

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



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

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS**

**TESIS:**

**CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA INTEGRACIÓN DEL ENFOQUE DE  
GÉNERO EN LA TEORÍA DEL DELITO A NIVEL DE LA TIPICIDAD  
SUBJETIVA**

Para optar el Grado Académico de

**DOCTOR EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO**

Presentada por:

**M.Cs. SANDRA MARIBEL BRINGAS FLORES**

Asesor:

**Dr. OMAR NATHANAEL ÁLVAREZ VILLANUEVA**

**Cajamarca – Perú**

**2022**

COPYRIGHT@ 2022 by  
**SANDRA MARIBEL BRINGAS FLORES**  
Todos los derechos reservados

# UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

## ESCUELA DE POSGRADO



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

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS**

**TESIS APROBADA:**

**CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA INTEGRACIÓN DEL ENFOQUE DE  
GÉNERO EN LA TEORÍA DEL DELITO A NIVEL DE LA TIPICIDAD  
SUBJETIVA**

Para optar el Grado Académico de

**DOCTOR EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO**

Presentada por:

**M.Cs. SANDRA MARIBEL BRINGAS FLORES**

**JURADO EVALUADOR**

Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva  
Asesor

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco  
Jurado Evaluador

Dra. María Isabel Pimentel Tello  
Jurado Evaluador

Dr. Glen Joe Serrano Medina  
Jurado Evaluador

**Cajamarca – Perú**

**2022**



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



**PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS**

**ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS**

**MENCIÓN: DERECHO**

Siendo las dieciocho horas del día 23 de enero del año dos mil veintidós, reunidos a través de Gmeet [meet.google.com/otv-iika-jzq](https://meet.google.com/otv-iika-jzq), creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JORGE LUIS SALAZAR SOPLAPUCO**, **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**, **Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA**; y en calidad de Asesor, el **Dr. OMAR NATHANAEL ALVAREZ VILLANUEVA**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se dio inicio la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada: **CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA INTEGRACIÓN DEL ENFOQUE DE GÉNERO EN LA TEORÍA DEL DELITO A NIVEL DE LA TIPICIDAD SUBJETIVA**; presentada por la M.Cs. **SANDRA MARIBEL BRINGAS FLORES**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó **APROBAR** con la calificación de **DIECISIETE** la mencionada Tesis; en tal virtud, la M.Cs. **SANDRA MARIBEL BRINGAS FLORES**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención **DERECHO**.

Siendo las veinte horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....  
**Dr. Omar Nathanael Alvarez Villanueva**  
Asesor

.....  
**Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco**  
Presidente-Jurado Evaluador

.....  
**Dra. Maria Isabel Pimentel Tello**  
Jurado Evaluador

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

## **DEDICADO A:**

Mis más grandes amores: Joaquín Mateo y Sienna Micaela, mis niños, la inspiración que sostiene mis días y promueve la concreción de mis motivos.

A Mario, mi compañero en esta vida y acompañante en estos meses de estudios.

Con especial cariño a las mujeres de mi familia más cercana: mis abuelitas Juana Emperatriz y Rosa Hortencia. A mi mami Dodith, a mis hermanas Margot y Mery. Mujeres que con sus historias siempre me han producido especial admiración.

## **AGRADECIMIENTO**

Con respeto y admiración académica al Dr. Edgardo Rodríguez Gómez, sus consejos orientadores, sugerencia de bibliografía y palabras de aliento han sido determinantes para creer en este proyecto.

Con especial gratitud al Dr. Cs. Nixon Castillo Montoya, su apoyo con bibliografía me permitió profundizar en el conocimiento científico y jurídico.

A mi asesor y amigo, Dr. Cs. Omar Álvarez Villanueva, por sus credenciales académicas, con mucha confianza me apoyó en la concreción de esta investigación.

No siempre se puede tener una vida cómoda y no siempre serás capaz de resolver todos los problemas, pero no debes subestimar tu importancia, porque la historia nos ha demostrado que el valor puede ser contagioso y la esperanza puede tener vida propia.

Michelle Obama

## TABLA DE CONTENIDO

<b>DEDICATORIA</b>	v
<b>AGRADECIMIENTO</b>	vi
<b>EPÍGRAFE</b>	vii
<b>TABLA DE CONTENIDO</b>	viii
<b>RESUMEN</b>	xiii
<b><i>ABSTRACT</i></b>	xv
<b>INTRODUCCIÓN</b>	xvii
<b>CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS</b>	1
<b>1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</b>	1
<b>1.1.1. Contextualización o problemática</b>	1
<b>1.1.2. Descripción del Problema</b>	25
<b>1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA</b>	27
<b>1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN</b>	27
<b>1.4. OBJETIVOS</b>	29
<b>1.4.1. General</b>	29
<b>1.4.2. Específicos</b>	29
<b>1.5. DELIMITACIÓN</b>	30
<b>1.5.1. Espacial</b>	30
<b>1.5.2. Temporal</b>	30

<b>1.6. TIPO Y NIVEL DE TESIS</b>	<b>31</b>
<b>1.6.1. De acuerdo al fin que persigue</b>	<b>31</b>
<b>1.6.2. De acuerdo al diseño de la investigación</b>	<b>31</b>
<b>1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan</b>	<b>34</b>
<b>1.7. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS</b>	<b>34</b>
<b>1.8. MÉTODOS</b>	<b>35</b>
<b>1.8.1. Generales</b>	<b>35</b>
<b>1.8.2. Específicos</b>	<b>36</b>
<b>1.9. TÉCNICA</b>	<b>38</b>
<b>1.9.1. Análisis Documental</b>	<b>38</b>
<b>1.10. INSTRUMENTO</b>	<b>38</b>
<b>1.10.1. Ficha de análisis documental</b>	<b>38</b>
<b>1.11. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA</b>	<b>38</b>
<b>1.12. ESTADO DE LA CUESTIÓN</b>	<b>39</b>
<b>CAPÍTULO II</b>	<b>40</b>
<b>MARCO TEÓRICO</b>	<b>40</b>
<b>2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO</b>	<b>40</b>
<b>2.2. LA INTEGRACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO CATEGORÍA DE ANÁLISIS EN LA TEORÍA DEL DELITO</b>	<b>52</b>
<b>2.2.1. La Constitución Política, política criminal y el derecho penal: la     dignidad de las personas como fin supremo del Estado</b>	<b>56</b>
<b>2.2.2. Derechos fundamentales y sistema penal</b>	<b>66</b>

2.2.3. La <i>última ratio</i> del derecho penal como propósito de un Estado democrático	71
2.2.4. El derecho penal como medio de control social: sus antecedentes y posturas actuales	74
2.2.5. El sistema punitivo y su poder preventivo – disuasivo	76
2.2.6. La teoría del delito en el derecho penal moderno	78
2.2.7. Los principios sustantivos y procesales involucrados	81
2.2.8. Los alcances del elemento «tipicidad y tipicidad subjetiva» dentro de la teoría del delito	88
A. Elementos del tipo penal: subjetivo y objetivo	91
2.2.9. El sistema convencional, constitucional y penal: alcances sobre la protección a la mujer en las diferentes formas violencia en perjuicio de las mujeres: la perspectiva de género	92
<b>2.3. ALCANCE DOGMÁTICO DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y SUS ALCANCES PARA EL DERECHO PENAL PERUANO</b>	<b>96</b>
2.3.1. La perspectiva de género como herramienta de análisis para el derecho	96
2.3.2. El género como categoría que confronta el sistema legal neutral	112
<b>2.4. ALCANCES DE LA ESTRUCTURA DEL DELITO Y SUS COMPONENTES EN LA TIPICIDAD SUBJETIVA PARA EL ABORDAJE DE DELITOS VINCULADOS A UNA “VÍCTIMA MUJER”</b>	<b>114</b>

2.4.1. Cuestionando la teoría del delito desde la perspectiva de género <sup>114</sup>	
2.4.2. El derecho penal desde la perspectiva de género: los delitos que involucran su análisis (violencia sexual, violencia familiar y feminicidio)	116
2.5. ASPECTOS DOGMÁTICOS PENALES DE LOS DELITOS QUE TIENEN COMO VÍCTIMA A UNA MUJER	119
2.5.1. La perspectiva de género en los delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en su figura de Feminicidio, Lesiones derivadas de violencia familiar	119
2.5.2. Abordaje desde la perspectiva de género en los delitos contra la Libertad Sexual, en su figura de Violencia Sexual y Acoso Sexual	126
2.5.3. Recurriendo a la conversión a delito, de actos de poca relevancia social: la cuestión de la sobre criminalización	129
3.1. DISCUSIÓN DE RESULTADOS	132
3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	152
3.2.1. Dignidad humana como derecho y principio constitucional	156
3.2.2. Igualdad y no discriminación como fundamento de un derecho antidiscriminatorio	160
3.2.3. Metodología y/o procedimiento que evidencia un reconocimiento de la víctima, su contexto, antecedentes y hechos debidamente acreditados.	165

<b>3.2.4. Precisión a principios básicos del derecho penal (Principio de legalidad penal, taxatividad de la ley penal, mínima intervención) y derecho procesal penal (debido proceso, presunción de inocencia, objetividad)</b>	169
<b>3.2.5. Recurrencia al derecho penal ante hechos de reproche social intolerable por su impacto en la convivencia pacífica</b>	171
<b>PROPUESTA DE ACUERDO PLENARIO</b>	175
<b>CONCLUSIONES</b>	206
<b>RECOMENDACIONES</b>	209
<b>LISTA DE REFERENCIAS</b>	211

## RESUMEN

La presente tesis, aborda la necesidad de contar con criterios jurídicos para la integración del enfoque de género en la Teoría del Delito a nivel de la Tipicidad Subjetiva, en aquellos delitos cualificados por la víctima mujer. En tal sentido, la tesis desarrolla la importancia del enfoque de género como herramienta metodológica y de análisis para evidenciar que en este proceso de relaciones disímiles y desventajas por los roles que la sociedad ha impuesto en perjuicio de las mujeres, el derecho no se ha mantenido ni objetivo ni neutral; y más bien ha contribuido a afianzarlo. Es así, que frente a las relaciones asimétricas que se han manifestado en violencia contra la mujer, se han presentado diversas violaciones a bienes jurídicos-penales y derechos fundamentales que el Derecho Penal ha recogido por disposición legislativa. De este modo se ha incorporado al catálogo penal, nuevas conductas delictivas y se han incrementado las penas en otras que ya se encontraban reguladas, hasta llegar inclusive a la cadena perpetua. Trastocando principios penales sustantivos y procesales como el de mínima intervención y objetividad, proporcionalidad y humanidad de las penas, presunción de inocencia y debido proceso.

Ahora bien, bajo una postura garantista y sobre la base filosófica del positivismo incluyente, se ha desarrollado en la investigación argumentos suficientes que hacen ver que la no comprensión del enfoque de género y los límites punitivos que posee un Estado social, democrático de Derecho, ha degenerado la recurrencia al Derecho Penal, sobrecriminalizando conductas que no sólo desde la tipificación, sino también desde la calificación de los delitos cualificados por una víctima mujer, afecta garantías y derechos también del imputado.

En este sentido, la tesis resalta la importancia de la Teoría del Delito, como fundamento del Derecho Penal, para evaluar dentro de sus elementos, a nivel de tipicidad subjetiva, la incorporación del enfoque de género, sobre la base de criterios jurídicos que lo sostienen en procura de buscar equidad entre las partes cuando se trata de la aplicación del derecho penal sustantivo y procesal.

Por tal razón, se proponen cinco criterios jurídicos, poseedores de sustento constitucional y convencional, que deben ser evaluados al momento de la calificación del hecho, consistentes en: i) Dignidad humana como bien jurídico general; ii) Equidad y no discriminación como fundamento de un derecho antidiscriminatorio; iii) Metodología y/o procedimiento que evidencia un reconocimiento de la víctima, su contexto, antecedentes y hechos debidamente acreditados; iv) Precisión a principios básicos del derecho penal (Principio de legalidad penal, taxatividad de la ley penal y ley cierta) y derecho procesal penal (debido proceso, presunción de inocencia, objetividad), y, v) Recurrencia al derecho penal ante hechos de reproche social intolerable por su impacto en la convivencia pacífica. Ello, con el propósito de garantizar que el Derecho penal se justifique si y solamente si garantiza a su vez los derechos de la víctima y del potencial autor del delito.

