



**DOCENTES
NACIONALES
INVITADOS**

DERECHO PENAL Y VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL PERÚ

* Artículo recibido el 20 de marzo del 2016, aprobado para publicación el día 20 de abril del 2016

Rafael H. Chanjan Document²¹⁶

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN II. LA SITUACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL PERÚ III. ¿UNA POLÍTICA CRIMINAL EFICIENTE CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO? IV. LOS DELITOS RELACIONADOS CON LA VIOLENCIA DE GÉNERO V. CONCLUSIONES

RESUMEN

El presente artículo aborda el estudio del fenómeno social de la violencia de género en el Perú y su tratamiento por parte del Derecho Penal sustantivo. En esta medida, se analizan jurídicamente los tipos penales nacionales que regulan de manera directa o indirecta la violencia de género, tales como el feminicidio, las lesiones agravadas, etc. a fin de brindar propuestas de *lege ferenda* que mejoren la protección penal de esta manifestación de discriminación contra las mujeres.

PALABRAS CLAVE

Violencia de género. Derecho Penal. Feminicidio. Lesiones. Discriminación.

ABSTRACT

This paper is about the social phenomenon of gender violence in Peru and its treatment by the substantive criminal law. Thus, we analyze juridically the national crimes that regulate directly or indirectly the gender violence, such as femicide, aggravated injury, etc. In order to provide *lege ferenda proposals to improve the criminal protection of this manifestation of discrimination against women*.

KEYWORDS

Gender violence. Criminal law. Femicide. INJURY. Discrimination

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que en la actualidad la comunidad internacional, el Estado peruano y la sociedad civil nacional han realizado importantes esfuerzos para contribuir a la erradicación de todas las formas de violencia contra la mujer, aun este fenómeno sigue siendo una realidad bastante extendida en nuestras relaciones sociales que día a día se evidencia de sólo observar las noticias televisivas matutinas. Y es que la violencia de género, lejos de ser un fenómeno criminal que se explica por factores económicos o políticos, tiene como fundamento de su génesis, permanencia y duración una ineludible discriminación contra la mujer enquistada en nuestra sociedad.

La violencia de género ha sido un concepto que fue acuñado por la doctrina y organismos internacionales para definir a aquellas agresiones que se producen contra las mujeres por su condición de tales. La primera definición en el ámbito internacional de “violencia contra la mujer” surgió a partir de la Declaración de la Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993, la cual definió esta como “*todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada*”. Posteriormente, en el marco de la IV Conferencia Mundial de Pekín de 1995, se conceptualizó a la “violencia de género” como “*aquella que se ejerce en contra de las mujeres por el mero hecho de ser mujeres*”. De otro lado, la Ley N° 30364, “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y

216 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho Penal y Política Criminal por la Universidad de Málaga (España). Ex Becario de la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado (AUIP). Comisionado de la Adjunta para los Derechos de la Mujer de la Defensoría del Pueblo.

los integrantes del grupo familiar”²¹⁷ reconoce como violencia contra las mujeres a “cualquier acción o conducta que les causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado”.

En el presente trabajo preferimos utilizar el concepto de “violencia de género” para referirnos a las manifestaciones de violencia contra las mujeres que se dan por su condición de tales; es decir, que se basan en los roles inequitativos que detentan estas respecto de los hombres en las estructuras sociales.

Ahora, si bien el ámbito doméstico ha sido identificado como el principal escenario de aparición de maltratos contra la mujer por parte de parejas y ex parejas, no debe confundirse ni mezclarse conceptualmente la violencia de género con la violencia doméstica. Aunque emparentados, se trata de fenómenos diferentes debido a causas distintas, por ende, merecen respuestas penales autónomas. La confusión de ambos conceptos ha conducido a que la violencia de género quede diluida entre otras muchas manifestaciones de agresividad originadas en causas ajenas al sexo de la víctima²¹⁸. En efecto, la violencia doméstica o familiar puede comprender diferentes formas de violencia entre las cuales se puede mencionar a la violencia de género, la violencia contra menores y la violencia sobre ancianos²¹⁹. Por ende, reducir la violencia doméstica a la violencia de género supondría reducir la complejidad de aquel fenómeno. Del mismo modo, limitar la violencia de género a la violencia doméstica o a la violencia en el ámbito familiar supondría desconocer la presencia de aquel fenómeno discriminatorio en otros espacios sociales.

La violencia de género se presenta en la realidad de diferentes formas, entre las cuales se pueden mencionar a la violencia física, la violencia psicológica y la violencia sexual²²⁰. La violencia física sería aquella en la que se emplea

la fuerza física sobre la pareja mujer para imponerse sobre ella o imponerle un castigo por una conducta determinada²²¹. La violencia psicológica, mucho más sutil y de difícil apreciación, se caracteriza por la presencia de intimidaciones o amenazas, por el recurso a humillaciones graves que contribuyen a socavar la autoestima de la mujer, por la imposición del aislamiento social, por el sometimiento a restricciones económicas graves, por el acoso, la desvalorización como persona, etc.²²². Por su parte, la violencia sexual se refiere a la utilización de la fuerza, de la intimidación o de cualquier forma de coacción para llevar a cabo una conducta sexual no deseada por la pareja²²³.

II. LA SITUACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL PERÚ

En el Perú, según una encuesta realizada a nivel nacional, el 66.3 % de las mujeres manifiestan haber sido alguna vez víctima de violencia verbal por parte de su esposo o pareja y un 37.2% de ellas señala haber sido víctima de violencia física y sexual por parte de aquellos²²⁴. Asimismo, a partir de un estudio realizado por la Defensoría del Pueblo en varias ciudades del país, se evidenció que en la mayoría de casos analizados (33%) la violencia contra la mujer provenía del cónyuge, seguido de la violencia que provenía del conviviente de hecho (26.9%) y del exconviviente (9.7%)²²⁵.

