

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE ESTUDIO DE DERECHO



TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

“Razones jurídicas para considerar al delito de feminicidio como un tipo penal común”

Área de Investigación:

Derecho Procesal .

Autora:

Bach. Camizan Peña, Teodora Lizbeth.

Jurado Evaluador:

Presidente: Rocío Ortecho Aguirre

Secretario: Angela Rincón Martínez

Vocal: Shirley Purizaca Sandoval

Asesor:

Mg. Cruz Vegas, Guillermo Alexander.

Código Orcid: orcid.org/0000-0002-9119-5397

PIURA– PERÚ

2024

Fecha de sustentación: 2024/06/10

“Razones jurídicas para considerar al delito de feminicidio como un tipo penal común.

INFORME DE ORIGINALIDAD

6%	6%	1%	2%
INDICE DE SIMILITUD	FUENTES DE INTERNET	PUBLICACIONES	TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	repositorio.upao.edu.pe Fuente de Internet	3%
2	repositorio.uprit.edu.pe Fuente de Internet	1%
3	hdl.handle.net Fuente de Internet	1%
4	dokumen.pub Fuente de Internet	1%
5	repositorio.upn.edu.pe Fuente de Internet	1%

Excluir citas Activo
Excluir bibliografía Activo

Excluir coincidencias < 1%

Declaración de Originalidad

Yo, Cruz Vegas Guillermo Alexander, docente del Programa de Estudio de Derecho, de la Universidad Privada Antenor Orrego, asesor de la tesis de investigación titulada “Razones jurídicas para considerar al delito de feminicidio como un tipo penal común”, autora Camizan Peña, Teodora Lizbeth., dejo constancia de lo siguiente:

- *El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 6 %. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 01 de julio del 2024*
- *He revisado con detalle dicho reporte y la tesis, y no se advierte indicios de plagio.*
- *Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las normas establecidas por la Universidad.*

Piura, 03 de julio de 2024

Cruz Vegas, Guillermo Alexander
DNI: 43414679
ORCID: 0000-0002-9119-5397
ID: 000008295
Firma



Guillermo A. Cruz Vegas

Camizan Peña, Teodora Lizbeth
DNI: 75934592
FIRMA:



DEDICATORIA

Dedico con todo mi corazón mi tesis a mis padres por brindarme los recursos necesarios y estar a mi lado en todo el proceso hasta culminar con esta meta. Muchos de mis logros son gracias a ellos que me han forjado día a día para llegar a ser la persona que soy en la actualidad.

Gracias infinitas a Dios por bendecirme con la vida y con mi familia que son mi principal motivación para seguir cumpliendo mis metas.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, agradezco a Dios por bendecirme con la vida, la salud y la fuerza para así poder lograr las metas que me vengo trazando con el paso de los años, como en esta oportunidad que se trata de mi carrera universitaria.

También agradezco a mis padres Banner Alberto Camizan Alberca e Irma Peña Vilela por el gran apoyo moral y económico que me brindaron para así poder llegar a ser una profesional.

Agradezco también a mis hermanos ya que, al ser la mayor de los tres, ellos me dan la fuerza y el valor para seguir adelante. A mis tíos Merbin Peña Vilela y su esposa que en paz descanse Filomena Melendrez Peña por el apoyo que me brindaron día a día a través de los años que llevo culminar con mi carrera.

Para finalizar, también agradezco a mis profesores que con cada enseñanza lograron que me enamore cada vez más de mi carrera, a mi grupo de estudio que estuvo ahí desde el primer día de clases, ya que gracias al compañerismo, amistad y apoyo han aportado en mis ganas de seguir adelante.}

RESUMEN

La tesis de investigación se circunscribe a uno de los delitos cuya existencia, configuración típica, fundamento constitucional o criminológico, ha representado una importante discusión a nivel de la doctrina y de la Jurisprudencia a nivel nacional, e inclusive a nivel internacional: el feminicidio; sin embargo, de todos los temas que se han mencionado como problemáticos, se ha abordado, el tema del sujeto activo de este delito, esto es, se ha investigado para establecer si se está frente a un delito con sujetos activo determinado o , si por el contrario, es un sujeto agente indeterminado, o lo que es lo mismo, establecer si se está frente a un delito común o un delito especial.

A la tesis se le ha dado el título de “Razones jurídicas para considerar al delito de feminicidio como un tipo penal común”, teniendo este como denominación del trabajo investigativo, se señaló como enunciado del problema el siguiente: “¿Cuáles son las razones jurídicas para considerar al delito de feminicidio un tipo penal común?”, ente ello, se trazó como objetivo general: “determinar cuáles son las razones jurídicas para considerar al delito de feminicidio un tipo penal común”.

Teniendo como base lo anteriormente señalado, se hizo un análisis de la doctrina, de la legislación comparada y de la jurisprudencia para determinar cuáles son las bases que sustenta la hipótesis de que se trata de un delito común y no de un delito especial, como en su momento se apuntó y se sigue en la realidad; se llegará acreditar tal respuesta tentativa, utilizando el método hermenéutico, doctrinarios el método comparativo, y utilizando principalmente como técnica el análisis documental, de las fuentes antes referidas. Finalmente, todo se condesó en los resultados y discusión y se pudo arribar a conclusiones respecto a la postura defendida en la investigación.

Palabras Claves: Derecho penal, feminicidio, principio de culpabilidad, sujeto activo, vida humana independiente.

ABSTRACT

The research thesis proposed is limited to one of the crimes whose existence, typical configuration, constitutional or criminological foundation, has represented an important discussion at the level of doctrine and jurisprudence at the national level, and even at the international level: the femicide; However, of all the issues that have been mentioned as problematic, the issue of the active subject of this crime has been addressed, that is, it has been investigated to establish whether we are dealing with a crime with specific active subjects or, if on the contrary, it is an indeterminate agent subject, or what is the same, establishing whether one is facing a common crime or a special crime.

The thesis has been given the title "Legal reasons to consider the crime of femicide as a common criminal offense", having this as the name of the investigative work, the following was indicated as a statement of the problem: "What are the legal reasons to consider the crime of femicide a common criminal offense?" Among this, the general objective was outlined: "to determine what are the legal reasons to consider the crime of femicide a common criminal offense."

Based on the above, an analysis of the doctrine, comparative legislation and jurisprudence was carried out to determine the bases that support the hypothesis that it is a common crime and not a special crime, as in its moment was noted and continues in reality; Such a tentative response will be accredited, using the hermeneutical method, the doctrinal method, the comparative method, and mainly using documentary analysis as a technique, from the sources referred to above. Finally, everything was condensed in the results and discussion and conclusions could be reached regarding the position defended in the research.

Keywords: Criminal law, femicide, principle of guilt, active subject, independent human life.

PRESENTACIÓN

Señoras y señores miembros del Jurado evaluador:

Conforme lo establecido en el reglamento de grados y títulos, y con el objetivo, de optar por el título profesional de abogada, presento a vuestro jurado la tesis titulada “Razones jurídicas para considerar al delito de feminicidio como un tipo penal común”.

El presente trabajo de investigación, tiene como fin fundamental explicar cuáles son los fundamentos por los que se debe entender que el delito contra la vida humana independiente: feminicidio, es un delito que puede ser cometido por cualquier persona, ya sea este un hombre o una mujer a diferencia de lo que señala la Corte suprema en el Acuerdo Plenario N° 1-2016, que se ha venido siguiendo.

En función a lo que se ha investigado se pretende que se realice un análisis nuevamente con respecto a la clase delito según el sujeto activo que puede realizar la conducta de matar a una mujer por su naturaleza de mujer, se pueda dejar, un solo criterio que pueda ayudarnos a la predictibilidad de las resoluciones judiciales y la seguridad jurídica.

Cabe apuntar que es necesario evaluar el tema con espíritu crítico y respetuoso, con el objetivo de aportar conocimiento jurídico, para una mejor administración de justicia en el país y cimentar las bases de la seguridad jurídica y la justicia en materia penal.

La autora

Tabla de contenido

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
RESUMEN	iv
ABSTRACT	v
I. INTRODUCCIÓN	1
1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	1
1.2. OBJETIVOS	4
1.2.1. Objetivo General:	4
1.2.2. Objetivo Específicos:	5
1.3. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO	5
II. MARCO DE REFERENCIA	6
2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO	6
2.1.1. Antecedentes a nivel internacional	6
2.1.2. Antecedentes a nivel nacional	6
2.1.3. Antecedentes a nivel local	7
2.2. MARCO TEORÍCO	9
CAPÍTULO I	9
DERECHO PENAL	9
A. El control social	9
1) Control social informal:	9
2) Control social formal:	9
B. Antecedentes	11
C. Definición	12
1) Desde el punto de vista objetiva	12
2) Desde el punto de vista subjetivo	14
D. Características	15
1) Público	15
2) Regulador de conductas humanas	16
3) Sistema discontinuo de ilicitudes	16
4) Personalísimo	16
E. Finalidad	17
F. Objeto	18
G. Fuentes del derecho	19
CAPÍTULO II	21

LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL	21
A. Definición de principios	21
B. Fundamentos constitucionales de los principios	21
C. El principio de legalidad	22
1) Definición	22
2) Alcance constitucional	24
3) Alcance convencional.....	25
4) Manifestaciones.....	26
i. Reserva de ley:	26
ii. La taxatividad de la ley:.....	27
iii. Prohibición de la retroactividad:	27
iv. Prohibición de la analogía:	28
D. El principio de lesividad	29
1) Definición	29
2) Alcances constitucionales y convencional.....	30
3) Jurisprudencia relevante	31
4) Derecho penal mínimo	32
E. Principio de culpabilidad	33
1) Definición	33
2) Alcance constitucional y convencional	34
3) Manifestaciones.....	35
i. Imputación subjetiva:.....	36
ii. El sujeto responsable:	36
4) Jurisprudencia relevante	37
CAPÍTULO III	39
EL DELITO DE FEMINICIDIO	39
A. Antecedente	39
B. Regulación en el Perú	40
C. Contexto social	41
D. Contexto convencional	43
E. Análisis del tipo penal	43
F. Definición entre los tipos comunes y los tipos especiales	45
G. Jurisprudencia relevante sobre un tipo penal especial: Acuerdo Plenario 01-2016	46
H. Jurisprudencia sobre un tipo penal común	49

2.3.	SISTEMA DE HIPOTESIS	50
III.	METODOLOGÍA EMPLEADA	51
3.1.	TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN	51
3.1.1.	Por su finalidad	51
3.1.2.	Por su alcance	51
3.2.	POBLACION Y MUESTRA DE ESTUDIO	51
3.2.1.	Población	51
3.2.2.	Muestra	51
3.3.	DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	51
3.4.	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	52
3.4.1.	Técnicas	52
3.4.1.1.	Análisis bibliográfico	52
3.4.1.2.	Análisis de documentos	52
3.4.2.	Instrumentos	52
3.4.2.1.	Fichas bibliográficas	52
3.4.2.2.	Guía de análisis de documentos	52
3.5.	PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS	52
IV.	PRESENTACIÓN DE RESULTADOS	54
4.1.	ANÁLISIS y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	54
	CONCLUSIONES	66
	RECOMENDACIONES	68
	Referencias	69

I. INTRODUCCIÓN

1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Desde el punto de vista criminológico, el delito de feminicidio constituye, definitivamente, una de las modalidades de homicidio más graves que se pueden llevar a cabo en nuestra sociedad y en el mundo, y es que, a pesar, de los esfuerzos de los Estados para reprimir de forma más severa este gran atentado a la vida humana, las cifras de muertes a mujeres por su condición de tal siguen en aumento y cada caso es aún mucho más execrable que el anterior.

Tal es así que las estadísticas son muy desalentadoras en el combate que se viene dando para erradicar o por lo menos disminuir la violencia contra la mujer en su variante más grave: el feminicidio. Solo basta mencionar para graficar ello que hasta marzo del presente año se han presentado, como se señala en el diario “El Peruano” en su edición del 8 de marzo, treinta feminicidios, además según la oficina de comunicaciones del congreso se ha señalado que el Perú “encabeza la lista de países con mayor índice de mujeres muertas por sus parejas o ex parejas, superando largamente a República Dominicana, que ocupa el segundo lugar”.

En el año 2011 se tipificó como una modalidad más de un delito contra la vida humana independiente el delito de feminicidio en el Perú, según la exposición de motivos, la gran cantidad de víctimas mujeres producto de actos de violencia justificaron la criminalización de tal conducta. Lamentablemente la puesta en vigencia de este delito, no vino acompañada de una buena o correcta técnica legislativa pues, se le ubico en el mismo artículo 107 del Código Penal, es decir, donde ya existía el delito de parricidio, adoptando este delito el nomen iuris de “parricidio/feminicidio”, lo cual hacía más que confusa su

aplicación y la comprensión conceptual completa de sus alcances típicos y contenido criminal.

Recién en el año 2013 se pone en vigencia el delito de feminicidio como un tipo penal autónomo, y aunque por error se le ubico en el artículo 108- A que ya estaba ocupado por el tipo penal de homicidio calificado por la condiciones del sujeto pasivo, una rápida fe de erratas corrigió prontamente ese error otorgándole la ubicación que hasta hoy conocemos: el artículo 108- B del Código Penal, y aunque han existido hasta hoy algunas modificaciones sobre todo en el incremento de las penas para este delito, la estructura básica del mismo se mantiene. Actualmente el tipo penal se describe de la siguiente forma:

“Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte 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”.

El problema que se presente- aunque existen muchos en torno a este delito- sobre el sujeto activo, como elemento del tipo penal objetivo, y es que, si bien es cierto este tipo penal utiliza la

locución lingüística “el que”, que en el derecho penal debe hacer alusión a que este es un delito común y por tanto puede ser cometido por cualquier persona, la Corte Suprema en el acuerdo Plenario N° 1- 2016 CJ/116, ha establecido que el único sujeto activo que puede cometer este delito es un hombre biológicamente tal, sustentado su postura en que este es un delito de género y en el cual se exige un elemento subjetivo distinto al dolo: “condición de tal”, entendido como una actitud de desprecio o minusvaloración a la mujer, y ello únicamente, en un contexto de género, lo puede hacer un hombre, por lo cual se ha decantado el máximo tribunal de justicia ordinaria en el país que estamos frente a un tipo penal especial y no ante uno común.