**Palabras Clave:** Criterios Jurídicos, Enfoque de Género, Teoría del Delito, Tipicidad Subjetiva

## ***ABSTRACT***

This thesis addresses the need to have legal criteria for the integration of the gender approach in the Theory of Crime at the level of Subjective Typicity, in those crimes qualified by the female victim. In this sense, the thesis develops the importance of the gender approach as a methodological and analytical tool to show that in this process of dissimilar relationships and disadvantages due to the roles that society has imposed to the detriment of women, the right has not been maintained. neither objective nor neutral; and rather it has contributed to strengthen it. Thus, in the face of asymmetric relationships that have manifested in violence against women, there have been various violations of legal-criminal rights and fundamental rights that Criminal Law has established by legislative provision

In this way, new criminal behaviors have been incorporated into the criminal catalog and penalties have been increased in others that were already regulated, up to and including life imprisonment. Disrupting substantive and procedural criminal principles such as minimal intervention and objectivity, proportionality and humanity of penalties, presumption of innocence and due process.

However, under a guaranteeist stance and on the philosophical basis of inclusive positivism, sufficient arguments have been developed in the research that show that the lack of understanding of the gender approach and the punitive limits that a social, democratic State of Law has, has The recurrence of Criminal Law degenerated, over-criminalizing behaviors that not only from the classification, but also from the classification of the crimes described by a female victim, affects guarantees and rights of the accused.

In this sense, the thesis highlights the importance of the Theory of Crime, as the foundation of Criminal Law, to evaluate within its elements, at the subjective typicity level, the incorporation of the gender approach, based on legal criteria that support it. in an effort to seek equity between the parties when it comes to the application of substantive and procedural criminal law.

For this reason, five legal criteria are proposed, possessing constitutional and conventional support, which must be evaluated at the time of the qualification of the fact, consisting of: i) Human dignity as a general legal asset; ii) Equity and non-discrimination as the foundation of an anti-discrimination right; iii) Methodology and / or procedure that evidences an acknowledgment of the victim, his context, background and duly accredited facts; iv) Accuracy to basic principles of criminal law (Principle of criminal legality, strictness of criminal law and certain law) and criminal procedural law (due process, presumption of innocence, objectivity), and, v) Recurrence of criminal law before acts of intolerable social reproach for its impact on peaceful coexistence. This, in order to guarantee that criminal law is justified if and only if it also guarantees the rights of the victim and the potential perpetrator of the crime.

**Keywords:** *Legal Criteria, Gender approach, Crime Theory, Subjective Typicity*

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación, trata sobre la respuesta punitiva que el Estado peruano ha brindado ante los delitos cualificados por la víctima mujer. Explica cómo es que en los últimos años el Derecho Penal, debido a la incorporación del enfoque de género ha sufrido diversas modificaciones en sus fundamentos sustantivos-dogmáticos, a través de la incorporación de nuevos injustos y el incremento y endurecimiento en el *quantum* de las penas de los delitos ya existentes. Es así, que el capítulo I, comprende los aspectos metodológicos, donde se ha planteado la pregunta de nuestra cuestión problemática, en la siguiente interrogante: ¿Cuáles son los criterios jurídicos para justificar la utilidad del enfoque de género en el análisis de la tipicidad subjetiva de los delitos cualificados por la víctima mujer?

Al abordar el capítulo II, el marco teórico se divide en dos partes. De un lado está el marco filosófico y el marco teórico-jurídico. Entonces, dentro del marco iusfilosófico en el que se ubica nuestra investigación. Precisamos que es el positivismo incluyente, la corriente filosófica en la que se ubica el problema abordado y que da sustento a la hipótesis y su contrastación permitiendo la concreción de la propuesta. Pues en aquellos delitos donde la víctima es mujer, confluyen aspectos no solo jurídicos sino también morales. Concurren derechos -principios, partiendo por la dignidad de la persona, el derecho a no ser discriminado ni violentado; pero también a que el derecho responda y garantice la intervención de *ius puniendi* del Estado, a través del Derecho Penal, en respeto a la tutela de los derechos de la víctima, pero también del agresor.

Es así, que, dentro del marco teórico-jurídico, abordamos lo que implica la perspectiva de género como categoría de análisis, donde explicamos desde la Teoría Constitucional, los derechos fundamentales de las personas vinculados al sistema penal y su desarrollo del derecho penal. Hemos resaltado la trascendencia dentro de una teoría garantista del Derecho Penal, los principios sustantivos y procesales que sostienen el *ius puniendi* dentro de un Estado social, democrático de Derecho. Se resalta la importancia de los principios de mínima intervención, legalidad, humanidad de las penas, debido proceso y objetividad.

En esta lógica, se aborda también la teoría del delito, sus componentes (acción, tipicidad -subjetiva y objetiva- antijuridicidad y responsabilidad penal); incidiendo en el aspecto subjetivo de la tipicidad, pues es allí donde el enfoque de género debe ser valorado en un primero momento, es decir, desde la calificación de los hechos en los que la víctima se identifica como mujer, en relación a los delitos de feminicidio, lesiones derivadas de violencia familiar, acoso sexual, violencia sexual, entre otros.

En este sentido, se desarrolla el enfoque de género como una herramienta que confronta al sistema legal neutral, cuestionando la teoría del delito, y analizando como ésta constituye la estructura férrea del Derecho Penal, inmodificable en sus componentes, pero que se ven necesariamente influenciados por el enfoque de género. Es por tal razón que también abordamos la teoría del garantismo penal; ello en procura de que el Derecho Penal, no se vea resquebrajado en sus bases, y que sea una herramienta abusiva usada por el legislador penal para salvar situaciones y conflictos que se exige, por ser estructurales, sean abordadas con otros medios de control social formales e informales.

En tal sentido, ya en el capítulo III, se realiza la discusión y contrastación de la hipótesis. De este modo, hacemos un abordaje de las evidencias encontradas durante la investigación resaltando que, el Derecho Penal, viene siendo usado como primera opción, en franca oposición al principio de mínima intervención que le rige, precisamente por asunción errada del legislador que aquellas conductas, donde la víctima es una mujer, merecen su consideración de injusto, y por ende un endurecimiento de penas, en perjuicio del agresor, que predominantemente podría ser un varón. De eso modo, damos cuenta que el enfoque de género, ha venido siendo interpretado erróneamente, desde el derecho penal, en perjuicio de los varones, olvidando que constituye un herramienta metodológica, ética y jurídica, que busca, de un lado evidenciar las relaciones estructurales asimétricas, entre víctima y agresor, pero que procura, que el sistema de justicia en este proceso de judicialización de los conflictos, actúe garantizando que ambas partes, ejerzan sus derechos sin flexibilizaciones que trastoquen principios sustantivos y procesales.

Por tal razón, concluimos que nuestra hipótesis ha sido contrastada, en el sentido de que se encuentra justificada la existencia de criterios jurídicos para incorporar el enfoque de género a nivel de la tipicidad subjetiva; y por ello, se han presentado cinco criterios a los que hemos dotado de contenido, tales como: i) Dignidad humana como bien jurídico general; ii) Equidad y no discriminación como fundamento de un derecho antidiscriminatorio; iii) Metodología y/o procedimiento que evidencia un reconocimiento de la víctima, su contexto, antecedentes y hechos debidamente acreditados; iv) Precisión a principios básicos del derecho penal (Principio de legalidad penal, taxatividad de la ley penal y ley cierta) y derecho procesal penal (debido proceso, presunción de inocencia, objetividad), y finalmente, v) Recurrencia

al derecho penal ante hechos de reproche social intolerable por su impacto en la convivencia pacífica.

## CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

### 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### 1.1.1. Contextualización o problemática

En los últimos años, el Derecho Penal peruano ha sufrido cambios sustanciales en sus fundamentos dogmáticos. Esto se debe a las modificatorias dadas a la luz de la perspectiva de género, también identificado como enfoque de género, pues principios fundamentales del Derecho Penal, como lo son la legalidad, lesividad, culpabilidad, fragmentariedad, subsidiaridad y *última ratio*, se ven retados por este enfoque que exige intervención del Estado a través de este medio de control social, que, en teoría, debiera sólo intervenir cuando los otros medios de control formales han fracasado. Es decir, como *última ratio*.

Estos cambios han sido motivados por la realidad de los diferentes tipos de violencias hacia la mujer. Esta violencia manifestada de diferentes maneras por su género (mujer social y culturalmente contextualizada), ha conllevado a que se presenten diversos cambios en la legislación especial peruana (vrg. Ley n.º 30364 – Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar) en diferentes áreas del Derecho debido al alto índice de casos de violencia sexual, familiar<sup>1</sup> y física que tienen como víctimas a las mujeres.

---

<sup>1</sup>Solamente en el Perú, según las cifras del Ministerio de la Mujer y poblaciones vulnerables, 7 de cada 10 mujeres han sufrido violencia en sus vidas. La misma tendencia siguen los resultados de las encuestas aplicadas por ejemplo, por

De otro lado, ante el fracaso o percepción de falta de severidad para frenar esta violencia, la Política Criminal de nuestro país ha ido desarrollando una tendencia a la tipificación de delitos con perspectiva de género. De ese modo, se viene cambiando la postura tradicional del desarrollo del Derecho, siempre analizado y desarrollado desde un enfoque aparentemente neutral, pero que no se ve reflejado en la jurisprudencia; sino que “ha resultado siendo causa y consecuencia de construcciones sociales y culturales que re--fuerzan modelos estereotipados y discriminatorios” (Mantilla, 2017, p. 5).

Ahora bien, el desarrollo de la doctrina<sup>2</sup> en el campo del Derecho Penal, ha mostrado mayoritariamente su oposición a la introducción de perspectivas diferenciadas en el abordaje de delitos que tienen como víctimas a las mujeres. Postura que se refleja en las propias sentencias judiciales y que es la manifestación de la resistencia al análisis de una categoría como lo es el enfoque de género en la médula del derecho penal: la teoría del delito. Es más, ha generado dificultades en el abordaje de la tipicidad (calificación de un hecho al tipo penal) relacionado con delitos vinculados como violencia sexual, feminicidio y aquellos derivados de violencia familiar, evidenciando dificultades procesales vinculados con la valoración de la prueba.

---

Enares y Endes. El 2015, el porcentaje de adolescentes víctimas de violencia física o psicológica, alguna vez en la vida, en sus hogares o centros de atención residencial fue de 81.0%, mientras que en la institución educativa era de 73.8%; la prevalencia en los últimos 12 meses antes de aplicación de la encuesta realizada por el INEI (ENARES 2015).

<sup>2</sup> Al respecto se sugiere revisar a Toledo Vásquez, Patsilí. (2010) en Tipificación del feminicidio/feminicidio: Otra vía hacia el abandono de la neutralidad de género en el Derecho penal frente a la violencia contra las mujeres. Eugenio Zaffaroni en El discurso feminista y el poder punitivo, Alonso Peña- Cabrera Freyre, en Derecho Penal Parte General, Villavicencio Terreros, Felipe y Villanueva Flores, Rocío, entre otros.

Ante lo cual nos preguntamos ¿estamos frente a una deconstrucción de la teoría del delito por la introducción del enfoque de género como herramienta en el análisis de la tipicidad?, o ¿es que al derecho penal le hace falta integrar determinadas herramientas de análisis al momento de intervenir en aquellas conductas que terminan por afectar la dignidad de las personas, en aras de evitar una sobre criminalización de conductas y/o evitar impunidad?