Además de ello, a nivel nacional, existen primordialmente dos sistemas de registros de casos de feminicidio: por un lado el registro del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) y el registro del Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público. En cuanto al primero de los registros mencionados, se tiene que entre el 2009 y setiembre de 2015 se registraron 734 feminicidios y 753

análisis psicológico”. En: *Violencia intrafamiliar*. José Ramón Agustina (Director). B de F: Montevideo-Buenos Aires, 2010. p. 137.

221 *Ibidem*.

222 *Ibid.* p. 138.

223 *Ibidem*.

224 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMACIÓN (INEI). *Encuesta Demográfica y de Salud Familiar*. ENDES Continua 2012. En: <http://www.inei.gov.pe>. Consulta: 23 de diciembre de 2014.

225 Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Violencia familiar. Un análisis desde el derecho penal*. Defensoría del Pueblo: Lima, 2006. p. 78.

217 Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 23 de noviembre de 2015.

218 Cfr. LAURENZO COPELLO, Patricia. *La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal*. Revista electrónica de ciencia penal y criminología. 2005, núm. 07-08, p. 08:4. En: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>. Visitado el 19 de enero de 2014.

219 Cfr. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena. *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*. Comares: granada, 2001. p. 12.

220 Cfr. ECHEBURÚA, Enrique y DE CORRAL, Paz. “Violencia en las relaciones de pareja un

tentativas de feminicidio²²⁶; Mientras que el segundo de los registros, evidenció entre 2009 y agosto de 2015, 772 feminicidios y 280 tentativas²²⁷.

Por otro lado, la violencia de género en las relaciones de pareja puede surgir por diversos factores que responden esencialmente a la discriminación estructural (social) que sufre la mujer en la sociedad; no obstante, también están presentes factores psicológico-personales. .

En cuanto a los primeros, se ha puesto en evidencia que no sólo son las causas personales del agresor -relacionada generalmente con patologías psicológicas-, las que generan este tipo de violencia, sino que primordialmente existe una causa estructural con un componente social que genera la violencia de género en la pareja. Así, se señala que la actitud de hostilidad del agresor se relaciona con la presencia de estereotipos sexuales machistas en relación con la necesidad de sumisión de la mujer²²⁸. Para Marín de Espinosa, la causa esencial de la violencia de género es el rol subordinado y desfavorable que tiene la mujer en la sociedad, siendo que la violencia contra ella funciona como un mecanismo de control social para reproducir y mantener el *status quo* de la dominación masculina²²⁹.

De otro lado, en un segundo nivel de importancia, Echeburúa ha identificado las siguientes causas de índole psicológico-personales de los concretos actos de violencia de género en la pareja²³⁰, que si bien, a nuestro juicio, no explican de manera suficiente y global la violencia de género en las relaciones sociales, sí son factores concomitantes o desencadenantes inmediatos de la violencia:

xxxvii) Estado emocional de ira.- Sentimiento de rabia moderada o intensa en el agresor que lo motiva a hacer daño a otros, precipitado por malestares ajenos a la pareja (problemas laborales p. ej.).

xxxviii) Factores precipitantes directos.- El consumo abusivo de alcohol o de drogas, aunado a las frustraciones en el ámbito de la pareja.

226 Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Feminicidio íntimo en el Perú: Análisis de expedientes judiciales (2012-2015)*. Defensoría del Pueblo: Lima, 2015. p. 70.

227 *Ibíd.* p. 73.

228 *Ibíd.* p. 139.

229 Cfr. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena. *op. cit.* p. 15. En el mismo sentido, LAURENZO COPELLO, Patricia. *La violencia de género en la ley integral*. loc. cit.

230 Cfr. ECHEBURUA, Enrique y DE CORRAL, Paz. *op. cit.* pp. 139-140.

xxxix) Repertorio de conductas pobre.- El déficit de habilidades de comunicación y de solución de problemas en el agresor. El problema se agrava cuando existen alteraciones de la personalidad como baja autoestima, falta de empatía afectiva, etc.

xl) Percepción de la vulnerabilidad de la víctima.- El agresor descarga su ira contra la pareja mujer, puesto que la percibe como más vulnerable y en un entorno en el que es más fácil ocultar la violencia.

xli) Logros obtenidos con las conductas violentas previas.- La violencia se constituye como un mecanismo fácil y sumamente útil para poder conseguir lo deseado por el agresor.

A diferencia de la violencia que suele tener como víctima a los hombre, la violencia por razones de género en agravio de mujeres se produce en la mayoría de los casos en un espacio que en teoría es seguro, por ser un espacio privado que comparte con las personas de confianza. Así, un interesante y exhaustivo estudio realizado recientemente por la Defensoría del Pueblo, da cuenta de que en el 60% de los casos de feminicidios estudiados la agresión se produjo en un contexto privado como el hogar de ambos, de la víctima o del agresor, siendo que en la mitad de los casos la agresión se produjo en un contexto de convivencia entre el agresor y la víctima²³¹.

III. ¿UNA POLÍTICA CRIMINAL EFICIENTE CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO?

Una política criminal eficiente y razonable es aquella que se enmarca en una política pública del Estado de naturaleza institucionalizada²³². El recurso punitivo para prevenir y erradicar fenómenos criminales violatorios de derecho fundamentales -como es el caso del feminicidio- debe ser uno de los mecanismos que utiliza el Estado en su política general de garantía de la dignidad de la persona humana, mas no el único ni principal recurso.