La interpretación de la Corte Suprema, genera muchos problemas, no solo porque rompe el principio de legalidad, por cuanto, no se puede interpretar como tipo penal especial, una prescripción normativa en la que taxativamente se señala que es un delito común, tal como sucede en los demás delitos en donde se utiliza la frase “el que...” que expresa la voluntad del legislador de regular delitos con sujeto activo indeterminados, es decir, que puede ser cometido por cualquier persona; sino porque esa interpretación limita un mejor nivel de protección de la mujer habida cuenta que genera lagunas o vacíos de desprotección para la mujer que se encuentra en estado vulnerable sea cual fuere el sujeto activo o agente que realice la conducta dañina contra ella. A nivel del derecho comparado países como Chile, México, Costa Rica, entre otros, han tipificado esa conducta como delito común pues utilizan la prescripción “el que...” o similares, diferencia de Argentina que de forma expresa ha señalado que este delito solo lo puede cometer un hombre.

Además de lo dicho, la interpretación de la Corte Suprema al señalar que solo puede ser sujeto activo un hombre y no una

mujer, aun cuando los contextos a los que alude la norma fácilmente pueden ser ejecutados contra otra mujer que tenga esa misma actitud de desprecio por sobre propio género, lesiona el principio de culpabilidad, porque se está sancionando, no por matar a una mujer por su condición de tal, sino que se está tomando la cualidad de hombre para configurar el delito, se lesiona entonces el principio de culpabilidad en su manifestación de derecho penal y no de autor, pues se está tomando en cuenta para sancionar al hombre y no a la mujer únicamente la condiciones personales.

La propia jurisprudencia nacional- en sentido contrario a lo que señaló el citado Acuerdo Plenario- ha expresado que una mujer puede ser autora del delito de feminicidio, así pues, el Tribunal Constitucional ha señalado que “la violencia basada en género –entre las que se encuentra el feminicidio– pueden ser cometidos por hombres y por mujeres” (Expediente N° 003378-2019-PA/TC. fundamento 56). Lo mismo ha señalado la Corte Suprema cuando expresa que, “el feminicidio no es un delito especial. Es decir, cualquiera puede ser sujeto activo del delito, incluyendo a las mujeres” (R.N. N° 453-2019 Lima Norte).

1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA:

¿Cuáles son las razones jurídicas para considerar al delito de feminicidio un tipo penal común?

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo General:

Determinar cuáles son las razones jurídicas para considerar al delito de feminicidio un tipo penal común.

1.3.2. **Objetivo Específicos:**

1. Establecer los alcances del tipo penal de feminicidio en el Perú a la luz de la doctrina y la jurisprudencia.
2. Explicar la discusión doctrinaria y jurisprudencial entorno a si el delito de feminicidio es común o especial.
3. Señalar los alcances del principio de legalidad y culpabilidad y mejor protección a la víctima en relación al feminicidio.
4. Proponer la uniformización de criterio para un cambio en la postura del acuerdo plenario1-2016

1.4. **JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO**

- Desde el punto de vista **teórico** en que es necesario realizar un nuevo análisis del acuerdo plenario 1- 2016 en función de un esclarecimiento de los alcances típicos del sujeto activo en el delito de feminicidio se debe distinguir que los estereotipos de género o los elementos subjetivos distintos al dolo- como el sentimiento de minusvalía hacia la mujer y los comportamientos de estereotipados y prejuicios de género- no solamente pueden provenir de un hombre.
- Desde el punto de vista **práctico y social** servirá para que los jueces procesen como feminicidios los casos en que las propias mujeres irradian sobre ella un sentimiento de minusvalía a pesar de pertenecer al mismo género, con ello, se fortalecería la lucha contra el feminicidio con la aplicación de penas drásticas.
- Desde el punto de vista **metodológico** se pretende proponer un cambio para que de esta forma se pueda seguir analizando a nivel jurisprudencial casuístico e investigativo el delito de feminicidio específicamente lo que respecta al sujeto activo.

II. MARCO DE REFERENCIA

2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO

2.1.1. Antecedentes a nivel internacional

- (Picón Torres & Mancilla Gras, 2021), realiza su investigación en “Feminicidio como delito autónomo en Colombia: Análisis, efecto y reflexiones”, Tesis para optar el Título Profesional de Abogada, por la Pontificia Universidad Javeriana- Colombia, en la que arriba a la siguiente conclusión: “es viable concluir que, con la tipificación autónoma del delito de feminicidio, se visibiliza no solo la violencia contra la mujer (siendo esta la antecesora en la mayoría de los casos a la muerte de esta) sino también al hecho de matar a una mujer por su condición. Los investigados concuerdan que la expedición de la ley permitió que las mujeres no sientan temor al denunciar a sus agresores (en la mayoría de los casos), y también consideran que las redes sociales han tenido un rol fundamental para darle visibilidad a los casos.”.

2.1.2. Antecedentes a nivel nacional

- (Azcarraz López & Pérez Romero, 2021), investigó “Feminicidio y violencia de género en Perú, 2021”, Tesis para optar el Título de Abogado, por la Universidad Peruana de las Américas – Lima, en la que concluye que: “El feminicidio es un delito pluriofensivo; lesionan más de un bien jurídico, mediante la violencia que es ocasionada; por discriminación, machismo, estereotipos de género, androcentrismo, misogenismo, patriarcado, sexismo; producto de la inseguridad y posesión de dominio machista de la sociedad actual contra la mujer”.
- (Guzman Minaya, 2019), realizo su investigación “Causas – factores del incremento del delito de feminicidio en las

fiscalías corporativas penales Huaraz en el periodo 2017 al 2019”, Tesis para optar el Título Profesional de Abogado, por la Universidad César Vallejo– Piura, en la que concluye que: “Las causas y factores que influyen en el incremento del delito de feminicidio en la ciudad de Huaraz, vienen hacer el machismo, los celos y el alcoholismo ya que esto se debe a aspectos sociológico y cultural, uno de los primordiales factores es la falta de conciencia en saber reconocer y aceptar cuando las parejas se encuentran en una situación de violencia.”.

- (Marchena Ramírez, 2021), investigo “El delito de feminicidio como manifestación de violencia extrema y sus implicancias en el derecho a la vida en el Perú”, Tesis para optar el Grado de Doctora en Derecho, por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, en la que concluye: “Se ha establecido que la existencia de discriminación de género hacia la mujer, incide significativamente en el nivel de reconocimiento de la ley como un derecho fundamental de la persona humana, asimismo se ha establecido la existencia de nexos de familiaridad entre el homicida y la víctima, incide significativamente afectando el valor supremo que es la vida a nivel de la sociedad”.

2.1.3. Antecedentes a nivel local

- (Veneros Aguirre, 2022), investigo “Feminicidio: La importancia de tipificar como agravante el incumpliendo de las medidas de protección en Trujillo, 2020”, Tesis para optar el Título Profesional de Abogada, por la Universidad César Vallejo – Filial Trujillo, en la que arriba a la siguiente conclusión: “existe relación entre las medias de protección y el feminicidio, debido a que los hechos de agresión hacia la

mujer va en aumento, por lo que se refleja que dichas medidas no frenan en totalidad los hechos de violencia, debido a que la policía no realiza sus funciones asignadas en la ley 30364, por la falta de recursos; por lo que al no respetarse las medidas, éstas son fácilmente vulneradas, lo que conlleva que el agresor aumente la intensidad de sus actos y cometa el feminicidio”.

2.2. MARCO TEORÍCO

CAPÍTULO I DERECHO PENAL

A. El control social

Previo a señalar el control social, es preciso indicar como el comportamiento humano se debe encontrar regulado por una vida en sociedad, la cual se encontrará destinada a una convivencia pacífica. Si bien en la historia se han establecido varios medios de control social, los cuales el derecho busca encausar el comportamiento del hombre en sociedad.

El control social llega a ser aquel conjunto de mecanismos de los que goza la ciudadanía con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las reglas y las actuaciones de los integrantes de este, y así obtener una convivencia pacífica; esto se deviene con el objetivo de buscar la aceptación de normas de convivencia, así como el respeto.

Es importante establecer que este control social se clasifica en dos ámbitos:

1) Control social informal:

Es aquel que ve agrupado por las instituciones públicas, donde sus reglas serán obligatorias para sus miembros, Este ámbito del control social se inicia en la familia, cuya exigencia son las normas sociales, la religión y el trabajo, los mismos que llega a ser instancias de control informal.

2) Control social formal:

También conocido como medio de control social institucionalizado, hace referencia a ser aquel control que es formalizado, donde el Estado ejerce

control en base a una reglamentación, de manera coactiva y personal. Según Villa (2014), “El derecho penal pues es un instrumento formalizado de control social” (p. 124). Nuestro ordenamiento jurídico se establece como base el control social formal y señala al derecho penal, como el responsable de hacer cumplir ese control social de parte del Estado, este se rige en por el conjunto de normas previamente creadas, llegando a formalizar y regular las conductas delictivas, estableciendo sanciones a su autor.

Dentro del ámbito del derecho penal, el control social es ejercido mediante normas y sanciones establecidas para prevenir y controlar conductas consideradas delictivas. Como ya conocemos el derecho penal tiene por objetivo proteger a la sociedad y evitar la comisión de delitos, es así como entra a tallar el control social en la regulación del comportamiento de las acciones de la sociedad y evitar se cometa un ilícito penal. Según Peña Cabrera (2011):

El control social es una condición básica irrenunciable de la vida social, mediante la cual todo el grupo o comunidad asegura las normas y expectativas de conducta de sus miembros indispensables para seguir existiendo como tal, a la par que impone límites a la libertad del hombre y conduce a su socialización como integrante del grupo.
(p. 44)

Bajo esta perspectiva entendemos al control social como el mecanismo de control de carácter obligatorio que tiene

todo Estado, asegurando la acción social, este como tal se encuentra encomendada a las instituciones públicas garantizadoras de la seguridad pública y de los órganos administradores de justicia.

B. Antecedentes

Los Antecedentes del derecho penal se remonta al derecho romano, con la aparición una serie de disposiciones de índole penal, una ellas “La ley del talión”, el mismo que indiciaba un castigo similar al delito cometido; Es dentro del derecho penal Germánico el mismo que se desarrolla desde el siglo V al siglo XI, donde se presenta la figura de la “Faída” el cual establecía que en delitos privados exista una venganza dirigida al autor del delito y a su familia. Dicha medida de la faida se fue limitando en razón que el derecho penal germánico dejaba de ser privatista y se hacía público.

En el derecho canónico, se fijaba una mixtura del derecho penal romano publicista y el derecho penal germánico privatista. En el derecho canónico se considera que dentro del aspecto subjetivo del delito sea considerado como un pecado, además un aspecto importante es la humanización de las penas, pues es el derecho canónico quien se opone a establecer penal muy drásticas, oponiéndose de estas, y humanizando las penas.

El paso del tiempo, a la entrada de la edad moderna, siglo VII hasta el siglo XVII, coadyuvo al avance significativo con el establecimiento del primer código alemán de derecho penal Imperial, el mismo que destaca la constitutio criminalis Carolina, así como la ordenanza criminal y la lex regis.

Es en la edad contemporánea donde se plantea al delito ya no como ente jurídico, sino como una realidad social, de igual manera se fijó a la pena, no como un castigo, sino como un medio de protección social.

En nuestro país, dentro de sus antecedentes encontramos al derecho penal pre – republicano donde se instaure el libro privilegiado, el cual en el privilegio 6 se regulan delitos contra los indios, el mismo que era castigado con pena mayor, de mayor rigidez que los cometidos contra los españoles.

Posterior a ello tenemos el derecho penal republicano que entra a regir con la independencia del Perú en 1821, y la constitución de 1823, estableciendo bases del sistema de justicia, incluyendo disposiciones del derecho penal. Apreciándose varias reformas al código penal, producto del desarrollo de la sociedad y el avance del tiempo. Cuyo último libro es el de 1991, que se encuentra vigente.

C. Definición

1) Desde el punto de vista objetiva

El derecho penal desde el enfoque objetivo también es conocido como “Ius Poenale”, en virtud de ser aquel conjunto de normas reguladoras de los delitos y faltas, y de igual manera las penas y medidas de seguridad, Este enfoque es trascendental y llega a ser entendido como aquel conjunto de normas establecidos por el ordenamiento jurídico, el cual se va a establecer condiciones y principios reguladores del ius puniendi del Estado y de esta manera busca

regular la conducta delictiva y sean posibles de sanción penal.

Podemos señalar además que el derecho penal objetivo se caracteriza por estar previamente tipificado y escrito, lo cual hace ver a un derecho penal positivo. Jiménez (Como se citó en Villa, 2014)

Define el derecho penal como conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.
(p. 126)

Siguiendo esta línea de ideas, referimos que el derecho penal es un conjunto de normas las cuales regularan al poder del Estado, mediante el derecho penal se determina qué comportamientos son considerados delitos y establece las consecuencias legales que se aplicarán a quienes los cometan.

Siguiendo el mismo lineamiento señala, Villavicencio (2017) “es el conjunto de normas jurídico-penales referidas al delito, al sujeto responsable de su realización y a las consecuencias del delito, esto es, las penas y medidas de seguridad” (p. 24). El derecho penal objetivo establece elementos necesarios para que una conducta sea considerada delito, como la existencia de una acción u omisión voluntaria, la

tipificación de la conducta como delito en la legislación penal y la imposición de una pena o sanción por parte del sistema judicial.

Es necesario precisar que el aspecto objetivo se basa en la regulación de la conducta y su sanción penal, de igual manera busca respetar los derechos de las partes, especialmente los derechos del acusado, por ello que el derecho penal objetivo va a establecer los principios y garantías que protegen los derechos de las personas acusadas de cometer un delito, por tal razón va a tipificar que acciones son prohibidas y sancionadas por la ley.

2) Desde el punto de vista subjetivo

Desde este enfoque el derecho penal es considerado como *ius puniendi*, el mismo que tiene que ver con la potestad punitiva, ostentada por el Estado, cuya la principal facultad es la sancionadora, y de esta manera busca regular todo lo concerniente a la facultad de castigar y sancionar a todos los sujetos que hayan cometido un delito.

