los principios de Culpabilidad e Intervención Mínima en el delito de feminicidio tipificado en el artículo 108-B del Código Penal vigente, siendo esa la novación de ésta investigación.

Viabilidad.-

El proyecto de investigación y posterior Tesis son viables puesto que se dispone de los recursos humanos, materiales, presupuestales y temporales para poder ejecutarlo, teniendo en cuenta que la investigación se realizará en torno a la legislación peruana, se dispone con las fuentes documentales para su cumplimiento, así también se ahondará de manera referente en el Derecho Comparado, por lo que de igual forma se posee los materiales necesarios para su consecución.

4.4.Hipótesis

Hipótesis general.-

Dado que, se ha estudiado a los principios de Culpabilidad e Intervención Mínima y teniendo en cuenta que toda inclusión penal debe respetar los límites de la potestad punitiva del Derecho Penal, es probable que, el delito de feminicidio vulnere a los principios de Culpabilidad e Intervención Mínima.

Sub-hipótesis:

- Dado que, el tipo penal del delito de feminicidio exige para su configuración la motivación de discriminación de género en el sujeto activo, y al ser una circunstancia

interna del agente, que aumentaría la culpabilidad del agente, es probable que, ante la presencia de un homicidio que tenga como víctima una mujer y ello suceda en los contextos establecidos por la norma, se presuma que la motivación del agente haya sido la discriminación de género, aumentándose la culpabilidad del agente y vulnerándose así el Principio de Culpabilidad.

- Dado que, se debe optar por el Derecho Penal y la pena como última ratio ante las vías socio –políticas y jurídicas que cuenta el Estado; y al observarse que debido al aumento de cifras de feminicidios en el país, se ha incluido al delito de feminicidio, es probable que, que no se haya tenido en cuenta la subsidiariedad del Derecho Penal como política social, y la necesidad de delito a razón de si éste tipo de crimen puede ya estar cubierto por alguna de las figuras delictivas que tutelan la vida, vulnerándose así al Principio de Intervención Mínima.

4.5. Área de conocimiento, campo y línea de Investigación

- CAMPO: Ciencias Sociales
- AREA : Derecho Penal Peruano
- LINEA DE INVESTIGACIÓN: Delitos contra **la vida**, el cuerpo y la salud.

4.6. Tipo y nivel de Investigación

Tipo: Ordinario

Por la finalidad: Aplicada

Por el enfoque: Cualitativo

Por las fuentes de información: Documental

Nivel de investigación:

Descriptiva

4.7. Técnicas e instrumentos

Técnica: Observación documental y teórica.

Instrumentos:

- Fichas bibliográficas, hemerográficas e informatográficas.
- Fichas de resumen.
- Fichas textuales.

Finalmente, serán absueltas en forma analítica, cada una de las interrogantes expuestas, exponiéndose los fundamentos que motivan la posición adoptada por la autora de estas líneas con el siguiente esquema:

5. ESQUEMA DEL CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN

ÍNDICE

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I

ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

1.1. El Estado social y democrático de derecho

1.2. Principios limitadores del poder punitivo del estado según la doctrina

1.1.4.1.1. ¿Qué son los principios limitadores del “ius puniendi”?

1.1.4.1.2. Clasificación de los límites del poder punitivo estatal

1.1.4.1.2.1. Límites de un Estado social

1.1.4.1.2.2. Límites de un Estado democrático

1.1.4.1.2.3. Límites de un Estado de derecho

CAPÍTULO II

LOS PRINCIPIOS DE CULPABILIDAD E INTERVENCIÓN MÍNIMA

- 2.1. Límite al ius puniendi en un estado democrático
 - 2.1.1. El principio de Culpabilidad
 - 2.1.1.1. Contenido y consecuencias del principio de culpabilidad
 - 2.1.1.1.1. Principio de personalidad de la sanción penal
 - 2.1.1.1.2. Principio de responsabilidad por el hecho
 - 2.1.1.1.3. Principio de dolo o imprudencia
 - 2.1.1.1.3. Función limitadora del principio de culpabilidad
 - 2.1.1.1.4. La culpabilidad como categoría del delito
 - 2.1.1.1.4.1. Concepto de culpabilidad
 - 2.1.1.1.4.2. Teorías sobre la culpabilidad
 - 2.1.1.1.4.2.1. Teoría psicológica
 - 2.1.1.1.4.2.2. Teoría normativa
 - 2.1.1.1.4.2.3. Fundamentos de la culpabilidad
 - 2.1.1.1.4.2.4. Formas de la culpabilidad
 - 2.1.1.1.4.2.5. Graduación de la culpabilidad
- 2.2. Límite al ius puniendi en un estado social
 - 2.2.1. El principio de intervención mínima
 - 2.2.1.1. El principio de intervención subsidiaria del Derecho Penal
 - 2.2.1.2. El principio de intervención fragmentaria del derecho penal