Está empíricamente demostrado que la mera creación de un delito por parte del legislador penal no es instrumento suficiente para disminuir significativamente las tasas de incidencia criminal, por ende se requiere que además de

231 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Feminicidio íntimo en el Perú*. *op. cit.* p. 196.

232 Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Colex: Madrid, 2001. p. 34 y ss.

dicha tipificación se implemente de manera efectiva todo un aparato institucionalizado tendiente a hacer efectiva la persecución y sanción penal, así como un tratamiento resocializador o rehabilitador adecuado para el reo²³³. Además de ello, se debe incidir desde el Estado por una prevención previa a la intervención penal que pasa por temas de educación y promoción de valores éticos que limiten la tendencia social hacia el delito.

En el caso del fenómeno criminal del feminicidio, en el año 2011, mediante Ley N° 29819²³⁴, se introdujo el delito de feminicidio íntimo en la legislación penal a través de la modificación del delito de parricidio del Art. 107° CP; y luego se le dio autonomía plena y un ámbito de aplicación mayor (íntimo y no íntimo) en el año 2013 mediante Ley N° 30068²³⁵, que incorporó el actual Art. 108°-B CP. No obstante, conforme lo ha revelado el estudio realizado por la Defensoría del Pueblo esta medida legislativa no ha sido suficiente para reducir significativamente el número de feminicidio por año ni ha servido para que los operadores de justicia dejen de emplear estereotipos de género para emitir pronunciamientos inadecuados.

Una política criminal eficiente contra el feminicidio requiere de manera prioritaria una política de capacitación sostenida e integral a los operadores de justicia (jueces, fiscales, policía y defensores públicos) en temas de género a fin de que los casos concretos que atienden no se generen espacios de impunidad por la aplicación discriminatorios de las normas procesales y penales sustantivas²³⁶. Un esfuerzo interinstitucional que representa un avance en el tema de perfeccionamiento de la actuación del sistema de justicia penal para investigar y sancionar casos feminicidios es la aprobación del “Protocolo interinstitucional para la atención de víctimas de feminicidio, tentativa de feminicidio y violencia de pareja de alto riesgo”²³⁷, el cual establece una serie de pautas a seguir por la Policial Nacional del Perú, el Ministerio Público, el Poder Judicial y las institu-

ciones del defensa pública como los CEM para atender prontamente y de manera eficiente los casos de feminicidios salvaguardando los derechos de las víctimas indirectas (hijos de la mujer víctima por ejemplo) y a las víctimas sobrevivientes de tentativa de feminicidio.

Asimismo, una adecuada política criminal contra el feminicidio requiere de un sistema de registro idóneo que dé datos suficientes sobre la situación real del feminicidio en el contexto nacional, de tal forma que el Estado sepa a qué se está enfrentando. De momento los dos registros que se han mencionado precedentemente funcionan de manera independiente, arrojando cada uno cifras distintas en función a los diversos criterios que utilizan para registrar un caso. Sobre el particular resulta necesario que se cree una base de datos única sobre violencia de género (que incluya feminicidios y tentativa) que contenga información proveniente del Ministerio Público, MIMP, PNP, PJ, etc.²³⁸

También debe implementarse políticas de atención y protección a las víctimas de tentativa de feminicidio, dado que la política criminal no puede olvidar la faceta individual de los efectos del delito. El delito además de atentar contra intereses y valores socialmente preciados, afecta derechos fundamentales de la persona²³⁹, por lo que es tarea del Estado velar por la atención de la víctima así como evitar que el proceso penal se convierta en otra etapa posterior de angustia y aflicción psicológica. A este respecto, si bien la Unidad Central de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos del Ministerio Público, Los Centros de Emergencia Mujer (CEM) y el servicio de Asistencia Legal y Defensa de Víctimas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos cumplen un importante rol en la salvaguarda de los derechos de las mujeres víctimas de feminicidio y víctimas indirectas (familiares cercanos por ejemplo), aun se deben emprender esfuerzos para fortalecer su labor, lo cual requiere entre otras cosas un mayor apoyo económico por parte del Ejecutivo²⁴⁰.

Por último, no se puede dejar de lado el tratamiento que el agresor debe

233 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Bosch: Barcelona, 1992. pp. 219-220.

234 Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 27 de diciembre de 2011.

235 Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 18 de julio de 2013.

236 Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Feminicidio íntimo en el Perú*. op. cit. p. 89-95.

237 Aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2015-MIMP y publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 15 de octubre de 2015.

238 *Ibíd.* p. 204.

239 Cfr. MIR PUIG, Santiago. “Límites del normativismo en el Derecho Penal”. En: *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*. Legis: Bogotá, 2008. p. 380

240 Cfr. *Ibíd.* pp. 73-83

recibir luego de que es sancionado por el sistema de justicia. Si la política criminal del Estado no se dedica paralelamente al tratamiento psicológico del agresor, se corre el riesgo de que se fracase en el intento de disminuir los índices de violencia en el ámbito de la pareja, puesto que por la propia naturaleza de estas agresiones que se cimientan en concepciones aprendidas dominación machista, es especialmente complicado que con la sola sanción punitiva se cambien patrones de conducta violenta. En este sentido, el MIMP viene implementando el Centro de Atención Institucional frente a la violencia familiar (CAI), el cual tiene como función brindar una atención especializada e integral a hombres con sentencia en violencia familiar a fin de reconstruir nuevos modelos igualitarios entre hombres y mujeres²⁴¹. En tal sentido, es necesario que estos centros se fortalezcan y expandan su radio de acción, dado que en la actualidad sólo se encuentran en funcionamiento tres CAI a nivel nacional: CAI de Lima, CAI del Callao y CAI de Ayacucho²⁴².