Mediante este enfoque el derecho penal subjetivo se define como aquellas responsabilidades de parte del Estado y de esta manera otorgar una de las facultades y castigar situaciones de índole delictivo, el mismo que se va a realizar mediante los operadores de justicia, esto es con la facultad que se le otorga al poder judicial y al Ministerio Público, quien será el responsable de imponer sanciones al sujeto agente.

Según García (2012), "El Derecho penal subjetivo puede definirse como la facultad de imponer penas

ante la realización de un hecho delictivo. A esta facultad punitiva se le conoce también con la denominación latina de *ius puniendi*” (p. 113). Siguiendo esta línea se parte de la idea de una facultad punitiva otorgada hacia el Estado, como un ente sancionador, y a la vez derivada del Estado para cumplir con la tarea de sancionar delitos.

A este lineamiento señala Villavicencio (2017), “es la facultad de Estado de imponer penas y medidas de seguridad a los infractores. Se trata de una decisión político-criminal que se plasma en una norma penal que declara punible un hecho y perseguible a su autor” (p. 24). Ambos autores, señalan al *ius puniendi* como facultad exclusiva del Estado, siendo de esta manera ejercida para la correcta aplicación de las penas.

Es importante indicar que esta facultad sancionadora se encuentra limitada, pues dicha facultad se va a encontrar regida por garantías, que se deben respetar y garantizar los derechos del imputado. Estas garantías se encuentran orientadas a evitar los excesos de la práctica del poder punitivo

D. Características

El derecho penal al regular la facultad sancionadora del Estado, esta va a presentar una serie de características que nos permiten diferenciarlo, entre ellas encontramos:

1) Público

Con esta característica se tiene que el derecho penal se impone a toda la colectividad, es decir se aplica de forma igualitaria a toda la sociedad. así mismo, el derecho penal llega a ser público en

virtud de las penas que son impuestas exclusivamente por el Estado, pues es este quien ostenta la facultad punitiva del derecho penal, con el *ius puniendi*.

2) Regulador de conductas humanas

Esta es una de las características principales del derecho penal, en la cual se va a establecer que el derecho penal no castiga el pensamiento, esto quiere decir que solo se castiga la actividad en tanto esta, se exteriorice. En este sentido, según Villa (2014), “se contenta con la realización física de la conducta o la causación material del resultado, sin tener en cuenta para nada la participación de la voluntad personal en el hecho” (p. 144). Ello nos aclara la regulación neta de una conducta materializada la cual está tipificada en nuestro ordenamiento jurídico. El derecho penal, no puede regular el pensamiento humano, puesto que de esta manera se transgrede al campo moral de la persona. Pues es de recordar que dentro del *iter criminis*, encontramos la fase punitiva que es con la materialización de la conducta.

3) Sistema discontinuo de ilicitudes

Dicha característica hace que solo se imputen conductas delictivas tipificadas, el derecho penal solamente contendrá los comportamientos humanos de acciones incriminadas, separándose completamente aquellas conductas no establecidas en el ordenamiento jurídico, no siendo relevantes en el derecho penal.

4) Personalísimo

Resulta ser indispensable en la aplicación de la ley penal, en razón que solo se sanciona al autor del

hecho delictivo, su carácter personalísimo quiere decir que el sujeto responde de forma personal por su conducta atípica, impidiendo sancionar a otra persona por acto u omisión no cometido.

E. Finalidad

El derecho penal, debe ser sustentada en un fin supremo que justifique su razón de ser, por tal motivo debe cumplir con la búsqueda de prevenir la comisión de un ilícito penal; de igual manera siguiendo este parámetro prevencionista, es regulado para sancionar al autor de un hecho ilícito, el cual se conecta con la anterior finalidad la misma que goza de la prevención del delito; y no solo se sustenta en esa prevención de evitar la realización del delito, sino también en prevenir cometa nuevo ilícito, por ende es indispensable señalar que esta se centra al resolver los principales conflictos existentes dentro de la sociedad.

Como tal, el derecho penal establece una finalidad de protección, según Reyna (2016), “estos fines no pueden ser otros que los de la protección de bienes jurídicos” (p. 91). De esta manera dilucidamos una perspectiva funcional sobre la que se basa la protección de los bienes jurídicos de la persona, y al saber que la persona es el fin supremo de la sociedad, se puede entender que su finalidad se base en la protección de sus bienes.

Por su lado, Jakobs (como se citó en Reyna, 2014), “entiende que el fin del Derecho Penal no es otro que el de mantener la vigencia de la norma jurídico-penal” (p. 97). Visto desde esta perspectiva, encontramos otra finalidad del derecho penal basada en la normatividad, la cual coadyuva y refuerza a la ley penal como fuente del derecho.

F. Objeto

El establecer al derecho penal de dos aspectos relevantes, objetivo y subjetivo, los cuales se basan en determinar los objetivos propios del derecho penal, y que nos hace señalar que el objeto principal del derecho penal se basa en el estudio y análisis del delito en específico, para ello es importante señalar que el principal objeto del derecho penal es el conocimiento científico de la norma. Según Peña Cabrera (2011), “El Derecho Penal, configurado como ultima ratio del ordenamiento jurídico, tiene por objeto los ataques más graves contra los bienes más importantes para el desenvolvimiento de la vida social” (p. 638).

El establecer como objeto los ataques graves hace referencias a los delitos en sí mismo, pues son aquellas conductas ilícitas que ponen en peligro bienes jurídicos objeto de protección jurídico penal.

Es importante señalar que dentro del objeto del derecho penal se establecen dos aspectos relevantes, que configuren el objeto de estudio de la interpretación científica de las normas, para lo cual se han señalado:

El primer elemento trasciende en determinar las conductas ilícitas castigadas con una pena; con este elemento se requiere de estipulaciones legales materializadas mediante la acción ilícita y los elementos normativos del tipo, la determinación de la conducta es importante porque permite dilucidar el fin central de la norma, y así señalar cual es la acción incriminada y darle una correcta interpretación legal.

El segundo elemento tiene realce en regular la manera de la aplicación de la pena; esta regulación se basa en el juicio de tipicidad y culpabilidad, ello debido a establecer el parámetro adecuado de la pena que se va a imponer,

de igual manera se requiere de identificar los parámetros si la sanción es una pena o una medida de seguridad.

G. Fuentes del derecho

Como fuentes del derecho podemos entender a aquellos actos que origina la modificación o creación de normas penales, Por ello el ordenamiento jurídico las toma como punto de partida para la aplicación, modificación o creación de estas, en nuestro país la principal fuente que predomina es la constitución, y las leyes, de las cuales se basa todo el ordenamiento jurídico, especialmente por el derecho penal en virtud de garantizar los derechos del imputado.

Como primera fuente tenemos la costumbre: Según Villa (2014), “patrones de conducta que hace que ella se repita permanentemente creando en sus actores los criterios del valor o disvalor con arreglo a los cuales se determina el bien jurídico pasible de protección penal” (p. 157). Si bien podemos identificar a una serie de actos reiterativos, las cuales se enfocan en hacer que dicha conducta en el ciudadano sea obligatoria, la misma que está integrada por los usos de aquella acción por toda la ciudadanía, llegando a ser reglas sociales que modifican al derecho penal, en razón que los ciudadanos la practican instituyendo una obligatoriedad.

La Jurisprudencia: es entendida como la recopilación de sentencias o resoluciones, expedidas por órganos jurisprudenciales. Según Villa (2014), “se asocia ineludiblemente al fallo de jueces y tribunales, con independencia de si dicho fallo resulta conforme a la doctrina o a criterios de excelencia cultural o incluso jurídica” (p. 170). Un aspecto resaltante es la utilización de otros fallos para llega a una decisión, lo cual lo hace

vigente, es decir la jurisprudencia hace vigente a la ley porque nos basamos en su constante aplicación.

La doctrina: Son aquellos aportes al derecho, realizados por reconocidos juristas, los cuales representan elementos básicos, para que el legislador las recoja y cree la ley, así como en su aplicación por el juez. Según Villa (2014), “alcanza desarrollo en la parte general del Derecho Penal estudiando los principios generales, y de la parte especial cuando se estudia la configuración y alcance de cada tipo penal del catálogo” (p. 173). Esto significa que la doctrina no necesariamente es una fuente inmediata del derecho, ello raíz que es base teórica de este; sin embargo, su contenido y aporte deviene en trascendental para su modificación e interpretación.

La ley: la cual representa una de las fuentes principales, pues es la única fuente material directa del derecho penal, puesto que una ley se crea con un carácter de obligatoriedad, por parte de todos los administradores de justicia. Desde una perspectiva constitucional, se señala como garantía “nadie puede ser procesado ni condenado por acto u omisión que no esté previamente señalado por ley, lo cual constituye una obligatoriedad del derecho penal tener como fuente la ley, porque sin su existencia una persona no puede ser procesada en el sentido que no se tiene certeza de la antijuricidad de su conducta.

CAPÍTULO II

LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL

A. Definición de principios

Los principios del derecho son aquellas bases propias del derecho en la cual se funda la regulación de las normas, estos principios llegan a constituir normas propias de una comunidad. De la misma manera, se puede definir a los principios como bases complementarias del derecho, sirviendo como sustento a la ley.

Dentro del derecho penal los principios son conocidos como principios políticos criminales, los cuales van a representar garantías estableciendo límites a los abusos del poder punitivo del Estado. Según García (2019), “El ejercicio de la potestad punitiva debe sujetarse a un conjunto de principios o garantías que forman parte esencial del sistema penal. A estas garantías se les conoce también como principios político-criminales” (p. 111). Compartiendo esta regulación, entendemos que son aquellos límites impuestos al Estado y así evitar vulnerar derechos fundamentales de sujeto activo.

Los principios generales del Derecho son la base fundamental la que se sustenta y justifica el ordenamiento jurídico en general. Llegan a ser una fuente constante de renovación y adaptación para dicho ordenamiento, así como creadora de normas, cumpliendo funciones esenciales, las cuales se fundan en constituir la base del ordenamiento, esto es en fundamentar el ordenamiento; de igual manera orientar la interpretación normativa del derecho positivo, sirviendo de guía en la aplicación; y ser la base del derecho en caso de lagunas o vacíos legales, lo cual el principio busca complementar y cubrir dicho vacío.

B. Fundamentos constitucionales de los principios

El ordenamiento jurídico penal peruano, como bien conocemos parte de la base de la constitución política, de manera que todo el contenido formal y materia del derecho penal, debe respetar irrestrictamente el

marco constitucional, ello en virtud de esa supremacía que ostenta la constitución, generando de esta manera que aquellos principios derivados de esta se sujeten en el respeto y en pilares de esta norma suprema.

Por esta razón tenemos que el derecho penal se debe estructurar y fundamentar en la constitución, esto en virtud de la necesidad de las leyes para la convivencia social; por lo tanto, la función de sancionar los ilícitos penales se deben encontrar limitas, en virtud de una legitimación democrática, y de la misma manera en respuesta a las necesidades del Estado social.

Siendo así el derecho penal se debe encontrar en una vertiente constitucional de política criminal, respetuosa del Estado social de derecho. Según Villa (2014), “En cuanto al derecho penal de un Estado social, deberá legitimarse como sistema de protección efectiva de los ciudadanos, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida y sólo en la medida de lo necesario” (p. 133). Con ello exponemos que el principal fundamento constitucional en los principios fundamentales es el social, el cual le brinda al derecho penal aquella función de prevención.

Es importante señalar que no solo se basa en el Estado social, sino también otro fundamento es en base a los derechos fundamentales de la persona, el mismo que va a establecer límites y las bases éticas sobre las cuales se va a desarrollar el ordenamiento jurídico. Los principios deben cumplir con esa función de protección y promoción de estos derechos fundamentales, como la igualdad, la libertad, la dignidad humana y el debido proceso.

C. El principio de legalidad

1) Definición

Reconocido como uno de los principios rectores del derecho penal, en razón que limita la facultad punitiva del Estado, generando ciertos límites al ejercicio del poder punitivo que ostenta el Estado, coadyuvando a garantizar los derechos del

sujeto agente. Para el Perú este principio impide que los ciudadanos sean sancionados si un delito no está en la ley. Según García (2019):

El principio de legalidad fue constituido en el Derecho penal liberal como un mecanismo para frenar el abuso que se había producido en los Estados despóticos, en tanto una previa determinación absoluta de las conductas prohibidas por medio de la ley impedía el uso arbitrario de la potestad punitiva por parte de los detentadores del poder. (p. 138)

Bajo este principio se establece que nadie puede ser sancionado penalmente, previo a la tipificación de la conducta, siguiendo el punto de vista de García este principio se sustenta en aquel límite que se le pone al Estado para prevenir ciertas ilicitudes.

El principio de legalidad es el principal límite de la violencia punitiva que el sistema penal del Estado ejerce, lo podemos conocer como una garantía para el Estado y el ciudadano en razón que garantiza el respeto irrestricto de la ley. Según Urquiza (Como se citó en Villa, 2014), es aquel “medio racional de lograr la seguridad jurídica que evita que el sistema punitivo se desborda creando formas e instrumentos coercitivos que no expresan necesidades finales de los procesos de organización de las personas, la sociedad o el Estado” (p. 136). Visto desde este punto de vista es un principio garantizador de la seguridad jurídica, puesto que se sustenta en establecer previamente que acciones son consideradas delitos, limitando también el ejercicio del poder penal a las acciones u omisiones previstas en la ley.

Este principio extiende sus bases en el poder penal, llegando a limitarlo conforme a ley; no se acepta en el Perú poderes absolutos de parte del Estado sobre los gobernados, por esta

razón, cumple un rol trascendental de garantías para la ciudadanía constituyéndolo como aquel límite formal al poder punitivo del estado, pues se encuentra prohibida la imposición de penas no calificadas previamente por la ley. Lo cual se encuentra regido bajo la garantía “Nullum crimen sine lege”, lo cual significa no hay delito sin ley previa.

Este principio busca evitar el abuso de poder y dar seguridad al ordenamiento jurídico, es decir gracias a este principio no se puede vulnerar nuestro derecho, lo cual se sanciona con una pena.