La tendencia de nuestra Política Criminal, obliga a repensar el análisis de la Teoría del Delito y, principalmente, el análisis de la tipicidad subjetiva, donde la valoración de la acción genera posturas contradictorias, pese a la necesidad dogmática penal sobre el elemento subjetivo del tipo –la discriminación- y los criterios para determinarlo en los casos de violencia de género, cuya materialización se da en aquellos delitos que tienen como sujeto pasivo a una víctima mujer.

En este sentido, en el Derecho Convencional encontramos diversos instrumentos que reconocen la necesidad de que los Estados Parte, adopten normativamente posturas legislativas y los mecanismos necesarios para corregir la mirada tradicional y discriminatoria de las normas, que terminan por afectar situaciones específicas de los casos de violencia que en perjuicio de las mujeres se presentan. Por ejemplo, tenemos a la Declaración Universal de los Derechos Humanos que tiene diversos artículos que se orientan a proteger al ser humano haciendo reiterada mención a la persona. En este sentido, el artículo 1 declara:

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”; para posteriormente en su artículo 2. establecer: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Es deber mencionar que el citado instrumento legal, en su artículo 7 declara el derecho a la igualdad de todo ser humano, sin distinción lo que implica el derecho a igual protección contra todo acto de discriminación. Y reza: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

También, tenemos a la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, en su artículo 2, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 3, establecen que los Estados firmantes se comprometen a garantizar tanto a varones como a mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, rechaza la discriminación por sexo. Así tenemos que el artículo 1, inc. 1 declara:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social<sup>3</sup>.

Con relación a la protección hacia la mujer dos son las evidencias de tipo normativo que existe en el Sistema Convencional. La primera es la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer del año 1979 (CEDAW), la cual establece de forma clara que no se debe permitir ningún tipo de discriminación hacia la mujer en la esfera económica, social, política cultural y civil o en cualquier otra esfera.

De modo tal que su artículo 1 desarrolla el concepto de discriminación contra la mujer y precisa que éste denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. Mientras que en el artículo 2, declara: “Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus

---

<sup>3</sup> A su turno el artículo 2 dispone el deber de los Estados Parte de adoptar disposiciones de Derecho Interno y señala: «Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades». Para luego, en su artículo 24 reconoce la igualdad ante la Ley estableciendo que «Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley».

formas, conviene en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer”<sup>4</sup>.

Con referencia a lo indicado, en la Conferencia de Viena de 1993, la Asamblea declaró que:

Los derechos de la mujer y de la niña, son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales, acotó que la violencia y todas las formas de acoso y explotación sexual, inclusive derivadas de los prejuicios culturales y del comercio internacional, son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana y deben ser eliminadas. (Preámbulo)

Por su parte la Convención de Belén Do Pará, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer del 9 de junio de 1994, aprobada por el Congreso de la República el 22 de marzo de 1996, señala la importancia de que los Estados adopten el principio de debida diligencia por el que el Estado debe adoptar sin demora todas las políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

---

<sup>4</sup> Se comprometen a: a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio; b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación; e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas; f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer”.

En cuanto la legislación interna<sup>5</sup>, nuestra Constitución Política de 1993 establece en su artículo 1 que “la defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”; mientras que en el artículo 2 señala que toda “persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.

En esta línea, el artículo 24 declara el derecho a la libertad y seguridad personales, por lo que “a) no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas”; además, señala que “b) nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes”.

Por su parte, nuestro Código Penal de 1991, ha sufrido modificaciones tanto en su parte general como en la especial. Muestra de ello son las diversas modificatorias en el rubro dedicado a los delitos contra la libertad o indemnidad sexual. Pero ha sido, el Decreto Legislativo 1323, el que marcó el inicio de lo que significa la causante de los cuestionamientos frente a la teoría del delito. Esta norma, modifica diversos artículos e incorpora otros. Por ejemplo, en el artículo 46, referido a las circunstancias de atenuación y agravación prescribe:

---

<sup>5</sup> Un alcance sobre este marco legal lo podemos ver en la publicación efectuada por DEMUS, Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer y Articulación Regional Feminista- 2010.

2. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: (...) d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales como el origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole.

Luego, también se introduce el tipo penal de lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, en el Artículo 121-B. En ella, se recogen varios supuestos que incluso pueden relacionarse con otros delitos y se valora condiciones especiales de las mujeres como el estado de gestación, el haber sufrido la lesión en un contexto de feminicidio, o de violación sexual; inclusive se hace alusión a la afectación psicológica en agravio de los hijos, hijas, niñas, niños o adolescentes bajo el cuidado de la víctima de feminicidio, de lesiones en contextos de violencia familiar o de violación sexual. De otro lado, se tipifica en el artículo 124-B, el daño psíquico y la afectación psicológica, cognitiva o conductual, estableciéndose niveles. Modificándose también el delito de feminicidio sancionado en el artículo 108-B, del mismo cuerpo punitivo<sup>6</sup>.

Se introduce el artículo 323° para sancionar el delito de discriminación e incitación a la discriminación, señalando que se otorga una pena

---

<sup>6</sup> 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: 8. Cuando se comete a sabiendas de la presencia de las hijas o hijos de la víctima o de niños, niñas o adolescentes que se encuentren bajo su cuidado.

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

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

privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas, a aquél que realiza actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas reconocido en la ley, la Constitución o en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte, basados en motivos raciales, religiosos, nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género.

Debe resaltarse, la incorporación del artículo 122-B del Código Penal, referido a sancionar las agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar. Este tipo penal, cambia sustancialmente los parámetros que se venían considerando para diferenciar el delito de una falta. Ya que se sanciona la conducta de aquél que de cualquier modo cause lesiones corporales a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar que requieran menos de diez días de asistencia o descanso, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual.

Por tanto, la diferencia cuantitativa que reflejaba un reconocimiento médico legal al examinar una lesión, ya no es determinante para diferenciar un delito de una falta, pues el artículo 441 del Código Penal referido a faltas contra la persona, establece que se sancionará la conducta que cause lesión dolosa que requiera hasta diez días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa.

La entrada en vigencia la Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, cambia radicalmente el abordaje y tratamiento de la violencia familiar, diferenciando la población beneficiaria e introduciendo enfoques para el tratamiento a fin de prevenir, erradicar y sancionar la violencia hacia las mujeres.

Uno de estos enfoques, el de género, “reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construidas sobre la base de las diferencias de género que se constituyen en una de las causas principales de la violencia hacia las mujeres”; no obstante, pese a que el artículo 3, inciso 1, describe en qué consiste, la dificultad encontrada es que no se orienta a su aplicador o intérprete razonable (juez, fiscal, policía), respecto de la manera en cómo debe aplicarlo. Es aquí donde encontramos un vacío importante que justifica este estudio.

En suma, existe un vasto marco normativo nacional y supranacional que contempla la protección a la persona y a su dignidad. De ello se desprende esta especial consideración de la mujer como sujeto de derecho de especial protección, en virtud a las circunstancias especiales que la colocan en una posición asimétrica frente al varón. Por ello, nuestra Constitución Política respecto al marco legal internacional, que de acuerdo a la Cuarta Disposición Final Transitoria establece el rango constitucional para los tratados admitidos por nuestro

país, reconoce o afianza el principio de igualdad y no discriminación, respecto del tratamiento legal que se le debe dar en situaciones de conflictos donde hombres y mujeres se vean involucrados; en ello radica la obligatoriedad de su implementación.

Especial mención merece, en esta línea, la Convención Belem Do Pará orientada a proteger desde el Derecho convencional a la mujer de toda forma de violencia. Mientras que la Convención contra toda forma de discriminación contra la mujer -CEDAW- establece la obligatoriedad de proteger y establecer políticas de protección hacia la mujer eliminando toda forma de discriminación y la violencia en todas sus manifestaciones.

A pesar de que existen protocolos de intervención y Planes Nacionales que son la línea de orientación para intervenir frente a esta problemática; advertimos resistencia por parte de las instituciones encargadas de aplicar este marco que implica conocer los alcances de la perspectiva género y su integración con los fundamentos teóricos que sostienen el Derecho Penal, más, si basados en este enfoque, se trastocan aspectos de lo que implica la tipicidad dentro de la teoría del delito al calificar hechos de un menor reproche social convertidos en delitos. Es así que, se efectúan cambios sustanciales al delito de lesiones y las faltas.

El 11 de setiembre de 2018, se publicó en el diario Oficial El Peruano, otro cambio normativo de especial trascendencia y con un marcado enfoque de género, a través del Decreto Legislativo n.º 1410, el cual establece como primer objetivo:

Artículo 1. Objeto 1. Sancionar los actos de acoso, en todas sus modalidades, incluidos el acoso sexual y chantaje sexual; así como la difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, a fin de garantizar una lucha eficaz contra las diversas modalidades de violencia que afectan principalmente a las mujeres a lo largo de todo su ciclo de vida.

Ahora bien, con respecto a la evidencia jurisprudencial<sup>7</sup> tenemos varios pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que contemplan pautas y sancionan a los Estados por afectar, en particular, los derechos de las mujeres y una mirada desde el enfoque de género en el abordaje del problema y resolución de los casos de violencia.

Entre ellas, se menciona a la Sentencia del Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, cuya Sentencia emitida el 16 de noviembre de 2009, responsabiliza al Estado mexicano por

La falta de medidas de protección a las víctimas, dos de las cuales eran menores de edad; la falta de prevención de estos crímenes, pese al pleno conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género que había dejado centenares de mujeres y niñas asesinadas; la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición (...); la falta de debida diligencia en la investigación de los asesinatos (...), así como la denegación de justicia y la falta de reparación adecuada. (párr. 2)

---

<sup>7</sup> De acuerdo con lo sostenido por Rojas Vargas (2007, p. 113), se deben entender por jurisprudencia aquella expresión creadora de derecho surgido de la praxis jurídica y como construcciones teóricas uniformes y sistemáticas que guían la labor práctica de los jueces. Esto es que se va dando de manera sostenida frente a casos de similar contenido.

Por otro lado, el caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas; en cuya sentencia del 25 de noviembre de 2006, la Corte hizo alusión a la discriminación basada en el género de las mujeres reclusas en el citado penal. Y así señala que las mujeres detenidas o arrestadas, “no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación”. Asimismo, ha indicado que las detenidas deben ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas y las mujeres embarazadas y en lactancia deben ser proveídas con condiciones especiales durante su detención.

En la sentencia emitida en el Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Caso que se da dentro de un conflicto armado, y donde la Corte alude a la Convención de Belém do Pará, para explicar que la violencia contra la mujer no sólo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es “una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”, que “trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases”. En el mismo sentido: Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017, párr. 108.

Con relación a la problemática de la violencia por género, también el Tribunal Constitucional se pronunciado en diversos casos. Uno de los seis casos<sup>8</sup> resueltos por este Supremo Tribunal, es el de Nidia Baca Barturem, alumna de la ETS-PNP de Lambayeque, quien en agosto de 2008 fue expulsada de su centro de formación policial por encontrarse gestando. Luego de las acciones legales interpuestas finalmente el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida para el Exp. n.o 05527-2008-PH/ además de reponerla a su centro de estudios, declaró que las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú se encuentran impedidas de separar alguna alumna y/o cadete por su estado de embarazo. Sentó así un precedente para los casos posteriores de otras alumnas y cadetes, entre ellas Flor Cahuaya Alegre quien pese a lo brillante de su formación policial fue expulsada por su estado de gravidez. Se suma también el caso de la cadete Sheyla Deniss Raygal Cangalaya a quien se le impuso la misma sanción, pese a lo ya ordenado por el Tribunal Constitucional. En buena cuenta, recoge un enfoque desde el principio – derecho a la igualdad (Ramírez 2017, p. 63)<sup>9</sup>

Ahora bien, la decisión libre y voluntaria de elegir la maternidad como derecho reproductivo, pero sobre todo como derecho humano, no ha sido el único cuestionado a nivel de las Fuerzas Policiales. También se

---

<sup>8</sup>Los expedientes registrados hasta diciembre de 2017 son: Expediente 08957-2006-PA/TC, Expediente 05527-2008-HC/TC, Expediente 01151-2010-PA/TC, Expediente 01126-2012-PA/TC, Expediente 01423-2013-PA/TC y 01406-2013-PA/TC.