IV. LOS DELITOS RELACIONADOS CON LA VIOLENCIA DE GÉNERO

En la legislación penal nacional se han tipificado delitos que sancionan de manera específica y/o agravada ciertas manifestaciones de violencia de género. A continuación, se muestran estas figuras penales:

<p><u>Feminicidio (Art. 108°-B CP)</u></p>	<p><i>Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de QUINCE años el QUE mata a UNA MUJER por SU CONDICIÓN de tal, en CUALQUIERA de los SIGUIENTES contextos:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Violencia familiar;</i> 2. <i>Coacción, hostigamiento o acoso SEXUAL;</i> 3. <i>ABUSO de poder, confianza o de CUALQUIER otra posición o relación QUE le confiera AUTORIDAD al agente;</i> 4. <i>CUALQUIER forma de discriminación contra la MUJER, independientemente de QUE exista o haya existido UNA relación CONYUGAL o de convivencia con el agente.”</i>
---	--

<p><u>Lesiones graves (Art. 121°-B CP concordado con el Art. 121° CP)</u></p>	<p>“Art. 121° CP.- El QUE CAUSA a otro daño grave en el CUERPO o en la SALUD, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de CUATRO ni mayor de ocho años. Se consideran lesiones graves:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Las QUE ponen en peligro inminente la vida de la víctima. 2. Las QUE MUTILAN UN miembro U órgano principal del CUERPO o lo hacen impropio para SU FUNCIÓN, CAUSAN a UNA persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía PSÍQUICA permanente o la DESFIGURAN de manera grave y permanente. 3. Las QUE infieren CUALQUIER otro daño a la integridad corporal, o a la SALUD física o mental de UNA persona QUE REQUIERA treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa”. <p>“Art. 121°-B.- En los casos previstos en la primera parte del ARTÍCULO 121 se aplica pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años CUANDO la víctima:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <u>Es mujer y es lesionada por su condición de tal en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B”.</u>
<p><u>Lesiones leves (Art. 122° CP)</u></p>	<p>“El QUE CAUSA a otro lesiones en el CUERPO o en la SALUD QUE REQUIERA más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, o nivel moderado de daño PSÍQUICO, según prescripción facultativa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.</p> <ol style="list-style-type: none"> 2. La pena será privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años si la víctima MUERE como CONSECUENCIA de la lesión prevista en el párrafo 1 y el agente PUDO prever ese RESULTADO. 3. La pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si la víctima: <p>(...)</p> <p><u>c. Es mujer y es lesionada por su condición de tal, en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B”.</u></p>
<p><u>Falta de lesiones (Art. 441° CP)</u></p>	<p>“El QUE, de CUALQUIER manera, CAUSA a otro UNA lesión dolosa QUE REQUIERA hasta diez días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, será reprimido con prestación de servicio COMUNITARIO de CUARENTA a sesenta jornadas, siempre QUE no CONCURRAN CIRCUNSTANCIAS o medios QUE den gravedad al hecho, en CUYO caso será considerado como delito. Se considera circunstancia agravante y se incrementará la prestación de servicios COMUNITARIOS a ochenta jornadas CUANDO la víctima sea menor de catorce años o la lesión se PRODUZCA como CONSECUENCIA de UN hecho de <u>violencia familiar</u>, o el agente sea el TUTOR, GUARDADOR o responsable de AQUEL”.</p>

241 Resolución Ministerial N° 316-2012-MIMP, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 22 de noviembre de 2012.

242 *Ibíd.* p. 98.

<p>Maltrato sin lesión (Art. 442° CP)</p>	<p>“El QUE maltrata de obra a otro, sin CAUSARLE lesión, será reprimido con prestación de servicio COMUNITARIO de diez a veinte jornadas. CUANDO el agente es cónyuge o concubino la pena será de prestación de servicio COMUNITARIO de veinte a treinta jornadas o de treinta a sesenta días-MULTA.”</p>
--	--

Teniendo en cuenta lo antes mencionado, en el contexto peruano, existen agravantes específicas en el CP para el caso de lesiones graves y lesiones leves (Art. 122° CP) cuando se producen en agravio de mujeres por su condición de tal; es decir, cuando las lesiones son expresión de violencia de género. Se reconoce que una lesión es expresión de violencia de género cuando se presenta alguno de los contextos señalados en el delito de feminicidio del Art. 108°-B del CP; es decir, en un contexto de discriminación que se exprese en lo siguiente:

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”.*

No obstante lo anterior, en la falta de lesiones no hay una agravación por cuestiones de género, sino sólo cuando la lesión se produce en un contexto de “violencia familiar”, entendida esta como cualquier acción o conducta que causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico y que se produce en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder, de parte de un integrante a otro del grupo familiar, estando compuesto este grupo por los cónyuges, ex cónyuges, convivientes, ex convivientes, padrastros, madrastras, ascendientes y descendientes, etc.²⁴³ Además del error de técnica legal que existe en la utilización del concepto de “violencia familiar” y que explicaremos más adelante, resulta preocupante que para esta falta no haya una agravación específica por razones de género, puesto que la violencia de género trasciende al espacio

²⁴³ Definición establecida en los artículos 6° y 7° de la Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

familiar o doméstico, por lo que se está generando una desprotección hacia las mujeres cuando la violencia de género se da en otros contextos y representa sólo falta de lesiones.