2) Alcance constitucional

Como es sabido este principio se encuentra regulado por la constitución política dentro del artículo 2, inciso 24 par d, donde establece, que nadie será procesado ni condenado por acto previamente tipificado en la ley, con ello la constitución nos regula el principio fundamental en que se basa todo nuestro ordenamiento jurídico, de esta manera el legislador protege y garantiza la imparcialidad en la potestad punitiva del Estado.

El clasificar este principio dentro de nuestra Constitución política le da un carácter de obligatorio, en razón que se deben evitar que la respuesta por parte del Estado se encuentre cargada de subjetividades o de intereses personales y políticos, por ello la legalidad no solo es vista como un principio, pues muchas veces dentro de la doctrina es considerado también como un derecho fundamental el en el que se refiere la dignidad de la persona humana.

Su alcance constitucional nos conlleva a suponer dos aspectos relevantes en la forma de la organización política, por un lado, tenemos la determinación de acciones ilícitas consideradas como delitos y su correspondiente sanción penal, el mismo que es aprobado por el órgano competente dentro de nuestro ordenamiento jurídico; por el otro lado es

visto como un mecanismo de control ante los abusos del poder en contra de los ciudadanos.

Es necesario advertir que, dentro del derecho internacional, este principio se reconoce como la presunción de inocencia; su alcance constitucional lo coloca como un principio clave en el ordenamiento jurídico, pues su vulneración conlleva transgresiones constitucionales.

Realizando un desglose a lo establecido por la Constitución Política con respecto a este principio, tenemos que en estricto este principio va a imponer una pena ya regulada y prevista dentro de nuestro ordenamiento jurídico, si bien las penas llegan a tener un límite mínimo y un máximo, este principio nos indica que al momento de la aplicación de esta se deba establecer parámetros que delimiten y eviten ciertos abusos por parte del operador de Justicia.

3) Alcance convencional

Este principio en el ámbito internacional deviene de deberes propios del Estado, partiendo de la irretroactividad de la ley penal, siendo necesario su aplicación en la administración de justicia y en la imposición de sanciones, constituyendo a este principio como mecanismo motivador de las conductas de los ciudadanos. Según García (2019), “el principio de legalidad sería el mecanismo operativo para motivar a los ciudadanos a actuar de esa manera” (p. 142).

Su alcance convencional de este principio hace referencia a la obligación de que todas las acciones del Estado se encuentren autorizadas por la ley y no exista discrecionalidad o arbitrariedad en el ejercicio del poder público; Ello quiere decir, el Estado se encuentra obligado de llevar todas sus actuaciones en concordancia con los parámetros establecidos por este principio.

Como bien lo hemos mencionado, este principio establece que nadie puede ser sancionado por un acto que no esté

expresamente prohibido por la ley, de igual manera las acciones del Estado deben estar basadas en leyes previamente establecidas y no en decisiones arbitrarias de los jueces, esto significa la imposibilidad de aplicar analógicamente las decisiones judiciales.

El principio de legalidad también implica que las leyes deben ser claras y precisas, y que todos los ciudadanos deben ser tratados por igual ante la ley. Esto significa que las leyes deben ser justas y equitativas, y que no pueden favorecer a ciertos grupos o individuos en detrimento de otros.

4) Manifestaciones

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico se establece que el principio de legalidad se encuentra regulado mediante cuatro manifestaciones, las mismas que permiten reconocer este principio en el ámbito jurídico.

i. Reserva de ley:

La manifestación de reserva de ley, en latín “lex scripta” mediante esta manifestación se señala que la única manera de regular y crear los delitos es mediante la ley, la misma se sustenta en tener a la ley como fuente directa del derecho penal. Según García (2019), “la reserva de ley se refiere a la ley en sentido formal, es decir, a la expedida por el Congreso de la República conforme a los procedimientos constitucionalmente establecidos” (p. 143). Algo trascendental a resaltar en la reserva de la ley, es en cuanto a la ley refiere a leyes ordinarias, sino también, a todas las normas con rango de ley, las mismas que son expedidas por el ejecutivo; esta exigencia es en pocas palabras la necesidad de establecer leyes escritas y de esa manera brindar seguridad jurídica.

ii. La taxatividad de la ley:

Conocida también como “lex certa”, que implica la claridad de la ley; esta manifestación recae una exigencia hacia el legislador quien debe expresar dentro de la ley todos los presupuestos configurativos de la ley y de la sanción aplicada, Es importante la taxatividad de la ley en virtud de evitar los excesos en la aplicación de la ley.

Según García (2019), “Para evitar el abuso judicial en un sistema democrático de distribución del poder, es necesario que el legislador penal determine suficientemente la conducta punible y la pena a imponer, quedando proscritas las leyes penales absolutamente indeterminadas” (p. 147). En definitiva se hace indispensable que el principio de legalidad se vea manifestado mediante la lex certa o taxatividad de la ley, en virtud de no quebrantar la seguridad jurídica y que el sujeto agente tenga conocimiento que su conducta ilícita es merecedora de determinada pena.

iii. Prohibición de la retroactividad:

Conocido bajo la garantía “lex praevia”, aquella señala que la conducta ilícita debe estar proscrita previo a su realización; con ello se entiende que rige la irretroactividad de la ley, haciendo que estas no puedan aplicarse retroactivamente. Dentro del ordenamiento jurídico peruano, se establece que la ley penal aplicable es la ley vigente a la comisión del hecho punible, lo que quiere decir aplicar leyes vigentes al tiempo de la conducta prohibiendo de esta manera la retroactividad; sin embargo, es preciso indicar que el ordenamiento nos expresa una excepción a esta aplicación de irretroactividad, la cual es la

retroactividad benigna, ello es solo es aplicable cuando esta le favorece al reo.

iv. **Prohibición de la analogía:**

Conocido como Lex stricta, prohíbe totalmente la analogía en la aplicación de la ley por parte de los operadores de justicia, con ello se regula también la actividad interpretativa de los jueces, quienes no pueden extenderse más allá del caso en concreto y emplear la analogía para agravar las penas.

Esta manifestación es fundamentada en aquellos peligros que representa su interpretación, conllevando a vulnerar derechos individuales de los investigados, esto en palabras de García (2019), “es un límite a la interpretación de la ley penal” (p. 169). Lo cual nos indica una interpretación estrictamente literal, no pudiendo exceder más allá de esta.

5) Jurisprudencia relevante

El estudio del principio de legalidad conlleva a determinar sus alcances constitucionales y convencionales respecto de este principio rector en el ordenamiento jurídico, para ello se hace relevante determinar cómo es que a lo largo de la historia se ha delimitado este principio en la situación jurídica del país, tomando en cuenta a los aspectos fundamentales, se trasluce que el legislador establece su previa tipificación de los delitos y su subsecuente pena.

Según la Corte Suprema nos establece que, al determinar la antijuricidad de la acción, debe partir de la constatación que realiza el juez sobre los presupuestos del ilícito, pues las acciones realizadas se deben encuadrar en todos los elementos establecidos por el delito, pues dicho análisis supone relevancia trascendental en el desarrollo de un proceso.

para ello el Tribunal Constitucional, en la sentencia 201/2022 nos expresa que este principio impide se atribuya una falta sin ser previamente tipificada, la misma prohíbe aplicación de sanción si no encuentra especificada.

Por otro lado, el tribunal en el expediente 3644-2015, señala que el aspecto subjetivo de este principio no se puede alejar de los parámetros fijados por los derechos protegidos constitucionalmente, indicando que la posible violación de la legalidad es factible una reparación mediante procesos de tutela de la libertad.

Dentro de las manifestaciones de la legalidad y la prohibición de la retroactividad el Tribunal de igual manera expresa un aspecto relevante que nos permite dilucidar la razón de esta prohibición constitucional, pues según este órgano en la sentencia del expediente 1300-2002, es prohibida debido la naturaleza del proceso y la aplicación de leyes vigentes al momento de la Comisión del ilícito.

D. El principio de lesividad

1) Definición

El principio de la actividad o también conocido como de exclusiva protección, se basa en la conservación de los bienes jurídicos el cual se desprende la imposición de una sanción penal, ante la existencia de una vulneración a bienes jurídicos protegidos del Estado, ello quiere decir que si la conducta no cuenta con lesividad al bien jurídico protegido entonces no podremos sanción era penalmente al autor.

Como bien sabemos el bien jurídico representa aquel punto de partida de todo derecho penal, por lo tanto, merece ser objeto de protección y que para que exista una sanción debe ser lesionado o puesta en peligro.

Según villa (2014):

No es suficiente entonces con que exista oposición entre la conducta y la norma penal, es necesario la lesión o puesta en peligro del bien jurídico concreto cuya protección le ha sido encargada al catálogo de la parte especial del código pues nullum crimen sine iniuria. (p. 140)

Partiendo de esta línea de ideas evidenciamos que la lesividad se basa en aquella protección hacia el bien jurídico, cuya responsabilidad es competencia del estado garantizar su protección. Según García (2019), “si la conducta no cuenta con esa lesividad, entonces no estará justificado sancionarla penalmente” (p. 124).

Es importante recalcar, si bien el delito constituye una lesión al bien jurídico, en base a ello se parte de la idea que una lesión puede configurar la conducta delictiva. Asimismo vale señalar que de este principio se basa la irrestricta libertad de ideas, lo cual nos da entender que el derecho penal no puede sancionar el pensamiento, así como tampoco los actos preparatorios del delito; con ello vamos a dar a conocer que muchas veces los actos preparatorios y el pensamiento no constituyen una lesión al bien jurídico protegido es por tanto que no es punible; sin embargo, es de tener en cuenta que si estos actos preparatorios llegan a vulnerar o lesionar el bien jurídico que el Estado protege entonces sí puede ser pasible de una sanción penal.

2) Alcances constitucionales y convencional

Dentro de los alcances constitucionales se tiene la protección de los bienes jurídicos protegidos, los cuales llegan a ser el objeto de estudio del derecho penal. Y a ello se le conoce como principio de lesividad, el cual garantiza y legitima la función punitiva del Estado.

El derecho penal trae consigo la finalidad de respetar al principio de lesividad, el mismo que no es suficiente generar una conducta que se ajuste a los parámetros normativos y

sea tipificada como delito. Sino También es necesario verificar de antemano que el peligro generado sea capaz de crear una amenaza.

El alcance convencional se basa en prevenir la realización de delitos de peligro, pues es esta clase de delitos la principal causa de violación a este principio, puesto que estas acciones se hacen idóneos para perjudicar los bienes jurídicos que son objeto de protección.

De igual manera el código penal, señala al principio de lesividad dentro del artículo IV del título preliminar el mismo establece la necesidad de una lesión o puesta en peligro al bien jurídico para establecer una pena.

3) Jurisprudencia relevante

La lesividad a los bienes jurídicos se encuentra regulada por el código penal y la constitución política; sin embargo, es necesario se establezcan parámetros reguladores a este principio y de esa manera identificar cuando se configuraría una lesión a este principio. Uno de los parámetros lo encontramos dentro del acuerdo plenario extraordinario 1-2016, el cual establece que este principio otorga suficiente contenido material a la norma penal, estableciendo que es necesario que la puesta en peligro o la lesión cause cierto grado de impacto al bien jurídico, para que se justifique la intervención penal, y el aspecto resaltante es que ante la existencia de afectaciones de mínimo grado afectación no se puede considerar un delito y subsecuente sanción penal, por lo cual este plenario señala se debe considerar como atípico, por no tener relevancia penal.

Otro parámetro en la determinación de vulneración al principio de lesividad se encuentra señalado en la sentencia del recurso de nulidad 1357-2015, donde se señala que de no haberse logrado establecer de manera concluyente la identidad de los presuntos perjudicados, lo cual afecta

directamente al principio de lesividad. Esto es crucial para determinar la presunta lesión o amenaza a los bienes jurídicos protegidos por la ley. En este sentido, no se ha demostrado de manera suficiente la existencia del delito de robo agravado.

En esta sentencia se logra evidenciar que se produce vulneración cuando no tenemos al sujeto agraviado, y ello se basa por el mismo objeto del derecho penal, el cual es la protección de un bien jurídico, y como bien los bienes jurídicos devienen de propiedad del sujeto agraviado, por tanto, al no determinar al propietario de este bien jurídico se evidencia la vulneración al principio.

El tribunal constitucional brinda una perspectiva diferente a estos parámetros de la afectación, pues en la sentencia del expediente 0014-2006, señala una relevancia constitucional indicando la delimitación de conductas antijurídicas, y ante la privación de la libertad esta es válida cuando se ve comprometido la protección de los bienes jurídicos.

En este caso, el principio de lesividad se delimita en la vulneración de los bienes jurídicos, y que solo será factible de sanción penal, cuando se vea lesiona los bienes jurídicos protegidos por el Estado.

4) Derecho penal mínimo

Dentro del derecho penal mínimo, se debe entablar que el derecho penal debe buscar y minimizar la violencia y maximizar garantías, esto quiere decir que el ámbito de mínimo solo es en base de minimizar y prevenir acciones de violencia o ilícitas.

En torno al derecho penal mínimo debemos establecer que este derecho no supone la eliminación de la facultad sancionadora del Estado, delimitando elementos guías de una intervención penal, sino más bien a una intervención mínima del derecho.

Es importante señalar que el derecho penal mínimo haciendo referencia a un derecho penal de mínima intervención, o conocido como de ultima ratio solo debe intervenir en los casos estrictamente necesarios, es decir, cuando el problema o conflicto social no pueda resolverse mediante mecanismos de control de mínima gravedad. Así las sanciones penales no son simplemente una herramienta más de control, ya que, debido a las graves consecuencias derivadas de su aplicación, representan una respuesta especialmente problemática tanto para los ciudadanos como para la sociedad en general.

Hablar de mínima intervención, en el derecho penal se debe dilucidar que se compone de dos principios: principio de subsidiariedad y principio de fragmentariedad. Con lo cual el Estado que el principio de subsidiariedad se va a enfoca en proteger el bien jurídico, y el principio de fragmentariedad se centra en la gravedad de las acciones que lo trasgreden. Es así como estos principios se resumen en la idea general de sancionar a acciones ilícitas más graves y donde no sea posible la aplicación de otro tipo de sanción.