<sup>9</sup> Al respecto revisar “La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de igualdad y no discriminación: los casos de la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas”, en Mujer y Constitución – Revista Peruana de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales – Tribunal Constitucional del Perú. Diciembre de 2017.

ha desmerecido, humillado y destituido a los varones cuando han mostrado comportamientos supuestamente homosexuales.

Uno de ellos fue el caso del alumno de iniciales C.F.A.D que fue conocido por el Tribunal Constitucional Peruano a través del Expediente n.º 00926-2007. Esta persona fue destituida por habersele imputado una falta muy grave contra la moral policial (contra el decoro), al haber presuntamente mantenido relaciones homosexuales en más de una oportunidad entre los meses de octubre de 2002 y setiembre de 2003 con su compañero de estudios de iniciales R.E.C.P. A ambos estudiantes se les practicó un examen médico forense por la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional del Perú para determinar su orientación sexual.

Por su parte, la Corte Suprema del Perú, para orientar y hacer predecible la resolución de casos, en los últimos años ha producido Acuerdos Plenarios. De ellos debemos destacar dos que tienen criterios desde un enfoque de género que, aunque no son vinculantes, permiten entender la problemática de violencia hacia la mujer en dos aspectos: la violencia sexual y la violencia física en su máxima expresión denominada feminicidio.

Así, el Acuerdo Plenario 1-2016/CJ-116, publicada el 17 de octubre de 2017, alude a los «enfoques» con los que ha de mirarse un caso de feminicidio, los cuales se encuentran comprendidos en la Ley n° 30364,

de 23 de noviembre de 2015. Estos son el enfoque de género, el enfoque de integralidad, el enfoque de interculturalidad, el enfoque de derechos humanos, el enfoque de interseccionalidad y el enfoque generacional. Al respecto, consideramos que la Corte Suprema debió ir más allá de recoger un concepto del enfoque de género, y en cambio debió proponerlo como punto de partida a ser considerado por los jueces como herramienta de análisis de los casos de femicidio, pues si bien reconoce las dificultades probatorias que el delito genera, no orienta a los jueces y juezas para poder resolver un caso.

El Acuerdo Plenario 1-2011, referido a la valoración de la prueba en los delitos de violación sexual, en su párrafo 9, precisa: “Las perspectivas de género *-per se-* si bien no constituyen un único criterio de intervención y regulación del Derecho Penal y Procesal Penal, en los delitos sexuales adquieren una particular relevancia, en atención a la preocupación y conmoción que el fenómeno de la violencia sexual –que incide mayormente en mujeres, adolescentes y niños- presenta como incontenible medio trasgresor de bienes jurídicos relevantes, de amplia presencia en los casos judiciales –que, por lo demás, registra una elevada cifra negra-, y que requiere evitar su impunidad y las perturbaciones que se originan en la configuración de protocolos, manuales, criterios de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia”.

La Corte Suprema ha tenido algunos fallos cuestionados como la recaída en el Expediente n.º 2349-2014 - Madre de Dios, referido a Trata de Personas. En él se indica que, en el delito de trata de personas, la explotación es un elemento del tipo penal de trata de menores sin el cual no se configura. Esta sentencia, fue cuestionada porque la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia, presidida por el juez Javier Villa Stein, declaró improcedente el recurso de nulidad a la absolución de Elsa Cijuno Huillca, propietaria de un bar en el sector minero de Mazuko en Madre de Dios, por el delito de trata de personas. Los hechos dan cuenta como -según la acusación fiscal, en el año 2008 - que cuando la menor tenía 14 años fue interceptada por Cijuno Huillca y conducida al sector minero en la localidad Manuani - Mazuko para trabajar acompañando a clientes del bar, siendo obligada a beber alcohol junto a ellos “bajo condiciones laborales extremas” con jornadas desde 10 hasta 23 horas, recibiendo -según la acusación Fiscal- por parte de “la procesada incluso llegó a sugerir a la agraviada que hiciera ‘pases’ que no es otra cosa que mantener relación sexuales con clientes en el bar”.

Sin embargo, la Corte Suprema sentenció que efectivamente la cantidad de horas que Cijuno Huillca hizo trabajar a la menor son excesivas, pero no se puede considerar como explotación porque no hubo agotamiento de la menor. Señalando: “El hacer de dama de compañía, y entendida esta como una persona que simplemente bebe con los clientes sin tener que realizar ninguna otra actividad, no se

presenta como una labor que vaya a agotar la fuerza de la trabajadora” (fundamento 6).

El caso de Arlette Contreras también generó cuestionamientos respecto del fallo emitido por la Corte Superior de Ayacucho. Así, en el Expediente 01641-2015-93-0501-JR-PE-01 de Ayacucho, seguido contra Adriano Manuel Pozo Arias, por los delitos de feminicidio (tentativa) y violación de la libertad sexual (tipo base), tentativa, la Sala decidió absolver al acusado por el delito de feminicidio -grado de tentativa- y condenó por el delito de violación sexual en grado de tentativa. El cuestionamiento recibido es básicamente porque la Corte Superior no analiza con mayor agudeza de la perspectiva de género, el maltrato y lesiones sufridas por la víctima (la toma de los cabellos y la arrastra por el pasadizo del hotel) y no valora en buena cuenta, pese a que cita normativa convencional, el nivel de degradación a la víctima.

Al revisar algunas sentencias de primera instancia emitidas en el Distrito Judicial de Cajamarca respecto al delito de feminicidio como son: Expediente 1653-2013, Expediente 794-2014, Expediente 419-2015, Expediente 299-2015, Expediente 1329-2016, Expediente 185-2015, Expediente 359-2015, Expediente 433-2016, Expediente 27-2015 y Expediente 234-2016, se puede advertir que pese a que existe el desarrollo de lo que implica la perspectiva de género como concepto, no se alude a él para valorar una prueba. De allí que en una investigación efectuada se concluya que:

6.1.3. De acuerdo al análisis de las sentencias, se concluye que no existen parámetros teóricos que incluyan la perspectiva o enfoque de género para el abordaje del delito de feminicidio. Este escenario es compartido tanto por la Fiscalía como la Defensa Técnica, pues desde este enfoque no establecen una estrategia de acreditación de los elementos constitutivos del delito de feminicidio, razón por la cual, existieron casos que, si bien se postularon inicialmente como feminicidio, terminaron cambiando su tipificación a lesiones derivadas de violencia familia.<sup>10</sup>

Entonces, se puede indicar que pese a que hay un desarrollo del concepto de enfoque de género en documentos que permiten orientar las políticas públicas de protección contra la violencia y que además a nivel jurisdiccional se ha venido abordando la problemática de la violencia contra la mujer y hasta existen acuerdos plenarios éstos no son vinculantes y menos son tomados como referencia al momento de resolver casos vinculados a la problemática de violencia contra las mujeres. De modo tal que el Sistema de Justicia en virtud a los casos más cuestionados (por su difusión) sobre delitos que tienen como víctimas a las mujeres, no analice desde este enfoque la valoración de los hechos y la prueba aportada.

En lo que respecta a la evidencia doctrinaria, se puede advertir que la tipificación de conductas desde una perspectiva de género ha generado en la doctrina, posturas a favor y en contra. En buena cuenta, los argumentos no han sido pacíficos ni del lado de penalistas ni de abogadas feministas. Por ejemplo, Rocío Villanueva Flores (2011),

---

<sup>10</sup> La Discriminación como elemento de tendencia interna trascendente en el delito de feminicidio y su probanza en el Distrito Judicial de Cajamarca. Tesis sustentada para optar el grado académico de Maestro en Ciencias. Diciembre de 2017. Presentada por Sandra Maribel Bringas Flores.

Beatriz Ramírez Huaroto (2011) y Patsilí Toledo (2010), hacen alusión a la sexualización del derecho penal, y advierten el peligro de recurrir al derecho penal de manera simplista para proteger la violencia hacia la mujer. Es más, critican que el Estado, prefiera abordar la violencia contra la mujer desde el aspecto punitivo, sin mayor política pública que se oriente a prevenirla de manera integral. Y son críticas de que tipos penales como el de feminicidio, pues viola principios básicos del derecho penal como el de legalidad y taxatividad de la ley penal. Además, se advierte que el Estado, nuevamente trata a la mujer como un ser indefenso, lejos de generar herramientas sostenibles para empoderarla.

A su turno, Eugenio Zaffaroni (2000) en su trabajo “El discurso feminista y el poder punitivo”, señala básicamente que la corriente feminista liderada por un discurso antidiscriminatorio, no es lo suficientemente hábil para recurrir al derecho penal y por ende hacer uso del poder punitivo, generando un mero simbolismo. El que, desde nuestra postura, termina sobrecriminalizando conductas que no generan prevención general, ni positiva ni negativa, y en cambio, se nota que no hay disminución en los casos de violencias contra las mujeres y de manera particular en los tipos penales.

De otro lado, Jorge Vicente Paladines (2013), indica que el feminismo ha condensado en los últimos años un activismo basado en el reconocimiento de derechos a partir de la victimización, lo cual ha

silenciado agudas diferencias sociales que siguen latentes en la relación hombre/mujeres, toda vez que el desempleo en las mujeres es mayor que el de los hombres mientras sus salarios siguen siendo inferiores, lo cual ha distorsionado la concepción misma de uno de los grandes aportes del feminismo: el género. Y que el histórico discurso de enjuiciamiento moral contra los hombres, usando como herramienta el derecho penal, generando un derecho penal de la diferencia. Sobre ello, consideramos que, el enfoque de género deviene en fundamental porque nos brinda una herramienta de análisis para entender las relaciones asimétricas entre hombres y mujeres, pero mirado desde el derecho penal, evidencia como determinados bienes jurídicos como la libertad sexual, la vida o la discriminación tienen como víctimas a las mujeres en cifras mayores que a los varones.

Este autor, también afirma que la normativa internacional creada a partir del victimismo ha posicionado temáticamente el discurso sobre la violencia o discriminación contra la mujer, relegando a otros grupos o poblaciones vulnerables (como la población GLBTI o el de las trabajadoras sexuales). Probablemente, ello explique por qué, también exista una tendencia a la criminalización de conductas donde el varón es visto como el agresor y la víctima sea una mujer que cumple ese rol.

No obstante, ello, la teoría feminista propone a través de autoras como Khatarine Barlett (2011) métodos feministas en el derecho que buscan la inclusión de un especial método de análisis para solución de un caso,

recurriendo a i) la pregunta por la mujer, ii) el razonamiento práctico feminista y iii) el aumento de conciencia. Barlett, busca con su propuesta analizar la casuística jurídica y la solución a la controversia reduciendo posturas discriminatorias, entendiendo el contexto o escenario en el que se origina, y donde la mujer se convierte en víctima. Su propuesta entonces, se ocupa por estudiar la condición de la mujer dentro de la relación asimétrica frente al varón, buscando generar conciencia en quien tiene la facultad para darle una solución.

No obstante, este esfuerzo teórico, la resistencia para incorporar el género como concepto resulta complejo. Con razón, Susana Mosquera (2017, pp. 147-169) explica muy oportunamente como la carencia de un consenso en la academia en relación al término “género” y las dificultades para su aplicación transversal de la sociología al derecho, parecen haber provocado un efecto distorsionador del bien jurídico al que estaban destinados los tratados de Derechos Humanos. Para luego señalar haber reemplazado la palabra sexo, por género con la pretensión de ampliar el enfoque protector que el enfoque de género ofrecería a la hora de erradicar la discriminación en los roles que la sociedad asigna a la mujer.