De otro lado, a diferencia del ordenamiento jurídico español, en el Perú, no existe ningún precepto penal ni agravante que regule específicamente el maltrato de género (no constitutivo de lesiones ni falta de lesiones). Así, la única agravante que podría aplicarse para desvalorar mejor algunos hechos de maltrato que se produce en el ámbito de la pareja contra una mujer, es la agravante específica de relación conyugal o de concubinato de la falta de maltrato sin lesión del Art. 442° CP. Al respecto, no toda violencia de género en el ámbito de la pareja se vincula con una relación conyugal o de concubinato, piénsese en el maltrato que se produce por parte del ex cónyuge, exconcubino, conviviente, exconviviente, novio o exnovio. Cabe notar, sobre este punto, que en una investigación llevada a cabo por la Defensoría del Pueblo se evidenció que en el 10% de los casos de violencia familiar estudiados la víctima mujer tenía una relación de exconvivencia con el agresor, ubicándose en tercer lugar luego de las agresiones proferidas por el cónyuge y el conviviente²⁴⁴.

En cuanto al delito de feminicidio en específico, a tipificación autónoma del delito de feminicidio en la legislación nacional (Art. 108°-B CP) supuso un avance en el reconocimiento de la importancia de la lucha frontal contra este fenómeno social nocivo, así como una manifestación de la intención de generar un mayor efecto disuasorio en la sociedad. Si bien en términos puramente dogmático-penales el feminicidio ya estaba sancionado de manera más gravosa que un asesinato u homicidio cualquiera, dado que el juez podía, en su operación de determinación de la pena, agravar la pena –dentro del marco penal abstracto del delito– por el móvil o fin de discriminación a la mujer²⁴⁵, políticamente se intensificaba la represión penal con la creación de esta figura penal, ya que los jueces se iban a ver obligados a imponer una pena mayor para los casos en los que se aprecie homicidios en contextos de discriminación contra la mujer.

²⁴⁴ Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *La protección penal frente a la violencia familiar en el Perú*. Defensoría del Pueblo: Lima, 2004. p. 100.

²⁴⁵ El actual artículo 46° del CP en su inciso d) señala que es circunstancia agravante del delito obrar con móviles discriminatorios. En su antigua versión, el Art. 46° del CP numeral 6) señalaba que se toma en cuenta en la determinación de la pena los móviles y fines del delito, lo cual incluía implícitamente los móviles de discriminación de género.

Por último, resulta criticable que la legislación penal nacional no haya tipificado ninguna agravante específica de género para los delitos patrimoniales, en la medida en que como bien reconoce actualmente la Ley N° 30364, “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar”, la violencia económica también es una manifestación de violencia de género (Art. 8°)²⁴⁶. Por ello, de *lege ferenda* tendría que crearse una agravante de género específica –como se hizo con los delitos de lesiones– para los delitos de hurto, robo, daños, entre otros. De esta manera, por ejemplo, la sustracción y/o destrucción del celular de una mujer por parte de su esposo en base a sus celos machistas sería –justamente– más severamente sancionado, debido a su mayor desvalor de acción. En cuanto al elemento que fundamenta el mayor injusto en esta clase de delitos, abundaremos a continuación.

4.1 Sobre el sujeto activo de los delitos relacionados con violencia de género

El tipo penal de feminicidio del Art. 108°-B CP describe al sujeto activo con la frase “el que mata a una mujer (...)”. Del mismo modo, se utiliza la palabra “el” para describir al sujeto activo del delito lesiones agravadas por razones de género. Sobre este punto, ha surgido un debate respecto de si el sujeto activo de estos delitos sólo podría ser un hombre y no así una mujer.

En primer lugar, habría que mencionar que estos delitos basados en la discriminación de género pueden ser delitos comunes o especiales, dependiendo del supuesto ante el cual se esté²⁴⁷. Si, por ejemplo, se trata de un feminicidio en un contexto de violencia familiar o abuso de poder que otorga autoridad al autor

(numerales 1° y 3° respectivamente) se trata de delito especial, mientras que si se trata de un feminicidio por hostigamiento sexual o cualquier otra formas de discriminación de género (numerales 2° y 4° respectivamente) se tratará de un delito común, en la medida en que cualquier persona puede ser sujeto activo del delito, no requiriéndose comprobar en él alguna cualidad especial²⁴⁸.

En tal sentido, a diferencia del tipo penal anterior de feminicidio que se ubicaba dentro del Art. 107° CP referido al parricidio, el actual tipo penal no se circunscribe exclusivamente a reprimir los feminicidios que se producen relaciones de pareja (feminicidio íntimo), sino que también sanciona el “feminicidio no íntimo” en espacios sociales diversos que suponen discriminación de género²⁴⁹. Con la anterior redacción del delito de feminicidio se limitaba el círculo de posibles autores del delito a aquellas personas que eran o habían sido parejas de la víctima (cónyuges, convivientes, novios o enamorados). En efecto, la antigua tipificación del feminicidio era deficiente, puesto que el mayor reproche penal se basaba sólo en la vinculación ente autor y víctima (conyugal, convivencial, etc.) y no en el elemento discriminatorio de género²⁵⁰.

Al respecto, desde mi punto de vista, resulta criticable que el legislador haya establecido una misma pena abstracta para el feminicidio íntimo y el no íntimo, puesto que en el primero de ellos, además de estar presente el elemento objetivo de discriminación de género en la conducta del autor (fundamento del mayor desvalor de acción), también está presente una relación especial existente entre el autor y bien jurídico (vida), lo cual sitúa a aquel en una posición particular de dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico protegido. Cabe notar que es el bien jurídico (vida) el que se halla en una situación especial de vulnerabilidad respecto del sujeto activo, por cuanto él es el que, por la propia naturaleza de las relaciones de pareja, debe proteger y fomentar la integridad moral de la pareja o ex pareja (recaen deberes extrapenales de protección mutua en contextos de relaciones de pareja). En razón de ello, de *lege ferenda* se debería establecer una pena abstracta agravada para los casos de feminicidio íntimo, en base al plus de desvalor de acción antes mencionado.