E. Principio de culpabilidad

1) Definición

El principio de culpabilidad parte de la idea de la prohibición de imponer una pena a un sujeto por el simple hecho de la existencia de un ilícito penal, cuya lesión al bien jurídico este materializado; sino más bien este principio nos expone la idea que el hecho ilícito debe ser atribuido al sujeto como hecho suyo. Según Reátegui (2016), “El contenido del principio de culpabilidad en su concepción político-criminal coincide, al ser su cobertura más amplia, con la categoría de la culpabilidad entendida como elemento del delito, pero influye sobre ésta, como lo hace con la estructura del delito

en general” (p. 350). Dicha afirmación nos abarca un principio de cobertura amplia, es decir que se tienen en cuenta elementos como el dolo, la imputabilidad, y criterios de aplicación de la pena, lo cual influye en la culpabilidad y en el delito en sí mismo.

La culpabilidad va a adquirir estructuración diferente dentro del enfoque preventivo con el que cuenta el derecho penal; su principal aspecto versa en la pena; según García (2019), “El principio de culpabilidad establece que no hay pena sin culpabilidad” (p. 175). Ello expone el enfoque centrado en la persuasión y evitar se cometan delitos, por ello es relevante la afirmación arriba señalada, en razón a la no Comisión del delito por parte del sujeto, en este ámbito no es el culpable del delito, no puede ser merecedor de una sanción penal.

A la formulación de no atribuir una pena sin la comisión del ilícito se destaca la culpabilidad del autor determinado en concordancia con la realización de una acción, ello fundamentado en la imposibilidad de imponer una pena fundada en la personalidad del autor.

Si el derecho se basa en la personalidad del autor, se estaría vulnerando varios principios y el aspecto constitución en que parte este principio. así mismo se dejaría de lado la función preventiva de la pena, pues se estaría inculcando a sujetos no responsables.

2) Alcance constitucional y convencional

Desde un enfoque constitucional el principio de culpabilidad se encuentra consagrado en la Constitución Política del Perú. Por un lado, el artículo 2, inciso 24, establece que nadie puede ser sancionado por delito no previsto en la ley, Esto implica que, para ser condenado, debe existir una ley que establezca claramente la conducta como delito y la respectiva pena.

Es importante señalar este principio en razón a su contenido con un valor importante en el derecho de la dignidad de la persona, pues se impide que la persona sea usada como instrumento de responsabilidad penal; debemos señalar, además, el artículo VII del título preliminar del código penal, se funda en la frase “nulla poena sine culpa”, con lo cual queda proscrita toda responsabilidad penal si no hay una culpabilidad penal por parte del sujeto.

En cuanto al ámbito convencional, el principio de culpabilidad está presente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), también conocida como Pacto de San José. En su artículo 8, inciso 2, se establece que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe legalmente su culpabilidad.

Además, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fortalecido el principio de culpabilidad en el ámbito del derecho penal. Estableciendo que es necesario que exista una atribución individualizada de la responsabilidad penal, es decir, se demuestre que el acusado tuvo un rol activo en la comisión del delito y actuó con conocimiento y voluntad de realizar la conducta.

El alcance convencional se sustenta en la implicancia de relevancia penal que posee este principio, en relevancia a sus elementos que necesita, es decir el dolo, la inculpabilidad y criterios de medición de pena.

3) Manifestaciones

La necesidad de probar la culpabilidad para imponer una pena tiene un impacto en la forma en que se establecen las reglas de imputación penal. No solo es necesario tener la categoría de "culpabilidad" en la teoría del delito, sino que también influye en la configuración del ilícito penal. Esto se refleja en dos aspectos del principio de culpabilidad.

i. Imputación subjetiva:

Basada en el injusto penal, el cual debe ser cometido con dolo, requiriendo la presencia de una intención subjetiva, es decir, que el acto haya sido cometido de manera intencional o negligente, y se rechaza cualquier forma de responsabilidad objetiva.

La necesidad de atribuir subjetivamente la responsabilidad en la configuración del delito se basa en la exigencia de culpabilidad por parte del autor. Sin esta atribución subjetiva, no se puede sostener que el acto delictivo pertenece al autor, es decir, ser un acto propio. Según García (2019), “La exigencia de dolo o culpa se encuentra expresamente contemplada en la segunda parte del artículo VII del Título Preliminar del Código Penal. En este dispositivo penal se proscribiera expresamente cualquier forma de responsabilidad objetiva” (p. 177). Partiendo de esta base, es indispensable el principio de culpabilidad en la ministración de imputación subjetiva, pues no solo por esta contemplada en el código penal y rechazar la objetividad, sino también en la base de determinar y sancionar al sujeto responsable de dicho ilícito.

ii. El sujeto responsable:

Esta manifestación exige que el acto ilícito haya sido cometido por un individuo legalmente responsable, es decir, por alguien capaz de romper las expectativas de comportamiento tipificado en las normas.

La necesidad de atribuir la responsabilidad de un delito a un individuo se explica en función del propósito del derecho penal. Esto ante aquellos sectores que sostienen como función de la pena prevenir la violación de los bienes jurídicos a través de la motivación, se parte de la base que el sujeto deba contar con la

mínima capacidad de motivación. Por otro lado, Para otro sector se tiene que la pena cumple una función estabilizadora, esto significa que solo la acción de un sujeto culpable puede tener sentido social.

4) Jurisprudencia relevante

Partiendo al aspecto jurisprudencial, se presenta una denominación distinta a este principio, el cual es conocido como la responsabilidad penal, esta denominación deviene desde el mismo código penal, el cual exige para imponer una pena, responsabilidad penal del sujeto agente.

Este principio, aunque no se encuentre explícitamente reconocido en la Constitución, el Tribunal Constitucional lo ha reconocido como un principio constitucional, el mismo que recae sobre la sentencia del Exp. N° 014-2006. En la legislación ordinaria, por otro lado, existe un reconocimiento explícito en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal.

Según la sentencia del tribunal constitucional en el expediente N° 01873-2009, cumple con el artículo VII del título preliminar, y establece la presencia de dolo para aplicar una pena, así mismo el tribunal nos dilucida aspectos relevantes, señalando que este principio complementa el artículo antes citado y nos muestra ambas formas del elemento subjetivo es decir la culpa y el dolo, y confirmando la inexistencia de responsabilidad objetiva, además de establecer que la única forma de aplicar una pena es ante la existencia de la tipificación de la conducta ilícita.

El Tribunal Constitucional, en el pleno de la sentencia 201/2022 nos muestra un factor elemento muy importante del principio de culpabilidad, pues entiende el ámbito de la aplicación del principio extra penal, es decir su aplicación va más allá del derecho penal, pues el Tribunal nos indica que este principio es aplicado también el derecho administrativo;

es importante también señalar que este tribunal mediante el expediente 01278-2010, señala la operatividad de este principio, indicando que opera como límite a la facultad sancionadora del Estado, ello nos refuerza la idea de la definición de los principios como límites.

Otro acercamiento del principio de culpabilidad lo brinda en el expediente 0014-2006, el cual señala que este principio puede ser derivado del principio de proporcionalidad y legalidad, ello en razón que si bien no está estipulado taxativamente este se encuentra proscrito de responsabilidad, por lo cual llega a ser un pilar importante de los que reposa el derecho penal.

CAPÍTULO III

EL DELITO DE FEMINICIDIO

A. Antecedente

Para empezar a hablar sobre este delito, es importante señalar su origen, este deviene de la palabra femicide, el cual fue un término utilizado para hacer referencia a la muerte de mujeres ocasionada por la cultura machista y discriminadora de los hombres. Esta práctica se encuentra vinculada a roles de género, los mismos que buscan controlar las acciones de las mujeres.

Las diferencias históricas generadas por el rechazo hacia las mujeres son trascendentales, convirtiéndose en relaciones de poder opresivas. Estas acciones agresivas se intensifican en diferentes formas de violencia, tanto en el ámbito familiar como en el laboral e incluso en el educativo.

En la región latinoamericana el concepto de feminicidio surge en los años 90, lo cual ante esta nueva conceptualización se vieron aumentos significativos de casos, Siendo usado por primera vez en 1992. Según Reátegui y Reátegui (2017):

Hasta 1992 el término femicide venía siendo usado por el perio-dismo y la sociedad en forma coloquial para referirse a la muerte de mujeres. El término femicidio fue usado por primera vez en inglés por Diana Russell, en 1976, ante el Tribunal Internacional sobre crímenes contra las mujeres. (p. 175)

Este aporte remarca el avance del término feminicidio el cual nace desde esta palabra y cuyo origen trasciende de crímenes cometidos contra las mujeres y niñas en manos de hombres, Es en el siglo XX donde empiezan a surgir una serie de reconocimiento a los derechos de las mujeres, en búsqueda de combatir la violencia y discriminación. Según Toledo (como se citó en Diaz et al, 2019), “De esta manera, el derecho transcurrió por diversas etapas de reformas legales orientadas a la prevención y sanción de la violencia en contra de las mujeres. En

estas etapas el derecho penal sufrió diversas transformaciones” (p. 41). Partiendo de este lineamiento tenemos que este delito ha sido objeto de constante transformación para llegar a la actual regulación en el Perú.

A esto es importante señalar que el Plan Nacional contra la violencia hacia las mujeres, establece una definición particular al respecto, señala que son los homicidios hacia las mujeres por el hecho de ser mujeres y por causa de la discriminación.

B. Regulación en el Perú

En nuestro país, el delito de feminicidio paso por muchas etapas previo a su reconocimiento en el ordenamiento jurídico, pues debemos tener en cuenta que previo a ello se estableció en nuestro código penal el delito de parricidio, siendo así en el año 2011, por primera vez se regula en el país este delito.

Con la entrada en vigor de la ley N° 29819, se modifica al artículo 107° del código penal, donde se hace extensiva la norma e incorpora ciertos aspectos al delito principal de parricidio, pues esta ley, estableció que se consideraba feminicidio cuando la acción de matar provenía de parte del cónyuge, conviviente o quien ostente una relación con la víctima. Dicha regulación, si bien significaba un avance en la tipificación de la figura del feminicidio en el país, ello resultaba un tanto errado. según Laporta (como se citó en Diaz et al, 2019):

Esta clase de tipificación penal es deficiente, ya que no da una definición completa del concepto de feminicidio que lo comprenda como una forma de violencia basada en género. Por el contrario, se limita a definirlo como la violencia practicada por la pareja o expareja de la víctima.

(p. 47)

Partiendo desde esta perspectiva tenemos que efectivamente la regulación peruana era muy ineficiente, pues dicho delito no solo se basa en la muerte de la mujer en manos de la pareja, sino más bien trasciende más allá de los límites de ilicitud, en el cual nos basamos en

graves violencias a la mujer por su condición de tal, sin tener un sujeto agente específico.

Con la ley 30068, se establece una nueva regulación de este ilícito penal, en el cual se incorpora un nuevo articulado al tipo penal de feminicidio, para ello se estableció el artículo 108-B, donde se señalaba a este delito como aquella manifestación de violencia basada en el género. Este artículo lograba extender la regulación anterior, pues se exponían en que situaciones se debía presentar la muerte de la mujer; así mismo, se abría la calidad del sujeto agente, pues ya no era calificado en especial, esto es en ser el cónyuge o tener vínculo sentimental con la víctima.

Para el año 2015, con la ley 30323, se estableció una modificación a la regulación del delito; el cual extendió una sanción cuando el sujeto agente tenga vínculo sentimental y existan hijos de por medio; pues esta ley estableció inhabilitar al autor del ilícito si este tuviera hijos con la víctima. La nueva regulación fue un avance significativo en la regulación penal, pues este delito sancionaba la acción en contextos de discriminación constituyéndose en la base de una modalidad de violencia con base en el género.

En el año 2017, se modificó la regulación del artículo 108-B, incorporando una nueva agravante basada en la edad de la víctima, estableciendo la calidad de adulta mayor. Para el 2018, la figura quedó con una nueva tipificación, en la que se incorporan 2 agravantes, esto es con la entrada en vigor de la ley 30819, se incorpora como agravante el estado en que se encuentre el agresor, señalando presencia de alcohol, o de sustancias tóxicas; de igual manera la segunda agravante incorporada es cuando el delito sea cometido en presencia de menores de edad.

C. Contexto social

El alto alcance que tiene el delito de feminicidio dentro de nuestro contexto social coadyuva a tener un ordenamiento jurídico más fortalecido, ello en virtud que, si bien nuestro ordenamiento jurídico es cambiante, muchas veces es necesario el apoyo de la sociedad que

nos ayuden a ver los niveles altos de vulneración a los bienes jurídicos protegidos y nuevos delitos.

En el campo del delito de feminicidio, tenemos que este ilícito penal es utilizado para de cierta forma dar a conocer todas las acciones crueles cometidas contra las mujeres, el cual dentro del contexto social por el hecho de tener dicha condición son vulneradas y trasgredidas de sus derechos.

Dentro del ámbito social el delito de feminicidio es visto para establecer el carácter social donde se encuentra arraigado la violencia contra las mujeres; pues el contexto socio cultural tiene cierta relevancia por la muestra de posiciones de subordinación que se muestra socialmente.

El contexto social del delito de feminicidio se basa en la violencia de género y la discriminación estructural hacia las mujeres en muchas sociedades. El feminicidio implica el asesinato de una mujer debido a su género y está motivado por el odio y la creencia de que las mujeres son inferiores. Este delito se enmarca en un sistema patriarcal en el que las mujeres son consideradas como propiedad de los hombres y se les niegan sus derechos humanos fundamentales. Además, la impunidad en casos de feminicidio es alta, lo que refuerza la idea de que los agresores pueden cometer actos violentos contra las mujeres sin consecuencias legales, lo que hace acrecentar las brechas de desigualdad entre el hombre y la mujer.

Como tal este contexto tiene mucha trascendencia en la desigualdad económica, la falta de oportunidades educativas, laborales y sociales para las mujeres, así como la falta de acceso a servicios de calidad, como la salud y la justicia. Además, la violencia sexual, el acoso y la trata de mujeres son también factores que contribuyen al aumento de los casos de feminicidio. Resultando necesario hacer un llamado a promover la igualdad de género, garantizar el acceso a la justicia y los derechos humanos de las mujeres, así como fomentar la educación y conciencia sobre la violencia de género.