De esta primera exploración efectuada a la doctrina, podemos advertir que las posturas no son pacíficas al interior de la teoría, en tanto la concepción que se tiene de la perspectiva de género y su introducción como categoría de análisis, no ha sido bien diseñada incluso entre las

propias feministas, situación que se ve reflejada en su rechazo a recurrir al derecho penal simbólico que, en la práctica, no termina por abordar preventivamente la problemática que representa la violencia contra las mujeres; y, tampoco, hasta ahora se ha logrado el objetivo meta de erradicarla.

Finalmente, en cuanto a la evidencia relacionada con principios esta problemática, afecta varios principios. El primero relacionado con el referido a la dignidad humana, ya que, como piedra angular del sistema convencional y constitucional, no termina por consagrarse en la práctica y en la relación entre los seres humanos. De modo que el derecho a una vida libre de violencia que se deriva de la dignidad humana, no alcanza total protección cuando se trata de resolver un caso particular de violencia sufrida por una mujer. Y en cuanto a la teoría del delito, se colisiona con principios como legalidad, lesividad, *última ratio*. Por los cuales, el poder punitivo del Estado debe intervenir solamente cuando los demás medios de control formal han fracasado y cuando exista una intolerable reacción a la vulneración de bienes jurídicos. Posturas que se contraponen y generan dificultades en la interpretación de los magistrados, y que al decir de las organizaciones civiles pro-mujeres, la sola vulneración a la dignidad de la mujer ya justificaría la intervención del Derecho Penal<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Postura de abogadas de la ONG Demus – Estudio para la Defensa de la Mujer, entre ellas Cynthia Sánchez Ticllacuri en una exposición para Fiscales, dada en Cajamarca en el año 2017.

De allí que, el derecho como instrumento de regulación social debe reexaminarse en procura de protegerse siempre la dignidad de la persona. Este derecho-principio consagrado en el artículo 1 de la Constitución, que a su vez en el artículo 2 inciso 2 también reconoce el principio-derecho a la igualdad; ambos pilares del orden constitucional y que permiten la convivencia pacífica en la sociedad. Sin embargo, a la hora de ingresar nuevas categorías de análisis se advierte confrontación sobre todo en los principios que sustentan el nivel punitivo.

El análisis de la teoría del delito mirada desde un enfoque de género trastocaría los principios de legalidad, taxatividad de la ley penal, principio de lesividad que exige la vulneración a bien jurídico de especial relevancia; así como la subsidiaridad y fragmentariedad del derecho penal. Esta es una evidencia que necesita mayor desarrollo requiere y se pretende realizar a lo largo de la investigación.

Consideramos que la problemática expuesta nos ha conducido a analizar ciertas cuestiones axiológicas que se enmarcan dentro de un positivismo incluyente, pues en tanto existe una directriz constitucional que obliga al Estado observar la tutela de los derechos humanos, no solo desde el cambio normativo, sino desde la eficacia de la norma, en concordancia con la dogmática que la sostiene. Lo cual implica ingresar al análisis del derecho penal, de manera particular en la teoría del delito; así como también, el derecho convencional que sostiene principalmente

la incorporación del enfoque de género en el derecho y sus principios de no discriminación y equidad.

Expuesto lo anterior, debemos señalar que la presente investigación ha buscado analizar desde la dogmática jurídica, aquellas normas que se generaron a partir de la dación de la Ley n.º 30364, en tanto constituye la primera norma que incluye el enfoque de género como un parámetro para la aplicación de la Ley, en casos donde la víctima es mujer o es parte de los integrantes de un grupo familiar. Sobre la base de esta ley, el Código Penal viene sufriendo una serie de modificaciones que trastocan –como se ha expuesto- el nivel de la tipicidad subjetiva, componente de la Teoría del Delito. Tal es el caso de delitos vinculados a la libertad sexual, el delito contra la Vida el Cuerpo y la Salud en su figura de Lesiones y las propias faltas contra la persona.

### **1.1.2. Descripción del Problema**

Respecto del planteamiento del problema, la investigación se ha realizado, orientando el análisis de la interpretación normativa de lo que significan las normas promulgadas desde la perspectiva de género a partir de la Ley n.º 30364 – Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.<sup>12</sup> Ello,

---

<sup>12</sup>Solo por mencionar algunas normas citaré a la Ley n.º 30819, publicada el 13 de julio de 2018, que significó la modificación de los arts. 108-B, 121, 121-B, 122, 122-B, 441 y 442; y derogación del art. 443 del Código Penal) relacionado con los delitos de lesiones y faltas, así como feminicidio; el Decreto Legislativo n.º 1410 (Incorporación de los arts. 151-A, 154-A, 176-B y 176-C al Código Penal); la Ley n.º 30862, publicada el jueves 25 de octubre de 2018 en el diario oficial El Peruano, que modificó el art. 368 del Código Penal en lo que respecta al delito de desobediencia y resistencia a la autoridad cuando se incumplen las medidas de protección dadas por casos de violencia contra la mujer y los demás integrantes del grupo familiar; la Ley n.º 30901, publicada el sábado 25 de diciembre de

debido a que hay dificultades sobre todo en su interpretación a partir de la introducción o integración del enfoque de género dentro de la teoría del delito, a nivel de tipicidad subjetiva. Los delitos que han sufrido los cambios normativos son los que están en el rubro de aquellos que afectan bienes jurídicos como la Libertad Sexual (vrg. violación sexual, acoso sexual) y contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en su figura de Lesiones derivadas de violencia familiar, feminicidio y las faltas contra la persona.

Por tanto, el problema se ha centrado en abordar la carencia de criterios para aplicar un marco de interpretación de la disposición penal desde el enfoque de género. Ello genera cuestionamientos al momento de aplicar la norma acorde con la tendencia de nuestra Política Criminal de nuestro país.

Dogmáticamente es de apreciarse que no se cuenta con un marco de interpretación para el abordaje de los casos de violencia contra las mujeres a la luz de la teoría del delito y su elemento tipicidad subjetiva, para aquellos delitos como violencia sexual, lesiones derivadas de violencia familiar, feminicidio y acoso sexual. No obstante, una indebida aplicación como herramienta de análisis puede generar peligro de sobre

---

2018 en el diario oficial El Peruano, que modificó el artículo 36 del Código Penal relacionada con la inhabilitación para el ejercicio de la docencia entre otros casos cuando se comete delito de feminicidio; la Ley n.º 30875, publicada en el diario oficial El Peruano del 29 de noviembre de 2018, referida a la modificación del artículo 46-A del Código Penal. Finalmente, la Ley N°30838 que modifica el Código Penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad sexual, publicada en el diario Oficial El Peruano el 4 de agosto de 2018.

criminalización de conductas que no necesariamente llevan la impronta de discriminación hacia la mujer como elemento diferenciador, y por ende deben ser analizados desde otra óptica. Por tal razón en esta investigación se ha buscado proponer aquellos criterios jurídicos para justificar la aplicación del enfoque de género en el análisis de la tipicidad subjetiva.

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cuáles son los criterios jurídicos para justificar la aplicación del enfoque de género en el análisis de la tipicidad subjetiva de los delitos cualificados por la víctima mujer?

## **1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

La presente investigación se justifica fundamentalmente porque ha cuestionado la piedra angular del derecho penal: la teoría del delito a partir del análisis de la tipicidad, centrándonos en la tipicidad subjetiva, mirada desde el enfoque de género.

Este enfoque que ha sido recogido por tribunales supranacionales a partir de los instrumentos normativos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Belém Do Pará y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), requiere de un análisis desde la teoría del delito.

Ahora bien, en la investigación hemos centrado nuestro estudio en la intervención del derecho penal, buscando proponer criterios jurídicos que permitan introducir la perspectiva o enfoque de género en el análisis del derecho penal ya que permiten tener como resultado un impacto diferenciado en las normas jurídicas que redundan en la percepción de justicia a partir de los casos resueltos.

Entonces, su trascendencia radica en su vínculo con derechos – principios como son la dignidad de la persona y su derecho a una vida libre de violencia familiar, sexual y de la eliminación del feminicidio, pero también a que se respeten garantías y derechos fundamentales de quienes se ven en el lado agresor enfrentando procedimientos o procesos penales. De modo que el uso adecuado del enfoque de género, razonable, sustentado, coherente con los hechos y verificable con las pruebas, evite impunidad o sobre criminalización de conductas. Esto redundan en el anhelo mayor que es la justicia.

El desarrollo de esta investigación, tiene una trascendencia práctica, además, ha buscado dotar de una herramienta a jueces y fiscales a fin de contar con pautas orientadoras desde el enfoque de género para la solución de un caso donde las agraviadas son mujeres. En este aspecto, propondremos un acuerdo plenario en el que se aprecien los criterios jurídicos. Máxime, si el derecho debe adecuarse a la realidad, y ésta, evidencia la necesidad de mirar la problemática de las mujeres desde una postura diferenciada con relación a los hombres, pero sin perder la objetividad en la resolución de casos. Lo cual significa analizar la conducta considerando el binomio del delito (víctima-

agresor). En buena cuenta, implica cuestionar positivamente el derecho penal y su respuesta simbólica frente a la problemática de las mujeres y el estatus de víctima frente a la comisión de un delito.

## **1.4. OBJETIVOS**

### **1.4.1. General**

Proponer criterios jurídicos que permitan la integración de la perspectiva de género en el análisis de la tipicidad subjetiva para abordar los delitos vinculados a una víctima mujer.

### **1.4.2. Específicos**

- A. Analizar la relevancia de la integración del enfoque de género como categoría de análisis en la teoría del delito para abordar desde la tipicidad subjetiva delitos vinculados a una víctima mujer.
- B. Determinar cuál es el alcance dogmático de la perspectiva de género y sus implicancias para el Derecho Penal peruano.
- C. Describir los alcances de la estructura del delito y su componente en la tipicidad subjetiva para el abordaje de delitos vinculados a una “víctima mujer”.

- D. Explicar los alcances dogmático penales de los delitos que a partir de la Ley N° 30364, han modificado el Código Penal, tales como delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en su figura de Femicidio, Lesiones derivadas de violencia familiar; delitos contra la Libertad Sexual, en su figura de Violencia Sexual y Acoso Sexual, así como el libro de faltas, en su figura de faltas contra la persona.
- E. Plantear los criterios jurídicos que permitan sustentar la viabilidad del enfoque de género en el análisis de la tipicidad subjetiva de los delitos vinculados a una víctima mujer, a través de una propuesta de acuerdo plenario.

## **1.5. DELIMITACIÓN**

### **1.5.1. Espacial**

Este tipo de investigación, que es básica teórica y que aplicará técnicas y métodos de análisis teórico – dogmático, no cuenta con ámbito espacial. Su ámbito de estudio es la teoría del derecho penal desde una mirada holística hacia la utilidad del enfoque de género.

### **1.5.2. Temporal**

Por ser una investigación básica, aplicará técnicas y métodos de análisis teórico – dogmático, no cuenta con ámbito temporal, toda vez que se han analizado cuestiones dogmáticas sobre el enfoque de género, el derecho penal y la propuesta de criterios jurídicos.

## **1.6. TIPO Y NIVEL DE TESIS**

### **1.6.1. De acuerdo al fin que persigue**

La presente investigación es por su fin, de tipo básica, pues hemos propuesto incrementar el conocimiento del derecho penal y su intervención desde un enfoque analítico y antidiscriminatorio desde el enfoque de género. Es más, es básica también porque analizamos uno de los componentes fundamentales de la teoría del delito: la tipicidad, mirada desde un enfoque distinto al que tradicionalmente se ha realizado del Derecho. Buscando integrar la utilidad del enfoque de género como categoría de análisis que permite resolver casos de violencia hacia la mujer evitando de un lado la sobrecriminalización de conductas y del otro, impunidad frente a casos que merecen ser analizados en este orden.

### **1.6.2. De acuerdo al diseño de la investigación**

La investigación que hemos realizado por su diseño es experimental; se inicia con la exploración de la realidad (fase o nivel exploratorio) debido a que de acuerdo a las evidencias hemos podido advertir que en la práctica (resolución de casos) la teoría del delito, en cuanto a la tipicidad, viene mostrando resistencia a la introducción de la perspectiva de género como herramienta de análisis para resolver casos donde predominantemente las víctimas son mujeres (violencia sexual, violencia familiar y feminicidio).