246 “Violencia económica o patrimonial.- es la acción u omisión que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de cualquier persona, a través de:

La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes;

La pérdida, sustracción, destrucción, retención o apropiación indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales.

La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; así como la evasión del cumplimiento de sus obligaciones alimentarias;

La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.”

247 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. 1. Grijley: Lima, 2015. p. 193.

248 Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Reppertor: Barcelona, 2005. p. 231.

249 En el mismo sentido VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. op. cit. p. 191.

250 Cfr. DEFENSORIA DEL PUEBLO. *Feminicidio íntimo en el Perú*. op. cit. p. 61.

Ahora bien, ha surgido la duda de si el sujeto activo del feminicidio y/o lesiones agravadas por razones de género sólo puede ser un hombre o también lo puede ser una mujer. Uno de los argumentos que se suelen usar para sostener que autor de un feminicidio sólo puede ser un hombre es que el tipo penal se refiere al sujeto activo con la frase “el que mata”. No obstante, este argumento debe ser rechazado de plano, puesto que, así como el feminicidio, existen muchos otros delitos en el Código Penal que utilizan esta técnica de tipificación para describir al autor; piénsese en el homicidio simple (Art. 106° CP). Luego, sería errado sostener que una mujer no puede cometer homicidio sólo porque el tipo penal dice “el que mata a otro”²⁵¹. De esta manera, también puede aplicarse el tipo penal de feminicidio y/o lesiones agravadas por razones de género para relaciones de pareja homosexuales.

Sin perjuicio de este argumento meramente formal, cabe agregar que sostener que sólo el hombre puede ser sujeto activo del delito implicaría vulnerar de forma clara el principio de culpabilidad penal, en su manifestación de proscripción de un “Derecho Penal de autor”²⁵². En efecto, si el fundamento del injusto del feminicidio y las lesiones agravadas por razones de género es el elemento del contexto de discriminación de género en la agresión, entonces, dicha manifestación de discriminación puede presentarse tanto en agresiones contra mujeres provenientes de un hombre como de una mujer. Si bien es cierto que según las estadísticas nacionales y a nivel comparado, los hombres son los que cometen más feminicidios, el mero dato criminológico estadístico no puede fundamentar el mayor injusto penal del feminicidio²⁵³.

En tal sentido, las figuras penales de género reprimen al que, en un caso concreto, mató a una mujer por su condición de tal, no importando que esta

251 Comparte nuestra opinión, refiriéndose al delito maltrato de género en la legislación española (Art. 153.1 CP español), LARRAURI PUJAN, Elena. *Igualdad y violencia de género*. Indret. Revista para el análisis del Derecho. Barcelona. Febrero de 2009. En: www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/124366/172339. Visitado el 23 de diciembre de 2015. p. 6.

252 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Feminicidio íntimo en el Perú*. op. cit. p. 66.

253 En este sentido, refiriéndose al delito del Art. 153°.1 CP español BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel y RUEDA MARTIN, María Ángeles. “Consideraciones político criminales en torno a los delitos de violencia de género”. En: *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*. Miguel Boldova Pasamar y María Ángeles Rueda Martin (coordinadores). Atelier: Barcelona, 2006. p. 24 y ss.

conducta haya sido llevada a cabo por un hombre o una mujer. Bajo este punto de vista, comete feminicidio tanto la mujer que mata a su nuera por divorciarse de su hijo bajo la creencia de que las mujeres no tienen derecho a terminar una relación sentimental, como aquel hombre que mata a su enamorada por celos. En ambos casos está presente el elemento fundamental de discriminación de género en la agresión, de tal forma que, en un Estado Constitucional de Derecho, el Derecho Penal no puede discriminar la sanción en razón del sexo del agresor en aras de respetar el principio de igualdad²⁵⁴.

4.2 Sobre el elemento contextual de discriminación de género

Como hemos mencionado, la nota característica y definitoria del feminicidio y los demás delitos agravados por razones de género es el elemento de discriminación contra las mujeres en el accionar del agente. El legislador ha señalado expresamente los siguientes contextos en los que se presenta este elemento: 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; y 4. cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

Precisamente, la tipificación expresa de la “cláusula abierta”²⁵⁵ del numeral 4° de este tipo penal, permite entender claramente que lo distintivo del injusto de estos delitos es la manifestación de discriminación contra las mujeres en el comportamiento del sujeto activo. De esta manera, tanto la violencia familiar, el hostigamiento o el abuso de poder, debe entenderse como contextos ejemplificativos en los cuales se evidencia una discriminación basada en género, pero que en modo alguno cierran la lista de posibles contextos sociales en los cuales puede estar presente la discriminación contra las mujeres (piénsese en la violencia contra las trabajadoras sexuales).

Sobre este punto, también, debe notarse una omisión por parte de la Ley N° 30364, que derogó la anterior Ley de Protección frente a la Violencia Familiar,

254 *Ibíd.* p. 28.