D. Contexto convencional

El feminicidio es un tipo de homicidio caracterizado por tener como víctimas a mujeres, en función de su género. Este delito se produce en un contexto de violencia de género, en el cual las mujeres son asesinadas por el simple hecho de ser mujeres. Se diferencia de otros tipos de homicidios al estar motivado por la discriminación y el odio hacia las mujeres. A menudo, las víctimas son objeto de violencia y abuso previos por parte de sus agresores, lo que demuestra una clara intención de someterlas y dominarlas.

El contexto convencional del delito de feminicidio se encuentra presente en el pacto internacional de los derechos civiles y políticos, ello debido a garantizar y establecer disposiciones de interés de la violencia contra la mujer, de igual manera se señala la prohibición de la discriminación en las mujeres, pues este es el principal factor que coadyuva a elevar más la brecha de género.

Otro aspecto relevante en el contexto convencional es la definición más clara y precisa respecto de la violencia contra la mujer, es indispensable esta establece los principios aplicables para combatirlo, pues este debe ser un trabajo conjunto entre la sociedad, el Estado y la comunidad internacional para erradicarlo.

En el marco de la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, se establece el reproche a todos los actos basados en el género cuyo accionar cause o lesione a la mujer, para lo cual esta convención nos indica que el Estado también obtiene responsabilidad ante estos actos, en razón de ser el responsable de garantizar y velar por la integridad de las personas; sin embargo la falta de cuidado y su poco accionar para prevenir dichos actos ilícitos lo hacen sujeto de responsabilidad.

E. Análisis del tipo penal

En un análisis respecto al tipo penal del artículo 108-B del código penal, encontramos que el sujeto activo deviene cualquier sujeto, Si bien la norma establece “El que mata a una mujer por su condición de tal” y estando que nos encontramos en la condición de mujer que posee la

víctima, se tiene que el delito debe ser cometido por un hombre. Según Gálvez y Rojas (2017):

En tal sentido, pueden ser sujetos activos del delito de feminicidio los cónyuges, excónyuges, convivientes, ex convivientes, padrastros, ascendientes y descendientes; los parientes colaterales de los cónyuges y convivientes (por consanguinidad o afinidad); otras personas que habitan en el mismo hogar; personas que mantienen relaciones contractuales o laborales con la mujer víctima; personas con quienes la víctima haya procreado hijos en común, independientemente que convivan o no, al momento de producirse el evento delictivo. A la vez que también puede ser sujeto activo cualquier hombre que haya mantenido un acercamiento a la víctima debido a la condición de mujer de esta. (p. 553-554)

Partiendo de esta idea nos encontramos ante un sujeto agente común, que tenga la calidad de hombre, el cual no resulta trascendental el vínculo que posea con la víctima. En tanto al sujeto pasivo se refiere al agraviado de este delito, el cual se califica un sujeto pasivo especial, es decir que la víctima debe tener la condición de mujer, y

Respecto a la conducta típica del ilícito penal, es matar, es decir la muerte de la víctima producida por los actos de violencia ejercidos. Según Haro (2019):

Debe saberse que, el comportamiento típico, consciente y voluntario del autor a título de pareja o expareja, supone la acción cruel de matar a una mujer condicionada por su sexo femenino, ello, se fundaría en un modo extremado para exteriorizar su naturaleza machista y misógina, sobre la mujer hasta cesar su vida. (p. 85)

Lo señalado anteriormente se tiene como acción típico acto cruel de matar, con ello Haro nos indica que para darse dicha situación de violencia es necesaria la existencia de violencia, y que podría significar que hace ver al hombre en situación de superioridad ante su víctima. Respecto a la tipicidad subjetiva del ilícito, el artículo 108-B señala en todos los supuestos el pleno conocimiento de la realización del ilícito

Según Bendezú (2015), “En lo que respecta al tipo subjetivo no hay mayores dificultades, debido a que conforme se desprende del artículo 108º-B, su comisión será eminentemente dolosa” (p. 222).

F. Definición entre los tipos comunes y los tipos especiales

Si bien sabemos una vez conocidos los elementos característicos de los delitos, debemos establecer la manera en cómo se clasifican los tipos penales, para lo cual una de la clasificación es en base a la cualificación especial del autor, por lo tanto, la diferenciación entre los tipos penales es muy importante.

La clasificación antes mencionada de Cualificación especial del autor nos muestra 2 tipos penales, los tipos comunes, y los tipos especiales.

- 1) Los tipos penales comunes, son aquellos que no requieren una condición especial para ser autor del delito, esto es el sujeto agente puede ser cualquier persona, quien deber cumplir las condiciones de imputabilidad y se considerado como tal.

Estos tipos penales, representan la mayoría de los tipos establecidos en nuestro código penal, el cual se logra identificar mediante la palabra “el que”, con esta palabra se entiende que el sujeto no tiene ninguna condición especial, y por tanto llega a ser tipo común, en razón a la inexistencia de una característica especial.

Tipos penales especiales: Según Gálvez y Rojas (2017), “exigen en el sujeto activo una especial condición, relación o cualificación” (p. 191). Partiendo de esta perspectiva se evidencia una clara diferencia con el otro tipo, pues en este se requiere de aquella condición de especial que debe ostentar el autor del acto ilícito. En el ordenamiento jurídico se encuentra estipulado por la condición que ostenta el sujeto, esto es un profesional de salud, un funcionario público, de esta manera podemos identificar plenamente a estos tipos.

- 2) Los delitos especiales se pueden clasificar en especiales propios, los cuales no cuentan con una figura similar a los delitos

comunes, siendo necesario para justificar la cualidad del agente la condición de tal que este ostenta.

Por otro lado, están los especiales impropios los cuales, si van a contar con un tipo común paralelo, lo que quiere decir que la condición especial se configura como una agravante del ilícito penal.

G. Jurisprudencia relevante sobre un tipo penal espacial: Acuerdo Plenario 01-2016

1) Naturaleza jurídica de los acuerdos plenarios

Los acuerdos plenarios en Perú tienen una naturaleza jurídica que les otorga un sentido interpretativo a las disposiciones legales. Estos acuerdos son emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la República y establecen criterios interpretativos que los jueces deben utilizar como sustento al resolver casos en los que deben aplicar una disposición legal.

Con relación al acuerdo plenario extraordinario N.º 1-2016, abordan enfoques que deben ser aplicados por los operadores de justicia al momento de imponer la ley. Pues de esta forma se establece una configuración distinta que tiene el bien jurídico protegido en el delito de feminicidio, las cuales muestra dos afectaciones una a la vida y la otra a la igualdad material.

La función principal de los acuerdos plenarios es brindar criterios interpretativos vinculantes para jueces al momento de resolver casos judiciales. Estos acuerdos tienen como objetivo unificar la interpretación de las normas legales y garantizar la aplicación consistente y uniforme del derecho en todo el sistema jurídico.

De acuerdo con la naturaleza jurídica del acuerdo plenario, no es apropiado hablar de su aplicación retroactiva, ya que este no tiene la condición ni la fuerza vinculante de una norma para hablar de esta retroactividad. Ello nos quiere decir que un acuerdo plenario no es de aplicación, en virtud que no es una norma para ser aplicada, esta solo se basa en brindar un sentido interpretativo. Los criterios establecidos en los acuerdos

plenarios son lineamientos de interpretación que deben emplear los jueces como sustento al resolver un caso en el cual se analiza la aplicación de una disposición legal interpretada plenariamente.

2) Características

Dentro de los acuerdos plenarios, se tiene que este representa una fuente de interpretación importante pues cuenta con un carácter vinculante que lo hace obligatorio para la interpretación jurisdiccional por parte de jueces de inferior jerarquía; es por lo que es necesario establecer aquellas características que debe presentar un acuerdo plenario.

En primer lugar su carácter vinculante, esto significa la obligatoriedad con la que cuentan los jueces para incorporarlo en determinado, en el acuerdo plenario N01-2016, se establece claramente que este se deja como precedente vinculante los fundamentos del 10 al 17, con esta este acuerdo plenario deja por sentado la necesidad de una reacción Estatal ante la comisión de este ilícito, de igual manera deja por sentado tomar en cuenta al momento de la interpretación ciertos enfoques importantes para delimitar el delito.

Otra característica es su expedición por parte de la corte suprema, esto debido que al ostentar el carácter vinculante y hacerse de obligatorio cumplimiento es necesario ser dictado por órgano superior, donde los jueces se van a juntar para tratar un determinado tema, Con el acuerdo plenario 01-2016 emitido por el X pleno jurisdiccional de las salas penales permanente y transitoria, los cuales reunieron y trataron el tema de feminicidio. Interpretación de criterios, esta es fundamental puesto que en ella reside el producto final de un pleno, estos tienen como objetivo principal interpretar y unificar criterios sobre cuestiones jurídicas complejas. Buscando establecer una interpretación uniforme de la ley y garantizar la igualdad y seguridad jurídica.

3) Vinculatoriedad

Los acuerdos plenarios tienen un carácter vinculante para los jueces de inferior jerarquía. Esto significa que los jueces están obligados a seguir los criterios interpretativos establecidos en los acuerdos plenarios al resolver casos similares, ello deviene de su jerarquía debido a los autores de esta, pues son jueces supremos quienes en plenario se reúnen a discutir parámetros en un determinado caso en concreto.

Con lo indicado líneas arriba se establece uno de los caracteres más importantes que tiene un acuerdo plenario, es decir su carácter vinculante, llegando a ser aquella obligación de cumplir con los parámetros estipulados en determinados casos, para una interpretación de la ley, el juez debe guiarse de los fundamentos establecidos, para de esa manera aplicar la norma, siguiendo esta regulación.

Dentro de estos acuerdos, se establece un principio muy importante y trascendental que coadyuva en su vinculatoriedad, esto es el principio de jerarquía normativa, donde se establece que la vinculatoriedad de los acuerdos plenarios se basa en el principio de jerarquía normativa, donde se encuentran en un nivel jerárquico superior a las decisiones de los jueces individuales. Esto garantiza la uniformidad y consistencia en la aplicación del derecho en todo el sistema judicial peruano. Sin embargo, es importante tener en cuenta que la vinculatoriedad no implica que tengan efecto retroactivo; es decir los acuerdos plenarios no pueden aplicarse a casos que ya han sido resueltos antes de su emisión.

La vinculatoriedad de los acuerdos plenarios se basa en la necesidad de asegurar la igualdad ante la ley y la predictibilidad en la aplicación del derecho. Al ser vinculantes, los acuerdos plenarios garantizan que casos similares sean resueltos de manera uniforme y consistente en todo el sistema judicial,

evitando así interpretaciones divergentes y asegurando la seguridad jurídica.

H. Jurisprudencia sobre un tipo penal común

Como ya se ha establecido el tipo penal común nos señala a un sujeto agente común, es decir que no cuente elemento de especial condición. Dentro del delito de feminicidio nos encontramos ante un delito que requiere un tipo penal común, el cual mediante jurisprudencia relevante se va a determinar los parámetros que tiene el sujeto agente y que criterios aporta al desarrollo de este ilícito penal.

Mediante el recurso de nulidad 2585-2013, Junín, se desarrolla la condición del sujeto previamente condenado con el delito de homicidio simple, estando el sujeto agente es común debido a no contar con algún vínculo persistente con la víctima, si bien se tiene que el pasado ambos tuvieron una relación sentimental al momento de los hechos no ha existido una relación que vincule al sujeto.

Dentro de la sentencia se especifica “Los autores de estos crímenes tampoco tienen calidades específicas, pues pueden ser personas con quienes la víctima mantiene vínculo afectivo, amical, o social... también pueden ser personas desconocidas como vecinos, compañeros de trabajo y de estudio”. Haciendo un análisis de la cualidad que se establece en definitivo nos encontramos ante casos de sujeto agente común ello por razón de no ser necesario alguna vinculación de los intervinientes.

Otro aspecto importante rescatado en la sentencia se basa en clasificar este delito de 3 tipos, el feminicidio íntimo, basado en la relación íntima que ostenta el agresor y la víctima, con este tipo se rescata una particularidad en el sujeto agente que debe tener un vínculo afín; otro tipo es el feminicidio no íntimo, en este el sujeto agente no cuenta con algún tipo de cercanía con la víctima, es decir no tiene o no tenía vínculo alguno con la víctima; y el feminicidio por conexión, el cual nos indica que la víctima se encontraba en el radio de acción del agresor,

quien buscaba hacer daño a otra mujer; sin embargo resulto siendo víctima esta.

Con estos parámetros establecidos en la sentencia se muestra que este es un tipo penal común, cuyo campo de acción no exige algún espacio de vinculación entre los sujetos, pudiendo este ser ajeno a la víctima, lo que sí es resaltante que se presentan agravantes cuando realmente exista una vincula, pero ello no significa que este tipo penal se encuentra fuera de dicho campo de lo común.

2.3. SISTEMA DE HIPOTESIS

Las razones jurídicas para considerar al delito de feminicidio un tipo penal común en Piura 2022 son: observancia del principio de legalidad; respeto del principio de culpabilidad; y, mejor protección a la víctima.

III. METODOLOGÍA EMPLEADA

3.1. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

3.1.1. Por su finalidad

La presente investigación es cualitativa, porque aporta conocimientos sobre las razones jurídicas para considerar al delito de feminicidio como un tipo penal común, siendo que por esta razón los resultados se expresan en palabras.

De tal modo, Asimismo, (Sánchez Carlessi & Reyes Meza, 2000), sostiene que: “la investigación cualitativa consiste en el procesamiento de la información y esta no emplea métodos estadísticos y más bien se realiza mediante el análisis cualitativo y la interpretación de los datos”.

3.1.2. Por su alcance

El presente trabajo responde a una investigación descriptiva

3.2. POBLACION Y MUESTRA DE ESTUDIO

3.2.1. Población

De acuerdo a la investigación de tipo descriptiva y de enfoque cualitativo, la población está conformada por información contenida en libros, libros virtuales (E- pub), artículos científicos, blogs, material auditivo con relación a la investigación.