No obstante, el uso de esta herramienta de análisis también tiene ciertas aristas que deben ser superadas a través de determinados criterios jurídicos a fin de contribuir objetivamente a la resolución de dichos casos sin afectar derechos y garantías también del lado del presunto agresor.

Ahora bien, esta problemática (nivel descriptivo) implica que a partir de esta resistencia a la perspectiva de género se observa la sobre criminalización de comportamientos y/o impunidad respecto a casos que deben ser analizados desde este enfoque. De modo tal que se describirá esta realidad a la luz de la evidencia normativa y doctrinaria; las posturas teóricas con relación a la teoría del delito y la perspectiva de género. Ambos conceptos (uno de derecho penal y el otro de la sociología jurídica) deben integrarse o al menos encontrar un punto de encuentro para lograr solucionar un problema latente que nuestro país ha generado cambios normativos, cual es la violencia hacia la mujer.

Esta investigación también alcanza el nivel explicativo causal, debido a que esta resistencia dogmática – jurídica por parte del Derecho Penal a introducir el enfoque de género en su análisis de la tipicidad dentro de la teoría del delito, genera diferentes impactos en la resolución de casos de violencia sexual, delitos derivados de violencia familiar y feminicidios; así como en los cuestionamientos a su uso del lado de la contraparte (el agresor).

Por ejemplo, se generan confrontaciones a nivel de la teoría del delito y principios fundamentales del Derecho Penal, como el de legalidad (tipos penales imprecisos) proporcionalidad, taxatividad en la ley penal, fragmentariedad y *última ratio*. Así también, es posible que, de no contar con criterios jurídicos coherentes, verificables con prueba, terminen afectando principios y garantías básicas del derecho procesal penal, como la objetividad, el derecho de defensa técnica, la presunción de inocencia, entre otros.

De otro lado, también en la práctica, se siguen manejando criterios que, pese a que se orientan a resolver un caso, olvidan analizar que aunque el derecho es neutral en la resolución de sus conductas, existen conflictos de afectación a bienes jurídicos que deben tener un análisis diferenciado, atendiendo al contexto social de la víctima, su relación con el agresor y su rol socialmente otorgado. En buena cuenta, hay un resultado que se ha analizado y se relaciona con la discusión del derecho penal y su recurrencia simbólica a través de su poder punitivo en la problemática de violencia contra las mujeres y sus manifestaciones.

Finalmente, el trabajo de investigación que hemos ejecutado, tiene un nivel propositivo, pues luego de haber descrito la realidad jurídica y los cambios normativos que ha sufrido el derecho por la incorporación del enfoque de género, propone criterios que permiten integrar el enfoque de género dentro del análisis de la tipicidad en la teoría del delito, al

momento de resolver casos donde las mujeres son afectadas (violencia sexual, violencia familiar y feminicidio).

### **1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan**

La presente investigación es de tipo cualitativo, pues la formulación y su solución se sustentan en la argumentación e interpretación jurídica. Cabe señalar que analizaremos a nivel teórico instituciones del derecho penal, partiendo por la teoría del delito, pasando por sus elementos, dándole mayor énfasis a la tipicidad. Nuestro análisis se ha centrado también en el estudio del enfoque de género y su consideración como herramienta de análisis para el derecho y en particular para el derecho penal, sobre todo al analizar los delitos que afectan directamente a las mujeres.

## **1.7. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS**

En la presente investigación, la formulación de hipótesis establece que los criterios jurídicos para justificar la utilidad del enfoque de género en el análisis de la tipicidad subjetiva de los delitos cualificados por la víctima mujer son:

- A. Dignidad humana como derecho y principio constitucional
- B. Equidad y no discriminación como fundamento de un derecho antidiscriminatorio.
- C. Metodología y/o procedimiento que evidencia un reconocimiento de la víctima, su contexto, antecedentes y hechos debidamente acreditados.

- D. Precisión a principios básicos del derecho penal (Principio de legalidad penal, taxatividad de la ley penal y ley cierta) y derecho procesal penal (debido proceso, presunción de inocencia, objetividad)
- E. Recurrencia al derecho penal ante hechos de reproche social intolerable por su impacto en la convivencia pacífica.

## **1.8. MÉTODOS**

### **1.8.1. Generales**

#### **A. Hipotético deductivo**

Método aristotélico que nos ha permitido analizar la Teoría del Delito y su componente de tipicidad subjetiva, desde el enfoque de género en aquellos delitos que han modificado nuestro sistema penal peruano. Ello, nos condujo a obtener una conclusión dogmática con relación a los criterios parámetros o contenidos necesarios para la integración de la perspectiva de género en el derecho penal.

#### **B. Análisis – síntesis**

Este método nos permitió exponer cada uno de los criterios jurídicos a la luz del enfoque de género, a fin de determinar su utilidad en la Teoría del Delito y precisar su importancia a nivel de la tipicidad subjetiva. De ese modo, presentamos argumentos para evitar la sobre criminalización de conductas o generar la interdicción de la

arbitrariedad por impunidad, al momento de abordar aquellos delitos cualificados por la víctima mujer.

En cuanto a la síntesis, ha resultado de mucha utilidad al momento de la verificación de la hipótesis planteada, a fin de resumir el estudio dogmático de cada una de las categorías materia de investigación.

### **1.8.2. Específicos**

#### **A. Dogmático**

Hemos recurrido a este método para analizar los alcances de la dogmática penal con relación a la Teoría del Delito, puntualmente con respecto a la tipicidad como un elemento a cuestionar desde el enfoque de género. De allí que también la dogmática como método nos permitió estudiar y profundizar en el estudio del derecho penal desde el enfoque de género, puntualmente desde los tipos penales que forman parte del catálogo penal y cuyo sujeto pasivo es preeminentemente una persona de sexo femenino o una mujer contextualizada en su rol.

#### **B. Hermenéutico**

Este método nos permitió interpretar y estudiar a los tipos penales relacionados con los delitos de violencia sexual (violación sexual,

acoso sexual) lesiones derivadas de violencia familiar y feminicidio, así como el libro de faltas en su figura de faltas contra la persona. También permitió explicar los argumentos lógicos, semánticos y ontológicos-valorativos que se han tenido en cuenta en la construcción de la Teoría del Delito y ahora su cuestionamiento a través del enfoque de género en su elemento de tipicidad. También permitió proponer el marco teórico que se debe tener en cuenta para legitimar la intervención del derecho penal a la luz de la perspectiva de género evitando un derecho penal simbólico.

### **C. Argumentación**

Este método es importante en la presente investigación, pues la investigación es teórica-básica, y la argumentación constituye la base sobre la cual se han construido los criterios jurídicos propuestos para sustentar la utilidad del enfoque de género a la hora de analizar la tipicidad subjetiva de los delitos donde la víctima es mujer. Este método complementa fuertemente a los métodos anteriores a través de la explicación sustentada de los argumentos iusfilosóficos necesarios desde el enfoque de género para integrarla como categoría de análisis a nivel de la tipicidad en la Teoría del Delito.

## **1.9. TÉCNICA**

### **1.9.1. Análisis Documental**

Esta técnica ha sido utilizada para obtener información respecto a la teoría del delito, el estudio de sus elementos, centrándonos en la tipicidad. Esta técnica también ha servido para la recolección de información con respecto al enfoque de género, y su análisis vinculado con los delitos de violencia sexual, violencia familiar y feminicidio. Luego de lo cual, a través del instrumento del fichaje de acopio de datos se procederá a seleccionar y analizar la información obtenida, con el propósito de sintetizar lo pertinente en función a los objetivos planteados.

## **1.10. INSTRUMENTO**

### **1.10.1. Ficha de análisis documental**

La ficha de análisis documental se ha utilizado para la aplicación de la técnica de análisis documental, ordenando y sistematizando la información acopiada.

## **1.11. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA**

Teniendo en cuenta el tipo de investigación, los métodos y las técnicas a utilizarse, puede señalarse que la investigación no cuenta con unidad de análisis, población o muestra.

## 1.12. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Durante la investigación realizada se han indagado en los repositorios de diversas universidades nacionales y extranjeras si existen antecedentes de una investigación similar a la que pretendo realizar. Tales como el repositorio de tesis de la Universidad Nacional de Cajamarca, de la Universidad Católica del Perú<sup>13</sup>, como principales referencias en nuestro país. Además, se ha hecho la búsqueda en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria, cuyo resultado, en relación a la investigación realizada no arrojó ningún resultado similar al problema de investigación.

---

<sup>13</sup> Al respecto se ha indagado en <http://biblioteca.pucp.edu.pe/recursos-electronicos/repositorios-pucp/>

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO

El problema de estudio, se ha orientado a determinar cuáles son los fundamentos jurídicos- filosóficos que justifican el por qué debe integrarse o utilizarse el enfoque de género como categoría de análisis en la teoría del delito para abordar desde la tipicidad subjetiva delitos vinculados a una víctima mujer.

Para ello, partimos por establecer que según la fuente del derecho constitucional como categoría normativa de estudio, la norma directriz que constituye la base de nuestra investigación se encuentra contemplada en el artículo 44° de la Constitución Política que establece: “Son deberes primordiales del Estado: (...) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.<sup>14</sup>

Esta directriz explica el por qué su concreción se ve plasmada en parte de las diferentes normas que han entrado en vigencia (Ley 30364, D. Leg. 1323, entre otras) introduciendo una herramienta de análisis denominada “enfoque

---

<sup>14</sup>Esta directriz también debe analizarse en concordancia con el artículo 1° que contempla la norma-principio referida a que: «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado», así como los derechos que se desprenden y que se encuentran en el artículo 2° y 3° como *numerus apertus*.

de género” para tutelar a las mujeres de actos de violencia. Este enfoque viene siendo cuestionado de un lado, porque se afirma que no es “parte del derecho” (se dice que es una ideología) dejando sin posibilidad de análisis a sus componentes valorativos (no discriminación, equidad, derecho a una vida libre de violencia) los que en palabras de Robert Alexy al estar vinculados con los asuntos relativos a la justicia, tienen componentes morales (2008, p. 79), ya que tienen características de principios y en buena cuenta tienden a proteger derechos fundamentales los mismos que forman parte del contenido sustancial, y en buena cuenta son moral (Jiménez Cano 2008, p. 97). Una postura finalmente positivista que impide mirar la problemática de la violencia contra la mujer desde un enfoque amplio y no neutral, o en palabras de Barrére Unzueta “un modelo de jurista que no le competen cuestiones ideológicas, de justicia o de análisis de la realidad social” (2014, p.15)

De otro lado, se cuestiona también, por qué bajo este enfoque se viene deconstruyendo las bases del derecho penal liberal cuya intervención es de *última ratio*, y no *prima ratio* como viene estableciéndose por el legislador. Pese a ello, consideramos que para defender estas reformas legislativas es importante analizar la conexión de la moral para describir los derechos que se encuentran afectados, más aún si no hay reglas puras, y tampoco hay principios puros (García Figueroa 2014, p. 203).

No obstante, este debate, sostenemos que nuestra investigación se ha ubicado dentro del enfoque Constitucional, sobre el cual se promueve un Estado constitucional democrático sentado sobre pilares de libertades, las

mismas que al ser tuteladas van consolidando garantías fundamentales individuales o colectivas (Bechara Llanos s/a, p. 64). Precisamente, esta es la base sobre la cual se erige la nueva Política Criminal que se viene adoptando en nuestro país, y merece ser analizada desde su validez. Esto es no solo por su existencia vinculada al procedimiento en la dación de las disposiciones normativas (leyes, reglamentos, decretos legislativos, protocolos), sino a su contenido de las mismas. En tal sentido vale aproximarnos a un análisis en los siguientes términos:

El Estado debe garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. La herramienta para hacerlo precisamente son las políticas estatales que adopten. Para el caso de la violencia contra las mujeres (al igual que para el análisis de los derechos humanos que se vinculan a ellos) implican recurrir a instrumentos que permitan concretar este objetivo en aras de conseguir el fin primordial que es el respeto a la persona y su dignidad. En este punto, el enfoque de género merece especial análisis del derecho, y en particular desde el derecho penal porque parte por reconocer “la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construidas sobre la base de las diferencias de género que se constituyen en una de las causas principales de la violencia hacia las mujeres. este enfoque debe orientar el diseño de las estrategias de intervención orientadas al logro de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres” (artículo 3° de la Ley 30364).