CAPÍTULO III

EL DELITO DE FEMINICIDIO EN EL PERÚ

- 3.1. Femicidio
 - 3.1.1. Aspectos generales
 - 3.1.2. Concepto de la expresión “femicidio”
- 3.2. El delito de femicidio en el Perú

CAPÍTULO IV

EL DELITO DE FEMINICIDIO ANTE LOS PRINCIPIOS DE CULPABILIDAD E INTERVENCIÓN MÍNIMA

- 4.1. El delito de femicidio frente al principio de culpabilidad
 - 4.1.1. Análisis de sentencia de femicidio
- 4.2. El delito de femicidio frente al principio de intervención mínima
 - 4.2.1. Políticas públicas frente al femicidio
 - 4.2.3. El delito de homicidio y derivados
 - 4.2.3.1. Homicidio simple
 - 4.2.3.2. Parricidio
 - 4.2.3.3. Homicidio calificado
 - 4.2.3.4. Homicidio por emoción violenta

CAPÍTULO V

EL DELITO DE FEMINICIDIO EN EL DERECHO COMPARADO

- 5.1. El femicidio en Europa
- 5.2. Cuadros resumen del delito femicidio en América Latina

5.3. El delito de feminicidio en América Latina

5.3.1. Países que incorporaron al feminicidio como delito autónomo en su Código penal o en una ley especial

5.3.2. Países que incorporaron al feminicidio como una forma del parricidio

5.3.3. Países que incorporaron la muerte de una mujer como agravante de homicidio en su Código penal

CONCLUSIONES

SUGERENCIAS Y PROPUESTA

BIBLIOGRAFÍA, HEMEROGRAFÍA E INFOGRAFÍA

ANEXOS



6. CRONOGRAMA DE INVESTIGACIÓN

ACTIVIDAD MES	Presentación, y Aprobación del Proyecto	I CAP.	II CAP.	III CAP.	IV CAP.	V CAP.	Conclusiones, Revisión y presentación del 1 borrador	Sustentación
ABRIL								
MAYO								
JUNIO								
JULIO								
AGOSTO								
SETIEMBRE								
OCTUBRE								
NOVIEMBRE								

7. BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía provisional.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho Penal. Parte General Tomo I*. Lima: Editorial Ara, 2005.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. Presentación y anotaciones de Percy García Caveró. ARA Editores E.I.R.L. Lima. 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

PARAMATO MARTÍN, Teresa. *La violencia de género Perspectiva Jurídica y Psicosocial*. Valencia: Tirant Blanch, 2009.

PEÑA CABRERA, Alonso. *ESTUDIOS CRÍTICOS DE DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL a partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales*. Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C., 2013.

DIRECTIVA N° 002-2009-MP-FN. En:

[http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2009/febrero/26/directiva mp.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2009/febrero/26/directiva_mp.pdf) , consultado por última vez el 15 de Abril del 2015.

Bibliografía básica.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal-Parte general*. Presentación y anotaciones de Percy García Caveró. Lima: ARA Editores E.I.R.L, 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal, volumen I*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho Penal - Parte General Tomo I*. Lima: Editorial Ara, 2005.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal - Parte Especial*. 2da edición aumentada y actualizada. Lima: Editorial Rodhas, 1996.

CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios del Derecho Penal Parte General*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2002.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español- Parte General*. Madrid: Tecnos, 1992.

- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Prólogo: Norberto Bobbio. Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995.
- HURTADO POZO, José. *Homicidio y aborto, Manual de Derecho Penal- Parte Especial*. Lima: SESATOR, 1982.
- JAKOBS, Günther. *El principio de culpabilidad*, trad. De Manuel Cancio Meliá, en Bases para una teoría funcional del derecho penal. Lima: Palestra, 2000.
- Tratado de derecho penal, Tomo V*. Buenos Aires: Losada, 1956.
- JIMENO SANTOYO, Myriam. *Crimen Pasional. Contribución a una antropología de las emociones*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Centro de Estudios Sociales, 2004.
- KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER Carlos. *Culpabilidad y Pena*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 64 a 65.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal-Parte General*. 4ta edición. Barcelona: Ed. Reppertor, 1996.
- Derecho penal- Parte general*. 5ta edición. Barcelona: Ed. Reppertor, 1998.
- Introducción a las bases del Derecho Penal*. 2º edición. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2003.
- Derecho Penal- Parte General*. 7º edición. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal- Parte General*. 2da. Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- PEÑA CABRERA, Alonso. *ESTUDIOS CRÍTICOS DE DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL a partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales*. Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C., 2013.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. 2º edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Teoría del delito*. Buenos Aires: Losada, 1973.

ANEXOS

LEY N° 30068

LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 108-A AL CÓDIGO PENAL Y MODIFICA LOS ARTÍCULOS 107, 46-B Y 46-C DEL CÓDIGO PENAL Y EL ARTÍCULO 46 DEL CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL, CON LA FINALIDAD DE PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR EL FEMINICIDIO

Artículo 1. Modificación del artículo 107 del Código Penal, en los siguientes términos:

“Artículo 107.- Parricidio

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 concorra cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108.”

Artículo 2. Incorporación del artículo 108-B al Código Penal, en los siguientes términos:

"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;
2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación;
3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente;
4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación;
5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima padeciera cualquier tipo de discapacidad;
6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas;
7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108.

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

Artículo 3. Modificación de los artículos 46-B y 46-C del Código Penal

Modificase el segundo párrafo del artículo 46-B y el primer párrafo del artículo 46-C del

Código Penal, los que quedan redactados de la siguiente manera:

"Artículo 46-B.- Reincidencia

El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas.

Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. Si la reincidencia se produce por los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-B, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 200, 297, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal hasta cadena perpetua, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

Si al agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados, salvo en los delitos señalados en el segundo párrafo del presente artículo.

Artículo 46-C.- Habitualidad

Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. El plazo fijado no es aplicable para los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-B, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 200, 297, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo.

La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en los delitos previstos en el párrafo anterior, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal hasta la cadena perpetua, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. En los supuestos de habitualidad no se computan los antecedentes penales cancelados, salvo en los delitos antes señalados."

Artículo 4. Modificación del artículo 46 del Código de Ejecución Penal, en los siguientes términos:

"Artículo 46.- Casos especiales de redención

En los casos de internos primarios que hayan cometido los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-B, 121-A, 121-B, 189, 200, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del

Código Penal, la redención de la pena mediante el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por cinco días de labor efectiva o de estudio, en su caso.

Los reincidentes y habituales en el delito redimen la pena mediante el trabajo y la educación a razón de un día de pena por seis días de labor efectiva o de estudio, según el caso.

De conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 46-B y el primer párrafo del artículo 46-C del Código Penal, en los casos previstos en los delitos señalados en los artículos 107, 108, 108-B, 121-A, 121-B, 152, 153, 186, 189, 200, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346, el interno redime la pena mediante el trabajo o la educación a razón de un día de pena por siete días de labor efectiva o de estudio, en su caso.”



FICHA BIBLIOGRÁFICA

NOMBRE DEL AUTOR :.....

TÍTULO DEL LIBRO :.....

AÑO DE PUBLICACIÓN :.....

LUGAR DE EDICIÓN :.....

NOMBRE DE LA EDITORIAL :.....

NOMBRE DE LA BIBLIOTECA :.....

FICHA HEMEROGRÁFICA

NOMBRE DEL AUTOR :.....

TÍTULO DEL ARTÍCULO/TESIS :.....

AÑO DE PUBLICACIÓN :.....

NOMBRE DE LA REVISTA :.....

VOLUMEN Y EDICIÓN :.....

INTERVALO DE PÁGINAS :.....

FICHA BIBLIOGRÁFICA DE INTERNET

NOMBRE DEL AUTOR :.....

TÍTULO DEL ART. O ENT. :.....

LUGAR Y AÑO :.....

TÍTULO DE LA PÁGINA :.....

ENLACE :.....



FICHA DE MATERIAL AUDIOVISUAL

NOMBRE DEL AUTOR :.....

TÍTULO DEL VIDEO :.....

AÑO DE PUBLICACIÓN :.....

FORMATO DEL MATERIAL :.....

NOMBRE DEL ENLACE :.....