3.2.2. Muestra

La muestra está conformada por libros, libros virtuales (E -pub), tesis de pregrado y posgrado de diferentes universidades, blogs y material auditivo.

3.3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Nuestro diseño es no experimental, dado que la presente investigación se observa fenómenos o acontecimientos tal y como se dan en el contexto natural, en esta investigación con relación directa con nuestro sistema judicial peruano, las mismas

que son situaciones ya existentes, las mismas que son reguladas en el sistema jurídico nacional.

3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

3.4.1. Técnicas

3.4.1.1. Análisis bibliográfico

Se utilizó a la hora de recoger información sobre las diferentes doctrinas de las variables que componen la pregunta de investigación.

3.4.1.2. Análisis de documentos

Se utilizó para analizar la diferente teoría que sobre el tema se encontró, en distintos textos, páginas web, revistas especializadas y alguna jurisprudencia nacional que sobre la materia de análisis se encontró en algunos libros y páginas especializadas de jurisprudencia.

3.4.2. Instrumentos

3.4.2.1. Fichas bibliográficas

Se utilizó para mejorar el mecanismo de recolección de información porque su uso permitió establecer el orden del material bibliográfico con respecto a las fuentes primarias y secundarias.

3.4.2.2. Guía de análisis de documentos

Su uso facilitó estudiar en detalle el distinto material bibliográfico que sobre las variables estudiadas se encontró en distintas fuentes de estudio ya mencionadas

3.5. PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS

Se procedió a encontrar jurisprudencia relacionada con el presente tema de investigación; posteriormente se procedió a ordenarla para después leerla y analizarla. Luego se procedió a realizar fichas bibliográficas y fichas resumen para de esta manera poder construir el marco teórico. Posteriormente se procedió a buscar en los repositorios de tesis digitales de distintas universidades los respectivos antecedentes de

investigación. Luego se procedió a elaborar el análisis y discusión de resultados, para finalmente pasar a redactar las respectivas conclusiones.

IV. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

4.1. ANÁLISIS y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Como ya se ha señalado el feminicidio es un delito contra la vida humana independiente que nace en el Perú en el año 2011 en el artículo 107 del Código Penal, y conjuntamente con el delito de parricidio, vale decir, que el tipo penal pasó a denominarse “parricidio/ feminicidio”; fue recién en el año 2013, en el que se le asignó una ubicación sistemática en el catálogo penal, autónoma- en el 108-A por error corregido por una fe de erratas- en el 108-B donde permanece hasta la actualidad, aunque ciertamente ha sufrido algunas modificaciones sobre todo en el ámbito de la pena.

Lo cierto es que cuando el legislador describe a este delito utiliza, con respecto al sujeto activo que puede cometer esta conducta antijurídica el término “el que...”, por lo que, a primera vista, se podría entender que estamos ante un delito que lo puede cometer cualquier persona, esto es, tipo penal común; sin embargo, en el año 2016 la Corte Suprema emitió un Acuerdo Plenario N° 001-2016, en este pronunciamiento se señala de forma expresa que “...el delito de feminicidio es un delito especial. Sólo los hombres pueden cometer este delito, entendiendo por hombre o varón a la persona adulta de sexo masculino. Se trata de un elemento descriptivo que debe ser interpretado, por tanto, en su sentido natural. No es un elemento de carácter normativo que autorice a los jueces a asimilar dicho término al de identidad sexual. Tal interpretación sería contraria al principio de legalidad” (fundamento jurídico 34). A partir de ello la jurisprudencia empezó a seguir este criterio, de tal forma, posteriores pronunciamientos siguieron decantándose en ese sentido, así, por ejemplo, se señaló que: “...es un acto concreto realizado por un hombre para suprimir la vida de una mujer. Es

ciertamente el reflejo de un conjunto de condiciones estructurales que van más allá de la conducta homicida del sujeto activo y expresan una relación asimétrica de poder entre el hombre y la mujer, en desmedro de esta última” (Casación N° 166-2021 Lima Norte).

A pesar de lo señalado, no se ha hecho un correcto análisis sobre si estamos frente a un especial o común, postura, esta última, asumida por el Plenario antes señalado. Al respecto la doctrina, hace un análisis desde la misma morfología del tipo penal, así como un análisis más profundo que permitiría una defensa de la vida de la mujer eliminada por el motivo de serlo. Con respecto a lo primero, el profesor nacional James Reátegui (2017), ha apuntado que “el sujeto activo puede ser cualquier persona, pues señala que el tipo penal no requiere que este tenga alguna condición especial” (p.80): nótese, que el autor, apelando al contenido mismo del tipo penal, y orienta su postura, por el enunciado “el que...”, tesis que podría ser cuestionada debido a que como sostiene Peña Cabrera (2017) no todos los delitos en ellos que se establece tal elocución, son delitos comunes, como por ejemplo la apropiación ilícita, como lo ha señalado la Corte Suprema en el RN 85-2017, Lima Norte; sin embargo, un argumento con mayor fuerza, y que no se queda únicamente en la regulación expresa, sino que interpreta al feminicidio, como un tipo que protege la vida de la mujer por quien, independientemente de su género, desarrolla un sentimiento de minusvalía hacia la mujer. Así sostiene Elena Larrauri (2018) que “el hecho de que un delito sea la expresión del dominio masculino no significa que una mujer también pueda ser sujeto activo del mismo”. Por lo cual, la autora cita como ejemplo “la trata de personas con fines de explotación sexual de una mujer, pues la estructura jerárquica de género de nuestra

sociedad de este delito, permite una mujer también puede ser sujeto activo del mismo”.

En la misma línea de pensamiento señalada en el párrafo anterior, también se ha señalado que “el artículo 108 - B del Código Penal no delimita el círculo de autores a los varones. Por el contrario, desde una interpretación teleológica de la norma, la prohibición que esta establece se dirige a sancionar la muerte de mujeres en base al incumplimiento o imposición de un estereotipo de género, conducta que también puede ser cometida por mujeres (Toledo, 2014), de la misma forma Reátegui (2017) precisa que “... el sujeto activo puede ser un varón como también podría ser otra mujer, o en su defecto, cualquier persona que pueda tener otro tipo de inclinación en su identidad sexual (por ejemplo, homosexuales, transexuales, lesbianas). Lo relevante es que aparezca una persona humana que haya tenido el dominio del hecho respecto a la conducta que está ejecutando”.

La explicación, siguiendo lo que apunta la doctrina, se encuentra que si se entiende que únicamente el hombre puede ser sujeto activo, se afectaría el principio de culpabilidad, en el sentido, que se estaría sancionando a las personas por una cualidad personal: ser hombre, lo cual afecta el principio del derecho penal de acto y no de autor. En sum, afirmar que solo el hombre puede ser el autor de esta conducta ilícita penal significaría la aplicación de una pena no solamente por el hecho realizado, sino también, en función a la condición de varón. Así, el profesor Felipe Villavicencio (2014), explica que, si tanto un hombre como una mujer pueden terminar con la vida de una mujer por poseer ese componente subjetivo de minusvaloración con respecto a las mujeres, entonces, que el Estado solamente despliegue el ius puniendi sobre el hombre, implicaría sancionar “el ser

hombre” y no solo la eliminación de la vida humana independiente. En general advierte Reátegui (2017), excluir a la mujer como sujeto activo de este delito, parte de un equivocado lesivo razonamiento vulneratorio del principio de culpabilidad, sin mencionar la flagrante vulneración del de legalidad. Así el doctrinario nacional explica que “se sustenta solo en el sexo del sujeto activo (ya que solo el varón puede serlo), esta atribución de responsabilidad con carácter general es incompatible con los principios del derecho penal.

Se resume lo señalado en palabras de Salinas Siccha (2019), que apunta que se critica la postura jurisprudencial referida a que el feminicidio como delito especial que excluye como sujeto paciente a la mujer, señalando que “...el derecho penal, insertado en un Estado de Derecho que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad por el acto y no por el hecho de pertenecer un género, es decir, con la incorporación del delito de feminicidio en nuestro Código Penal lo que estamos incentivando es un derecho penal de autor, por el hecho de que hombre mate a una mujer se agrava la figura del homicidio. En otras palabras, se vulnera el principio de culpabilidad según el cual la sanción representa solo la respuesta al hecho individual y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo”.

Con lo apuntado es importante explicar que los estereotipos de género no son monopólicos de quien no sea mujer, sino que estas también pueden discriminar, o tener conductas que ponen en evidencia el sentimiento de minusvalía sobre las personas de su mismo género., ello porque como apunta Cook y Cusack (2010) “...no es cierto que los estereotipos de género solo pueden ser impuestos por varones...los estereotipos de género son estereotipos prescriptivos, es decir, preconcepciones sobre

el comportamiento de las mujeres utilizadas para escribir un guion de identidades a las cuales ellas deben adaptarse (Cook y Cusack, 2010, p. 22). En palabras sencillas, estos autores explican que la propia mujer puede realizar juzgamientos estereotipados en función a su propio género, ejecutar comportamientos discriminator a la mujer o violentar a todas aquellas mujeres que rechazaren aquel libreto o guion basado en identidades que la sociedad envuelta en prejuicios de genero ha dispuesto para todas.

Con respecto al derecho comparado y la regulación que se ha hecho en los diversos países del delito de feminicidio o femicidio -como se denomina en algunos Estados- es importante señalar que casi veinte países de América Latina y el Caribe – dieciocho exactamente- contienen dentro de su catálogo penal o en leyes específicas la penalización del delito antes mencionado; así por ejemplo, en Argentina se puso en vigencia esta figura en el año 2012; en Bolivia este tipo penal nació en el año 2013; mucho antes, en el año 2007, Costa Rica incorporó a su legislación el feminicidio; en el año 2010 el vecino país sureño de Chile incorporó también esta figura típica; Colombia y Brasil, hicieron lo propio en el año 2015; Ecuador, no fue ajena a La regulación de esta figura penal y en el año 2014 formó parte de su catálogo penal. Asimismo países de Centroamérica también regularon esta figura típica: El Salvador, en el año 2010 se decantó por legislar en sus normas penales este delito; Guatemala, también lo realizó en el año 2008; cuatro años después, esto es, en el año 2012 también Honduras incorporó como delito el feminicidio; en el año 2012 fue incluido dentro de la norma sustantiva penal de Nicaragua; Panamá, lo hizo en el año 2013; un año antes lo hizo México en el año 2012; República Dominicana, hizo lo propio en el año 2014. Otros países de América del Sur lo incorporaron también posteriormente como el caso de Uruguay

en el año 2017; Perú, en el año 2011; Paraguay en el año 2016; y, mucho antes Venezuela en el año 2007; sin embargo, cabe aclarar que, en los países antes mencionados, el tipo penal tiene autonomía típica- en un artículo del Código Penal- pero, en Argentina y Venezuela se regula como un agravante del homicidio.

Por mencionar algunas regulaciones, se debe destacar la de **Ecuador**. En el vecino país del norte el artículo 141 de la norma sustantiva penal señala que “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”.

La doctrina ecuatoriana señala que antes de la vigencia de su código orgánico no había una regulación autónoma para el delito de feminicidio o algún delito que proteja la vida de las mujeres, de tal forma que el homicidio contra una mujer era considerado un homicidio común o, si se presentaba, un agravante, un homicidio calificado, tal y como sucedió en el Perú hasta la incorporación del delito de feminicidio en el año 2011 y su prescripción autónoma en el año 2013. Ahora bien, Yohana sinchi (2018) expresa de forma categórica que con la vigencia del código orgánico integral penal se hace patente la necesidad que el país deba ajustar esta normatividad interna penal a los estándares que a nivel internacional se exigen, esto es, en función a la Convención para eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer y la convención Belén Do Para, de tal forma que, se incorporó en el artículo 141 el feminicidio. La misma autora precisa que al señalarse que cualquier persona puede ser sujeto activo de este delito, entonces estamos frente a un delito común, ya que, tanto la mujer como el hombre,

pueden subjetivamente desarrollar un sentimiento de desvaloración de discriminación o de minusvaloración contra la mujer; explica que, si bien es cierto, la mayoría de casos se suscitan teniendo como sujeto activo al hombre, la mujer también podría realizar este tipo de actos en contra de quienes tienen su mismo género.

En **Colombia**, en el artículo 104 A de su ley adjetiva se reguló el delito de feminicidio. Se reguló de forma autónoma, señalándose en su artículo 104 B sus agravantes, siendo la conducta más gravosa la comisión de este delito en contra de niñas menores de catorce años. Como apunta Comba, en Colombia “el término se adoptó en la legislación colombiana en el año 2015 y se tomó para referirse a los casos de muertes de mujeres producto de una cadena antecesora de violencia física, psíquica, moral, verbal o patrimonial” (Comba, 2020, pág. 4); sin embargo, se apunta a nivel doctrinario, en este país, “la protección hacia las mujeres se inició más por la presión internacional que por ser una decisión nacional; dado que el ámbito de la familia se ha tornado en un sitio de conflicto y confrontación reproduciendo en muchas ocasiones la pérdida en la sociedad de los valores, la situación socioeconómica, las tendencias, entre otras situaciones que han provocado que la violencia ejercida sobre la mujer se presente bien sea física, psicológica, sexual o económicamente” (Ordoñez, 2015, pág. 10).

Comba (2020) asume, que siendo que este delito viene precedido subjetivamente de un elemento subjetivo distinto al dolo, que tiene que ver con un aspecto ideológico de considera a la mujer menos que el hombre, asignándole una relativización en la sociedad por debajo del hombre, por lo que es enfática en señalar que, puede ser cometido tanto por un hombre- como casi

siempre sucede- pero también por una mujer, siendo un delito común.

Con respecto a lo que sucede en **Argentina** el delito se puso en vigencia en el año 2012 y se sancionaba el asesinato de una mujer por el hecho de ser mujer cuando en diciembre de ese año se incorporó al código penal argentino lo regula como una agravante del delito de homicidio y describe típicamente de la siguiente manera: “el que matare: ... a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género” (Inciso 11) (Pineda, 2019, p. 114). Como se había señalado, Argentina es uno de los países donde no se ha regulado de forma autónoma al feminicidio, sino que ese es un agravante del homicidio; además a diferencia de lo que sucede en la mayoría de países que han tipificado la conducta de feminicidio o femicidio, en Argentina se ha señalado de forma expresa -a fin de evitar confrontaciones doctrinales y jurisprudenciales -que el sujeto activo de este delito debe ser un hombre a diferencia de lo que se ha señalado en el Perú en donde legislativamente no se ha expresado de forma taxativa esta fórmula típica, sino que la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario del año 2016 lo ha señalado a través de la interpretación jurisprudencial.