Este enfoque y el derecho penal existente por la deficiente Política Criminal peruana, enfrentan un conflicto en sus argumentos (razones). De un lado, el enfoque de género recogido también por el Derecho Convencional, obliga a

que la Política Criminal de nuestro país establezca disposiciones normativas para sancionar toda forma de violencia contra la mujer.

En contraposición a ello, el Derecho Penal se sustenta en el principio de *última ratio*, y exige que los otros medios de control social formales (escuela, familia, sociedad) realicen su labor respecto a fortalecer la formación positiva de sus miembros. Por ello, el Derecho penal a través de su teoría del delito, debería intervenir para sancionar solo conductas seriamente reprochables y lesivas a bienes jurídico-penales. Este escenario, nos impone la necesidad de analizar aquellos principios implícitos en las premisas normativas y constitucionales que se han emitido y hasta las decisiones jurisprudenciales, pues serían la visión que se identifica con la utilización que de ellos hacen los jueces y tribunales (Ruiz 2002, p. 149), tanto aún si al decir de Gascón Abellán, la evidencia de la riqueza de la experiencia social es muy superior a la imaginación del legislador y que en buena cuenta los vacíos deben cubrirse con el desarrollo axiológico de la ley (2014, pp. 236-237).

Es más, al derecho le corresponde de acuerdo a lo afirmado por Barrére Unzueta (2014, p. 17), proteger esa parte del equilibrio social que son los derechos a la autonomía, libertad y dignidad individuales. El equilibrio, por así decir, ya está instaurado, y el Derecho es un instrumento de protección del mismo (2014, p. 17). No obstante, ello, autores como Ferrajoli alude a una intervención mínima del Derecho penal, y justifica su intervención solo cuando los otros medios de control social formal, han fracasado.

Proteger a la población de las amenazas contra su seguridad. El valor de garantizar protección a las personas que integran el Estado peruano, debe realizarse respetando no sólo valores, sino estableciendo prioridades entre ellos, tal como lo sostiene Ródenas (2012, p. 429); es decir, prioridades en relación a un sector o un subsector del ordenamiento jurídico, determinando justificaciones subyacentes a las reglas del mandato (Ley 30364, Decreto Legislativo 1323, entre otros). De ese modo, proteger de cualquier forma de violencia hacia las mujeres, tampoco puede dar lugar a la desprotección o a establecer *a priori* una tendencia a sobrecriminalizar conductas a través de lenguaje indeterminado o impreciso en las normas; pues ello iría en desmedro de por ejemplo quienes terminen siendo juzgados por estos actos de violencia, principalmente los varones.

Es por esta razón que hemos considerado, la necesidad de que el enfoque de género sea integrado a la teoría del delito y en particular al momento de analizar la tipicidad subjetiva como componente pues la indeterminación de tipos penales o su imprecisión gramatical en aras de proteger a la víctima, traerá problemas o conflictos con principios como el de legalidad, taxatividad de la ley penal e incluso dará lugar a la arbitrariedad o sobrecriminalización de conductas violentas enmarcadas en este contexto. Por ello algunas autoras como Villanueva Flores sostienen que la protección de este grupo vulnerable no puede significar una huida simplista al derecho penal y convertirlo en simbólico, como sucede en la actualidad (2011, pp. 153-154). Empero, conforme a la corriente de la Jurisprudencia de intereses, el derecho y su interpretación debe encaminarse a satisfacer los intereses y las necesidades de la vida social (Gascón Abellán 2014, p. 237).

Promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. Al respecto, considero que el problema de investigación ha venido a aportar elementos importantes para promover un papel más activo en el sistema judicial que el Estado Constitucional de Derecho exige, en aras de conseguir la justicia para quien se involucra como víctima o como victimario del sistema judicial.

Esto implicará desarrollar y brindar argumentos con relación a los posibles conflictos que se presentan entre determinadas reglas concretadas en leyes que sancionan los diferentes tipos de violencia que pueden sufrir las mujeres, y principios que sustenta el Derecho Penal a través de su teoría del delito, y en particular en la tipicidad y su componente la tipicidad subjetiva; ya que las normas pueden resultar coherentes en el nivel abstracto o de la fundamentación, pero pueden conducir a eventuales conflictos en el nivel concreto de la aplicación (Prieto Sanchís, citado por Martínez Zorrilla, s/f. p. 136).

Ante lo cual no se puede dejar de lado los principios-derechos que se reconocen desde la perspectiva de género–igualdad, equidad, no discriminación, derecho a una vida sin violencia, dignidad de la persona- los mismos que forman parte del Derecho, por los diversos principios que lo sostienen y que en buena cuenta deberán ser considerados al momento del razonamiento judicial (Dworkin, citado por Ruiz, s/f, 152) precisamente porque es una exigencia de la justicia, la equidad y de otros elementos de moralidad.

En esta línea la propuesta tiende a resaltar las llamadas razones perentorias contenidas en las disposiciones normativas que han sido materia de estudio, y que deben estar fortalecidas a través de argumentos que los operadores jurídicos deben imponer desde su autoridad. Pues, aún no se concibe la posibilidad de que el enfoque de género ingrese como categoría de análisis al momento de valorar la tipicidad subjetiva de una conducta punible en perjuicio de las mujeres.

### **2.1.1 El positivismo incluyente**

En esta línea, es el positivismo incluyente la postura filosófica en la que hemos ubicado la investigación. Esta corriente sustenta que entre el derecho y la moral no necesariamente existe separación y más bien, su importancia radica en las variantes que se presentan (Hart 2009, p. 194). Ahora bien, la directriz constitucional que se abordó, permite concretar una de las tesis que hoy viene siendo cuestionada desde el pospositivismo (Albert Calsamiglia, s/f, 209) referida a las funciones sociales del derecho; dentro de las que se encuentran: i) la de integración y de control, y II) la función promocional de la justicia y del bienestar de los ciudadanos.

Estas dos funciones, se materializan a través de la Política Criminal que hoy viene adoptando nuestro Estado orientado a proteger una problemática de violencia dirigida hacia un sector de la población -mujeres-; mediante normas especiales que si bien encuentran un respaldo a nivel del Derecho Convencional (Convención para la Eliminación de todas las formas de

discriminación contra la mujer –CEDAW- y Convención Belém do Pará referida a la lucha contra la violencia hacia la mujer), son cuestionadas en tanto han modificado parámetros y teorías que sustentan el poder punitivo del Estado (derecho penal) y principios que hasta ahora se mantenían estáticos como los que integran la teoría del delito (vrg. legalidad, última ratio, fragmentariedad y subsidiaridad). De modo tal que se viene enfrentando un cambio en el paradigma punitivo, que justificaba la intervención del derecho penal, solo si los demás medios de control social han fracasado; lo que Hart, citado por Calsamiglia, denomina los límites del derecho (s/f, p. 209).

También hemos realizado esta investigación dentro del positivismo incluyente o denominado también neoconstitucionalismo por Mauro Barberis (2015, pp. 41 y ss), pues conceptos morales se implican evidentemente (Sánchez, p.148), en la razón subyacente de esta directriz constitucional, que busca garantizar la plena vigencia de los derechos humanos de la población cuyos bienes jurídicos pretende proteger. Esto es así, pues tienden a promover condiciones valorativas benignas para promover el bienestar general de los habitantes y en particular de este sector al cual se orienta la protección. Dentro de dichas razones se encuentran la protección a la integridad física, psicológica de un colectivo –mujeres- que, de acuerdo a las estadísticas, enfrenta de manera diferenciada situaciones de violencia que no la padecen los varones en la misma magnitud. Pero además porque sobre la base de principios genéricos y universales como la equidad, igualdad y no discriminación, se promueven acciones positivas (de alto contenido axiológico)

vinculados a los principios constitucionales. De allí que entre el derecho y la moral existan conexiones bastante importantes (Barberis 2015, p. 42).

Ahora bien, existe un conflicto entre esta directriz constitucional y la concepción legalista del derecho penal, particularmente con la tipicidad y la tipicidad subjetiva como elemento de la teoría del delito. El paradigma, en donde la Política Criminal, pro *societates* se ha orientado para proteger a la sociedad de conductas desviadas como es la manifestación de violencia en sus diferentes tipologías, (vrg. violencia física, sexual, psicológica); ha generado una sobre legalización en la protección de la víctima, por encima inclusive de otros parámetros constitucionales referidos a la consideración del derecho penal como última opción para cumplir con una labor preventiva en sus componentes positivos y negativos; en particular con la violencia hacia el colectivo de mujeres.

Atacar la violencia contra las mujeres, obedece a argumentos valorativos donde la moral se encuentra contenida, esto es que hay una necesaria conexión entre el derecho (su intervención) y la moral crítica (obtención de justicia); que en la actualidad ha descartado cualquier postura que sustente esta problemática sobre todo en un contexto de violencia intrafamiliar como algo privado donde el Estado no debería intervenir. De allí que, es el positivismo incluyente la postura filosófica que nos sostiene y que nos permitirá incluso, arribar a un concepto del derecho como marco orientador de nuestra investigación.

También nuestra cuestión problemática tiene sustento neoconstitucionalista o positivista incluyente, pues abordar la problemática de violencia contra la mujer implica además de tener en cuenta las reglas (el derecho penal interviene como última opción en el control social – derecho positivo aplicado a través de la teoría del delito como método-, y los principios jurídicos que integran el sistema normativo, pues son éstos los que dotan de sentido a las reglas y permiten verlas como instrumentos para la protección y promoción de ciertos valores jurídicos como resultado de ponderación (Aguilo Regla 2007, pp.669-670).

Para resolver este conflicto entre la directriz constitucional y la forma cómo se ha concretado a través de la regla (derecho penal), se ha recurrido sobre todo a la argumentación de razones justificativas y a la ponderación de los principios relevantes que son razones subyacentes a la introducción del enfoque de género en su análisis a partir de valores-principios como dignidad de la persona, equidad, no discriminación e igualdad, los mismos que a su vez, también encuentran soporte constitucional en el artículo 1, 2 y 3 de la Constitución Política del Estado. Es más, hemos analizado también la derrotabilidad de las reglas – en el caso particular los principios del derecho penal sus excepciones frente a determinados casos<sup>15</sup> versus la prevalencia de los derechos-principios que intentan proteger mediante la ponderación y el test de proporcionalidad.

---

<sup>15</sup>Las leyes actuales que sustentan la protección a la mujer a nivel punitivo, como reglas que son pueden ser derrotables, pues no todos los casos de violencia los pueden contemplar, de allí que admiten excepciones. Para ello, pretendo indagar sobre la tesis de Brozek, citado por Carsten Backer (s/f, 35), que sostiene que la derrotabilidad deóntica como concepto amplio presenta la derrotabilidad fáctica, la derrotabilidad de conceptos y derrotabilidad de argumentos.

Esto ha implicado una reconstrucción jurídica desde la perspectiva de género para evitar, de un lado, la sobrecriminalización de casos; y, de otro lado la arbitrariedad en la resolución de los mismos. Por ello, ubicados en el positivismo incluyente hemos desarrollado los propósitos protectores y/o promocionales de esta legislación que también parten de una postura constitucional que se orienta prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres a través del derecho y en particular del derecho penal.