255 Conforme lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, las “cláusulas abiertas” o “cláusulas de extensión analógica” son aquellas que dejan abierta la posibilidad de que se complete el tipo penal aplicando un razonamiento o interpretación analógica [Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 00010-2002-AI/TC de 03 de enero de 2003, fundamento 69°].

puesto que aquella también debió modificar el tipo penal de feminicidio (Art. 108°-B CP) en su numeral 1° y la falta de lesiones del artículo 441°CP, los cuales hacen referencia a la “violencia familiar”. Me explico: a partir de la publicación de la Ley N° 30364, se desechó el concepto de “violencia familiar”, y se estableció la distinción entre “violencia contra las mujeres” y “violencia contra los integrantes del grupo familiar”. Por ende, actualmente, en realidad, no existe un concepto jurídico de “violencia familiar”; en esta medida el numeral 1° del tipo penal de feminicidio se debe entender como “violencia contra los integrantes del grupo familiar”, la cual sí está definida expresamente en el Art. 6° de la Ley N° 30364. No obstante lo anterior, desde mi punto de vista, dado que este artículo hace referencia al abuso de poder o confianza como característica de esta violencia, resulta innecesaria y superflua la presencia del numeral 1° en el Art. 108°-B CP, en la medida que en el numeral 3° ya se hace referencia al abuso de poder o confianza como contexto discriminatorio.

Ahora bien, sector de la doctrina penal ha entendido que en el delito de feminicidio el elemento típico de discriminación es uno de naturaleza subjetiva, en la medida que supone un “móvil” específico del autor para cometer el homicidio²⁵⁶. De esta manera, el juez tendría que probar, en el proceso penal, que el sujeto tuvo la intención de discriminar a la víctima mujer cuando la mató. En mi opinión, esta posición resulta incorrecta por los siguientes motivos:

En primer lugar, el tipo penal no establece de manera expresa e indubitable que el elemento de discriminación de género constituya un “móvil delictivo”. El tipo penal señala que el autor debe haber matado a una mujer “por su condición de tal” en alguno de los contextos que se señalan expresamente. Es decir, lo que se debe probar es que el autor mató a una mujer en alguno de los contextos objetivos de discriminación contra la mujer que se mencionaron anteriormente, lo cual dará cuenta de que se le mató “por su condición de tal”. Por otro lado, el considerar a la discriminación como un móvil subjetivo genera un efecto político-criminal negativo, en la medida que se abren espacios de impunidad por la difícil probanza de las intenciones psicológicas del autor²⁵⁷.

256 Así, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. op. cit. p. 194.

257 En este sentido, LARRAURI PIJOAN, E. *Criminología crítica y violencia de género*. Trotta: Madrid, 2007. p. 129, refiriéndose a los tipos penales españoles agravados por razones de género.

Por lo expuesto, se debería entender al contexto de discriminación presente en el delito de feminicidio y las lesiones agravadas por razones de género como un elemento de naturaleza objetiva, que requerirá ser probado por el juez a fin de que no se sancione el feminicidio por la sola apreciación del sexo femenino de la víctima, pues, si esto fuera así, se estaría cayendo en una sobrecriminalización injustificada de conductas²⁵⁸.

V. CONCLUSIÓN

La violencia de género es un fenómeno bastante extendido en nuestra sociedad. El feminicidio es la más grave manifestación de violencia contra las mujeres, puesto que a menudo supone la fase final de una cadena y clima constante de violencia y maltrato que se basa en los roles discriminatorios que son adscritos a las mujeres en las sociedades. En tal sentido, la tipificación de delitos que toman en cuenta la discriminación de género constituye un avance significativo en la política general del Estado de erradicar toda forma de violencia contra las mujeres; no obstante, es imprescindible que se realicen algunas reformas legales a fin de considerar las agravantes de género en otras manifestaciones de violencia (como la violencia patrimonial o los maltratos por ejemplo), así como acompañar estas medidas normativas con esfuerzos institucionales por promover efectivamente una cultura de igualdad entre hombres y mujeres en la sociedad y en los operadores del sistema de justicia encargados de investigar y sancionar estos hechos.

258 *Ibíd.*

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE NEGOCIACIÓN PENAL EN EL CODIGO PROCESAL PENAL DEL 2004: LA NECESIDAD DE UNA ESTRATEGIA FISCAL

* Artículo recibido el 20 de marzo del 2016, aprobado para publicación el día 20 de abril del 2016

Fernando Ugaz Zegarra

Abogado por la UNMSM. Socio Fundador del Estudio Ugaz Zegarra & Abogados (web: www.fuzfirma.com). Presidente del Instituto Peruano de Negociación y Desjudicialización Penal. Especialista en Derecho penal, Derecho procesal penal y Negociación penal por el CENTRUM – Graduate Business School (PUCP). Consultor de la Cooperación Alemana para el Desarrollo (AGENCIA GIZ - PERÚ) y del Ministerio de Justicia (MINJUS). Profesor de la Academia de la Magistratura (AMAG), de la Escuela del Ministerio Público (EMP), de American Bar Association Rule of Law Initiative (ABA ROLI - PERÚ) y en la sección de pre y postgrado de la Universidad de Piura (UDEP).

Alexander Robles Sevilla

Universidad de San Martín de Porres. Integrante del Estudio Ugaz Zegarra & Abogados.

– INTRODUCCIÓN

El Ministerio Público conforme a los nuevos roles que le impone la reforma procesal penal en la región, es el director de la investigación y encargado de delimitar la estrategia fiscal. Pero, ¿Qué es lo que se entiende por estrategia fiscal?

A partir de dicha pregunta, el presente artículo no pretende definir o conceptualizar lo que se entiende por estrategia fiscal, sino, desarrollar los principales instrumentos que lo configurarían de acuerdo a los actuales estándares de la investigación fiscal, poniendo especial énfasis en su relación con los mecanismos de negociación penal que se encuentran dentro del Código Procesal Penal del 2004 (en adelante CPP).

Producto de este análisis, es que se expondrán las principales problemáticas encontradas de la aplicación de la estrategia fiscal en estos mecanismos de negociación penal, donde encontraremos que los resultados prácticos de dichas instituciones influyen en la estrategia fiscal a seguir por el Ministerio Público. De tal manera que, si no se brinda una especial importancia al análisis de dichas problemáticas tendremos como consecuencia una inadecuada aplicación de los mecanismos de simplificación procesal y salidas alternativas que podrían incluso tergiversar su finalidad.