Hasta lo señalado habría que advertir que, con respecto a Colombia y Ecuador, el profesor Ecuatoriano Benavidez (2016) sostiene que “El sujeto activo en la doctrina puede ser de dos tipos: determinado o calificado o indeterminado o no calificado. En Ecuador y Colombia el sujeto activo es indeterminado pues no se señala si el delito debe ser cometido por una persona en particular, en el caso de Ecuador expresa la palabra *la persona* y en Colombia la palabra *quien*, por lo que no se logra determinar el sujeto, mientras que, en Argentina el sujeto activo si se

encuentra determinado pues claramente en el inciso 11 ostenta que sea perpetrado por *un hombre que mediante violencia de género*, calificando al sujeto activo de la infracción.”

Cabe señalar que en Argentina es el único país que ha considerado legislativamente al hombre como único sujeto activo del delito de feminicidio, en el resto de países, analizados, se utilizan formulas genéricas, que han llevado a la doctrina, a señalar de forma categórica que estamos frente a un delito común y no ante un especial, pues la formulación típica, no es el único sustento sino que también, lo es, que los estereotipos de género y discriminación así como el sentimiento de minusvalía hacia la mujer la puede desarrollar en mayor medida un hombre, no es menos cierto que la mujer también podría realizarlo.

Cabe apuntar que, en otros países, se tiene claro que el ataque es contra una mujer por ser tal, es decir, “por su condición de tal”, sin embargo, no regulan que sea el hombre el único sujeto agente. Así, por ejemplo, en Brasil se señala: “El que mate: - por odio de género o a la orientación sexual...”; en Uruguay: “Homicidio contra una mujer por motivos de odio, desprecio ...”, señalándose que ese odio o desprecio, como elemento subjetivo, puede desarrollarlo también la mujer en contra de otra mujer.

A nivel Casuístico nos puede ayudar mucho para la investigación, lo sucedido en **Bolivia**, pues si bien es cierto, en la norma sustantiva, en la parte especial, dentro del Capítulo de homicidios, específicamente en el artículo 252 se señala que “Se sancionará con pena de presidio de 30 años sin derecho indulto quien mata una mujer...”. Cómo puede advertirse, la regulación típica de este delito nos lleva a entender que puede realizarlo cualquier persona; sin embargo, también podría entenderse la

interpretación de restringir el ámbito sujeto activos de este delito a los hombres como ha pasado en el caso del Perú- con la interpretación hecha en el acuerdo plenario del año 2016-; sin embargo, en este país sucedió en el año 2016 el caso de varinia Buitrago quién fue victimada producto de un estrangulamiento. Posteriormente, cuando su cuerpo fue encontrado yacía en el río, por lo que tuvo que realizarse la correspondiente necropsia de ley para determinar las causas que dieron origen a su muerte. Ahí pues, se señaló que el estrangulamiento fue la causa. Cuando se inició la investigación y se realizaron los primeros actos de investigación, el Ministerio Público, en la persona del fiscal que se encontraba de turno, decidió retener y también se imputó a la sospechosa ex víctima de la pareja Catherine C.H. por el delito de feminicidio, habida cuenta que producto de una relación basada en la violencia y por su condición de tal se tipificó esta conducta de esta forma; por lo cual, podemos darnos cuenta que la casuística de este país nos señala que estamos frente a un delito común y que las circunstancias de matar a una mujer “por su condición de tal”- elemento subjetivo de desmerecimiento de la propia mujer - puede realizarlo también una mujer.

Ahora bien, con respecto a la jurisprudencia, si bien es cierto el Acuerdo Plenario del años 2016 ha sido categoría en mostrar el derrotero, por donde la practica judicial se conduce, de sumir que estamos frente a un delito especial que no puede cometer una mujer, cabe señalar, que si bien es cierto, sin tener un carácter vinculante la misma Corte Suprema, e inclusive el Tribunal Constitucional, han mostrado una postura distinta, explicando que se está frente a un delito común, y que la mujer debe ser considerada sujeto activo de este delito. El pronunciamiento más reciente es en donde se ha manifestado que: “El delito de feminicidio es definido como el crimen contra las mujeres por

razones de su género. Es un acto que no responde a una coyuntura específica, pues se desarrolla tanto en tiempo de paz como en tiempos de conflicto armado y las mujeres víctima no poseen un perfil de rango de edad ni de condición socioeconómica. Los autores de estos crímenes tampoco tienen calidades específicas, pues pueden ser personas con quienes la víctima mantiene un vínculo afectivo, amical o social, como por ejemplo familiares, parejas, enamorados, novios, convivientes, cónyuges, exconvivientes, excónyuges, o amigos. También puede ser personas desconocidas, como vecinos, compañeros de trabajo y de estudio; de igual forma desconocidos para la víctima, de lo expuesto se evidencia que la categoría jurídica de feminicidio abarca muchos supuestos, al punto que se habla de tipos o clases de feminicidio. Así tenemos el íntimo, que se produce cuando la víctima tiene o tenía una relación íntima, familiar, de convivencia o afín, actual o pasada con el homicida. El feminicidio no íntimo se da cuando la víctima no tiene o no tenía algún tipo de relación de pareja o familiar con el agresor; y el feminicidio por conexión cuando la mujer muere en la línea de fuego de un hombre que pretendía dar muerte o lesionar a la mujer” (Recurso de Nulidad N° 599-2020, Lima). En la misma línea el Recurso de Nulidad N° 453- 2019, ha precisado que el feminicidio no puede ser considerado un delito especial, sino que cualquier sujeto, puede realizar esta conducta, lo cual incluye a las mujeres, aunque claro está, no hace un buen desarrollo para descartar la postura y el razonamiento de la Corte Suprema misma en el Acuerdo Plenario N° 1- 2016 CJ/116. Por su parte el Tribunal Constitucional, ha señalado que “la violencia basada en género –entre las que se encuentra el feminicidio– pueden ser cometidos por hombres y por mujeres (FJ N° 56). Esta última posición es coherente con el hecho de que el artículo 108-B del Código penal no delimita el círculo de autores a los varones”. (Expediente N° 003378-2019-PA/TC), Aunque nuevamente, sin

señalar porqué se desvincula- si así se quiere entender- del Acuerdo Plenario mencionado.

Por los fundamentos expresado en la presente investigación, se mantiene la idea de que de forma expresa se señale que la mujer puede ser sujeto activo de este delito.

Artículo 108-B: Femicidio

“Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años **quien** mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos”:

(...)

CONCLUSIONES

1. En el ámbito de la doctrina, el feminicidio es entendido como homicidio autónomo en el cual se afecta la vida humana independiente y una mujer, siempre cuando, se presenten los contextos que el artículo 108 B alude; además de ello, es necesario señalar que se necesita un elemento subjetivo distinto al dolo -o lo que algunos otros autores denominan un elemento psicológico- que es el tratamiento del sujeto activo con respecto a la mujer considerándola de menor valor, discriminándola o generando un sentimiento de inferioridad que se exterioriza en un homicidio contra ella. Los problemas que se presentan en la jurisprudencia y la doctrina son múltiples en relación a este delito; sin embargo, con respecto al sujeto activo existe controversia a nivel jurisprudencial y doctrinal, sobre si se trata de un delito con sujeto activo indeterminado o un tipo penal con sujeto activo determinado, dado que las consideraciones la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 1-2016 han venido marcando la decisión de los jueces y de los fiscales en torno a este delito; sin embargo, se debe realizar un análisis correcto a partir del principio de legalidad y de culpabilidad, por los que nos podemos percatar que este delito no es un tipo penal especial, sino más bien un delito común.
2. A partir del acuerdo plenario N° 1-2016 CJ/116, en el desarrollo de algún sector de la doctrina se fijó como criterio que el delito de feminicidio es un delito especial, pues únicamente puede desarrollar ese sentimiento de minusvalía hacia el género femenino o hacia la mujer, el hombre; por lo cual, no puede ser sujeto activo de este delito la mujer; sin embargo, a nivel doctrinario y luego tímidamente a nivel jurisprudencial, así como en el derecho comparado, se ha ido modificando este criterio para señalar este delito puede ser cometido por una mujer, ya que los estereotipos de género y los sentimientos de discriminación y minusvalía hacia la mujer pueden ser desarrollados también por alguien de su propio género.

3. Conforme la regulación típica del artículo 108 - B al hacerse alusión al término “el que”, nos encontramos frente a un tipo penal común que puede ser ejecutado por cualquier persona ya sea que se trate de un hombre o una mujer, ello en relación al respeto al principio de legalidad y tipicidad, garantía básica y Suprema del derecho penal sustantivo. Además, considerar que únicamente el hombre puede ser sujeto activo de este delito implicaría un tratamiento lesivo al “derecho penal de acto” desarrollado en el principio de culpabilidad, puesto que se estaría sancionando un tipo penal en función a una cualidad específica de la persona: “ser hombre”; esto debido a que inclusive la mujer puede desarrollar su conducta dentro de los contextos que indica la norma para establecer que se está ante un supuesto de feminicidio. Entender que este es un tipo penal común refuerza la protección a la víctima mujer en este tipo de delitos.

4. Es necesario que se uniformicen criterios en relación al tema del sujeto activo en el delito de feminicidio, esto es que, por el principio de seguridad jurídica, tanto la jurisprudencia y la doctrina, uniforme en un criterio general entendiendo este delito como un tipo penal común, ello servirá para reforzar la protección a la víctima: mujer con la tipificación de este delito. Es necesario que se reforme el criterio del acuerdo plenario 1/2016, ya que, si bien es cierto, para algunos no tiene carácter vinculante, si está siendo tomado en cuenta por la mayoría de los operadores de Justicia, lo cual va en contra de la protección de la mujer.

RECOMENDACIONES

El legislador debe ser redundante y enfático en señalar que la mujer puede ser sujeto activo del feminicidio, debido a que no basta el desarrollo jurisprudencial dado las contradicciones que se han dado. LA regulación deber ser así:

Artículo 108-B: Feminicidio

“Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años **quien** mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos”:

(...)

Referencias

- Azcarruz López, J. J., & Pérez Romero, M. F. (2021). *Femincidio y Violencia de género en Perú, 2021*. Lima: Universidad Peruana de las Américas.
- Bacigalupo, E. (2004). "Derecho Penal- Parte General". Lima. Ara Editores.
- Bendezú Barnuevo, R. (2015). *El delito de femicidio. Análisis de la violencia contra la mujer desde una perspectiva jurídico penal*. ARA Editores.
- Cavero, P. (2008). "Lecciones de Derecho Penal". Lima. Jurídica Grijley
- Cavero, P. (2012). "Derecho Penal-Parte General". Jurista Editores. Lima-Perú.
- Díaz Castillo, I., Rodríguez Vasques, J. y Valega Chipoco, C. (2019). *Femicidio. Interpretación de un delito de violencia basada en género*. Centro de investigación, capacitación y asesoría jurídica.
- García Cavero, P. (2012). *Derecho Penal. Parte General*. (2ª edición). Jurista editores E.I.R.L.
- García Cavero, P. (2019). *Derecho Penal - Parte General*. (3ª edición). Ideas Solución editorial S.A.C.
- Gálvez Villegas, T. y Rojas León, R. (2017). *Derecho penal. Parte especial*, tomo I. Jurista editores E.I.R.L.
- Guzman Minaya, A. K. (2019). *Causas - factores del incremento del delito de femicidio en las fiscalías corporativas penales Huaras en el periodo 2017 al 2019*. Huaraz: Universidad César Vallejo.
- Haro Lázaro, G. J. (2019). *El delito de femicidio. Violencia contra la mujer por machismo y misoginia*. Hala Editores
- Marchena Ramírez, M. (2021). *El delito de femicidio como manifestación de violencia extrema y sus implicancias en el derecho a la vida en el Perú*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Peña Cabrera, A. R. (2010). "Derecho Penal- Parte Especial". Lima- Perú. Idemsa

- Peña Cabrera, F. (2011). Derecho penal - parte general – Tomo I (3ª edición). Idemsa Editores.
- Peña Cabrera, F. (2011). Derecho penal - parte general – Tomo II (3ª edición). Idemsa Editores.
- Picón Torres, A. S., & Mancilla Gras, M. J. (2021). *Feminicidio como delito autónomo en Colombia: Análisis, Efectos y Reflexiones*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Reátegui Sánchez, J. (2016). Tratado de derecho penal parte general – Volumen I. Legales edición.
- Reátegui Sánchez, J. y Reátegui Lozano, R. (2017). El delito de feminicidio en la doctrina y la jurisprudencia. Iustitia.
- Reyna Alfaro, L. M. (2016). Derecho Penal. Parte General – Temas claves. Gaceta Jurídica.
- Sánchez Carlessi, H., & Reyes Meza, C. (2000). *Métodología y Diseños en la Investigación Científica*. Lima: Mantaro.
- San Martín Castro, César (1999). Derecho procesal penal Tomo I, Grijley, Lima- Perú.
- Veneros Aguirre, V. A. (2022). *Feminicidio: La importancia de tipificar como agravante el incumplimiento de las medidas de protección en Trujillo, 2020*. Trujillo: Universidad César Vallejo.
- Villa Stein, J. (2014). “Derecho Penal- Parte General”. Lima. Ara Editores.
- Villa Stein, J. (2014). Derecho Penal. Parte General (4ª edición). ARA Editores E.I.R.L.
- Villavicencio Terrones, F. (2017). Derecho penal básico. Fondo Editorial PUCP.
- Villavicencio. F (2016). “Derecho Penal- Parte general”. Lima- Perú. Grijley
- Zaffaroni, A. (2005). “Manual de Derecho Penal- Parte General”. Buenos Aires. Ediar.

Talavera Elguera, Pablo (2004). Comentarios al nuevo código procesal penal,
Grijley, Lima- Perú.