En las líneas siguientes, desarrollaremos más ampliamente cada uno de estos tópicos centrales.

– LOS MECANISMOS DE SIMPLIFICACIÓN PROCESAL Y SALIDAS ALTERNATIVAS EN EL CONTEXTO DE LA REFORMA PROCESAL PENAL PERUANA

Más allá del debate acerca de la justificación normativa de la justicia penal negociada en el contexto de nuestro sistema procesal penal acusatorio moderno, nuestro CPP ha recepcionado diversas instituciones procesales que tienen por finalidad una mayor celeridad en el proceso penal, simplificando etapas procesales o según sea el caso, permitiendo que el caso penal no llegue al proceso penal común, sino que sea resuelto alternativamente.

Estas instituciones procesales en el contexto de la reforma latinoamericana reciben el nombre de mecanismos de descongestión o simplificación y los criterios de oportunidad, que responden el objetivo de la racionalización de la carga de trabajo a efectos de permitir que el proceso penal pueda operar dentro

de los parámetros razonables de eficiencia y calidad²⁵⁹; ya que, nuestros países han reconocido la imposibilidad que tiene el Estado para perseguir y dar respuesta eficientemente dentro del proceso penal a todos los delitos cometidos en la sociedad²⁶⁰, razón que pretende fundamentar que se recurran a estas fórmulas de selección de casos, lo cual, no implica necesariamente que nos encontremos frente a una flexibilización del Estado de Derecho²⁶¹, sino, solo una simplificación en el rito y una relativización del principio, de legalidad en su acepción como herencia del sistema inquisitivo²⁶², mal entendido como la persecución penal del delito a cualquier costo.

Estos mecanismos procesales de simplificación y salidas alternativas, pretenden brindar vías de acceso para solucionar el conflicto y lograr el descongestionamiento de la carga procesal. En estos mecanismos se pueden encontrar espacios para la negociación penal²⁶³.

259 DUCE, “Selección de casos en el nuevo código procesal penal”, p. 247.

260 Esta problemática fue tomada con especial detenimiento a raíz de los movimientos de reforma en Latinoamérica desde los años 80’, para un recuento histórico. Ver: LANGER, “Revolución en el proceso penal latinoamericano: Difusión de ideas legales desde la periferia”, p. 8 yss.

261 Asimismo, MAIER advierte que “los distintos caminos que hoy se buscan, para simplificar, al menos parcialmente, el tratamiento de algunos casos penales, no reconocen su razón de ser en el siniestro propósito de abandonar o tornar más flexible el Estado de Derecho y los principios que lo gobiernan, sino, antes bien, en verificaciones empíricas harto demostrativas de la imposibilidad práctica del sistema penal de abarcar todos los casos que existen” MAIER, Julio B. “Mecanismos de simplificación del procedimiento penal”. En: MAIER, *Antología. El proceso penal contemporáneo*, p. 549.

262 DUCE, “Selección de casos en el nuevo código procesal penal”, p. 248.

263 Véase nuestro anterior artículo, UGAZ ZEGARRA, “Técnicas de negociación de acuerdos en el nuevo código procesal penal: Especial referencia a los acuerdos de terminación anticipada”, p. 143 yss.

PROCESOS DE NEGOCIACIÓN PENAL

Nº	Tipo de procedimiento	Tipo de procedimiento	Tipo de salida	Tipo de negociación	Normativa asociada
1	Procedimientos especiales.	Procedimientos especiales.	Faltas	Insta a conciliación o acuerdo judicial (484) / transacción extrajudicial (487).	Art. 487 y 484 CPP.
2	Procedimientos especiales.	Procedimientos especiales.	Querrela	Conciliación	Art. 462. Inc. 3 CPP.
3	Procedimiento especial de simplificación procesal.	Pre-procesal (472 a 476) / procesal (477 a 478).	Colaboración eficaz.	Acuerdo negociador	Art. 472 y ss. CPP
4	Procedimiento especial de salida alternativa.	Diligencias preliminares.	Principio de oportunidad	Conciliación prejudicial o judicial (art 2 inc. 7)	Art. 2. Inc. 2, 3, 7 y 9 CPP
5	Procedimiento especial de salida alternativa.	Diligencias preliminares.	Acuerdo reparatorio	Conciliación / MP propone acuerdo a las partes.	Art. 2. Inc. 6 CPP.
6	Procedimiento especial de simplificación procesal.	Investigación preparatoria.	Terminación anticipada.	Acuerdo negociador (468.2)/Juez insta a que acuerden (468.4)	Art. 468, 469 y 470 CPP.
7	Simplificación procesal en Proceso común.	Etapas intermedia.	Convención probatoria.	Acuerdo negociado	Art. 350. Inc. 2 CPP
8	Simplificación Procesal en Proceso común.	Juicio oral.	Conclusión anticipada del juicio.	Acuerdo negociado	Art. 372 CPP.

Fuente: Elaboración propia.

El NCPP se adhiere de esta manera al postulado de la racionalidad en la persecución penal, así encontramos que uno de los aportes de la reforma procesal penal latinoamericana que fue recogido por el mencionado código, ha sido la plasmación de un proceso penal con alternativas de solución previas al juicio²⁶⁴, sin embargo, conviene precisar que la uniformización en su aplicación práctica de estos mecanismos, aún es una tarea pendiente.

264 BURGOS MARIÑOS, “La reforma del proceso penal en el Perú tiene su norte”, p. 223.