Es más, nos ubicamos dentro del positivismo incluyente porque existe una validez formal de las normas que se orientan a proteger a las mujeres de cualquier forma de violencia, lo que implica que la Política Criminal de nuestro país haya trastocado determinados principios del derecho penal y en particular los límites que se sostenían entre lo que son las conductas menos lesivas – faltas- de las que merecen un mayor reproche por su grado de lesividad – delitos-; lo que en el plano material implica según las razones que la justifican, hacer que “todos los actos de violencia contra las mujeres” sean tomados como un hecho sancionable penalmente.

No obstante, somos conscientes que en el futuro se presentarán casos difíciles que deberán ser resueltos y que exigen lo que se denomina deliberación práctica, ponderar el Derecho para el caso, con responsabilidad (Aguiló Regla 2007, 673) ya que exigen compromisos valorativos (Calsamiglia s/f. p. 212), pues el derecho no sólo se compone de reglas de autonomía semántica, sino también de valores (Ródenas, 2012, p. 429).

Precisamente el camino de optimización que se adopte dependerán de las creencias de quienes usamos el derecho (usuarios, magistrados, abogados), pues el derecho penal que hoy se viene ejecutando, enfrenta una práctica social que lo reexamina; por ello también lo investigado concluye en la propuesta de desarrollar argumentos jurídicos filosóficos que permitan sustentar la integración del enfoque género a nivel de la tipicidad en la teoría del delito, y de ese modo desarrollar habilidades objetivas para la resolución de casos vinculados a la violencia hacia las mujeres; máxime si el proceso de enfrentar la violencia contra las mujeres viene siendo un proceso legislativo inestable; es decir, de existencia efímera y cambiante.

En síntesis, las políticas públicas, vienen enfrentando un proceso de constitucionalización en sus mecanismos en favor de la prevención, sanción y erradicación de las violencias contra la mujer; y el control judicial ha tenido que desarrollar argumentos pro persona, para amparar o rechazar la tutela requerida, ante la dificultad de modificar la situación o contexto jurídico en el que le corresponde al sistema jurídico abordar esta problemática. O dicho en palabras de Jiménez Cano (2008, p. 92): “la constitucionalización de un derecho y su consecuente control judicial, supone un cierto atrincheramiento del derecho constitucionalizado que hace cuanto menos muy difícil la modificación de su situación jurídica”.

## **2.2. LA INTEGRACIÓN DEL ENFOQUE DE GÉNERO COMO CATEGORÍA DE ANÁLISIS EN LA TEORÍA DEL DELITO**

### **2.2.1. El enfoque de género**

En la presente investigación, consideramos necesario puntualizar que utilizamos el concepto de género como una categoría donde en buena cuenta tanto la perspectiva, el enfoque de género o la perspectiva de igualdad de género (en términos del Tribunal Constitucional peruano), evidencia la desigualdad en relaciones en las que se encuentran las mujeres respecto de los hombres, donde las primeras se hallan en un especial y desventajoso estado de vulnerabilidad.

La Convención *Belem do Pará*, incorporó por primera vez en su texto, la “expresión género”, convirtiéndose en el primer tratado internacional en el marco del derecho convencional en utilizar este término, muy recurrido en su uso por las ciencias sociales. Por ello, Toledo Vásquez (2008) señala que este término alude construcciones sociales que subyacen al entendimiento de la feminidad y la masculinidad en un contexto dado. El género como concepto posee dos aspectos inseparables, uno como significado simbólico y como conjunto de relaciones sociales materiales. Se verifican en diferentes escenarios (lo público y lo privado).

Patricia Ruiz (1998)<sup>16</sup>, McDowell (2009), Villanueva Flores (2009) Susana Mosquera (2017) coinciden al señalar que la categoría género, como enfoque contribuye a explicar esta desigualdad existente entre hombres y mujeres, y lo que este desequilibrio presenta en sus vidas, así como también en la organización social; pues a partir de los roles que se les asigna por sus diferencias biológicas, se pueden advertir situaciones que perjudican a uno de los sexos, pero con mayor incidencia a las mujeres. Estas diferencias entre hombres y mujeres por la diferencia biológica trascienden también en el plano de las relaciones jurídicas y por tanto en el derecho en general. Dentro de las tres características que Frances Olsen (2009, p.138) presenta de los dualismos, donde la tercera identifica al derecho con el lado masculino.

Bergalli & Bodelón (1992) postulan que el género, es aquel resultado del proceso de construcción social, mediante el cual se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a los varones y las mujeres. Es decir, se compone de disposiciones sociales, como prácticas, símbolos, normas y valoraciones sociales, por el cual una sociedad impone características en función a la sexualidad biológica, y demanda resultados basados en los roles asignados.

---

<sup>16</sup> Conviene precisar tomando lo desarrollado por Ruiz Bravo, que el enfoque de género, exige abordar tres dimensiones: i) el concepto de género, ii) las relaciones de género y iii) el sistema de género. Así, Ruiz Bravo, citando a Martha Lamas, señala que: "mientras que sexo alude a los aspectos físicos biológicos y anatómicos que distinguen lo que es un macho y una hembra, el concepto de género nos remite a las características que social y culturalmente se adscriben a hombres y mujeres a partir de las diferencias biológicas constituyendo así lo que se conoce como género masculino y género femenino.

Entonces, este término nacido en el campo de las ciencias sociales ha sido introducido en el derecho (de manera particular en los derechos humanos<sup>17</sup>) y no con pacífica aceptación; por ello y con razón, Susana Mosquera (2017, pp. 363-143), señala que en la actualidad todavía genera polémica el uso del término “género” y los “enfoques de género”, resulta importante dilucidar su posible uso en el campo del derecho. Y en este sentido, citando el concepto usado por la Organización de las Naciones Unidas, indica: “(...) Así pues, el género produce estratos sociales y, en ese sentido, se asemeja a otras fuentes de estratos como la raza, la clase, la etnicidad, la sexualidad y la edad. Nos ayuda a comprender la estructura social de la identidad de las personas según su género y la estructura desigual del poder vinculada a la relación entre los sexos”.

En este sentido, es evidente que su ingreso en el derecho ha generado cambios que precisamente han sido materia de investigación en el presente trabajo, y que nos advierte con meridiana claridad, que estos cambios continuarán modificando la forma como el derecho ha venido siendo aplicado desde sus aspectos sustanciales, hasta los procesales. Sobre todo, cuando al momento de acopiar y analizar cuestiones probatorias. Lo que debe quedar claro conforme a McDowell, citando a Pollock (2009, p. 9) es que “el género no es al feminismo”. En esta línea, afirmamos, género tampoco es sinónimo de mujer.

---

<sup>17</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia emitida en el Caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú (25/11/2006), incluye de manera clara y precisa la perspectiva de género. En dicha sentencia de fondo, se evidencian los casos de violación a los derechos humanos que afectó a las mujeres de forma diferente y en mayor medida que a los hombres. Se alude a violaciones sexuales, afectación al derecho a la salud de las mujeres privadas de libertad.

La perspectiva de género, actualmente se ha convertido en una estrategia que ha ingresado en diversos espacios en búsqueda la igualdad material o, de hecho, tanto en políticas públicas de sectores claves que pone a prueba la mirada o enfoque que se ha venido arrastrando en perjuicio del tratamiento entre hombres y mujeres. Las políticas públicas se encuentran obligadas a incorporar esta mirada de manera transversal para determinar su incidencia en las relaciones entre hombres y mujeres; las cuales, al decir de Carmona Cuenca (2015, p. 28), “son debidas a las relaciones desiguales de poder establecidas entre los géneros desde hace miles de años y la situación subordinada de las mujeres en la mayor parte de las sociedades, dominadas por el patriarcado”. Convirtiéndose en lo que hoy se denomina “la transversalización de la perspectiva de género”, que también ha significado la inclusión dentro de la política criminal de la región y en especial en el derecho, en procura de lograr la igualdad de género.

En esta investigación acogemos el término, “enfoque de género”, por ser el que recoge la Ley n.º 30364, “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar”, donde se señala que, por él, se reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres construidas sobre la base de las diferencias de género, una de las principales causas principales de violencia contra las mujeres (artículo 3. Inc. 1).

No obstante, ello, se puede decir que tanto el enfoque de género como la perspectiva de género, aluden a asuntos de discriminación por razón de género, que comprenden actos de violencia contra las mujeres o un tratamiento distinto del derecho que termina afectando la forma o modo en que se abordan los conflictos que producto de las relaciones se pueden presentar. De modo tal que, por el enfoque de género, se puede advertir dentro de un análisis de los dualismos que el derecho siempre se ha ubicado del lado masculino por una jerarquización y sexualización de las relaciones interpersonales y dualismos que clasifican a los seres humanos.

### **2.2.1. La Constitución Política, política criminal y el derecho penal: la dignidad de las personas como fin supremo del Estado**

En nuestro país, la Constitución Política de 1993 no contempla de manera expresa los lineamientos de la Política Criminal peruana. No se definen los lineamientos constitucionales, propios de un Estado Constitucional, que se deben seguir para asegurar la protección de la persona cuando sus derechos (bienes jurídicos) son conculcados por los particulares o por el propio Estado.

Contamos de manera expresa con el artículo 44, que el título II, referidos al Estado y la Nación, prescribe en su primer párrafo:

“Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (...)”

De esta directriz se desprende la obligatoriedad del Estado social y democrático de derecho que poseemos, de garantizar seguridad a los integrantes, frente a cualquier evento que pueda generar amenaza a la paz y convivencia social; lo que implica la necesidad de desarrollar un programa político que basado en una estrategia coherente y garantista de los derechos fundamentales, promueva la criminalización de conductas y por ende la sanción punitiva que merezca a aquel que atente contra este objetivo estatal.

La justificación constitucional de esta necesidad la encontramos en este vínculo que necesariamente tiene el Derecho Constitucional con el Derecho Penal, pues garantiza en palabras de Tiedemann (2003, p. 15), que “la ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias”. Ello es fundamental porque concreta el principio penal de proporcionalidad y subsidiaridad del Derecho Penal; y es garantía de la existencia a los límites al poder punitivo del Estado, que va en consonancia con el artículo 1 de la Carta Fundamental que promueve la protección de la persona humana y su dignidad.

Garaycott Orellana (2012), señala que de la lectura de los artículos que contempla nuestra Constitución de manera dispersa, se puede colegir que en el ámbito jurídico-constitucional no hubo una norma, ni hay, que de modo expreso regule la Política Criminal; y más bien, afirma que la existente es difusa, pues también lo son las normas constitucionales que se orientan a regular y exponer una sanción punitiva para aquél que

conculca un bien jurídico protegido por el Derecho Penal. Existe entonces, una respuesta en función al momento histórico o mediático que se vive.

La doctrina penal, aborda con unanimidad poco cuestionada la naturaleza, definición y fines del derecho penal. En este sentido, no resulta extraño que el derecho penal sea entendido como aquella rama del derecho público, que trate las conductas conminadas con pena en cuanto a sus presupuestos y consecuencias (Roxin, 1997, p. 44); cuya misión tenga que ver con la protección de la convivencia en sociedad de las personas (Jescheck & Weigend, 2014, p.2).

Es de apreciar que teóricos como Zaffaroni (1980, p. 32), Villa Stein (2014), Villavicencio Terreros (2014), Roxin (1997), Jescheck & Weigend (2014), García-Pablos De Molina (2009), Pérez López (2021, p. 36), coinciden que la función del derecho penal tiene que ver con la protección o tutela de bienes jurídicos, a través de la regular la conducta humana externa también orientado a la protección de derechos fundamentales, a través de la imposición de una sanción, cumpliendo su rol de ser un medio de control social del Estado y de intervención subsidiaria; buscando la convivencia pacífica de la sociedad. mientras que el penalista mexicano Jiménez Cano (2008, p. 23), señala que en primer lugar el objeto del derecho penal es el comportamiento criminal y sus cualidades, como tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; para luego señalar que también se debe tener en cuenta a las teorías de la

protección de los bienes jurídicos, aseguramiento de la convivencia humana y motivación del Derecho Penal.

En este sentido, el derecho penal, como medio control social formalizado (Villa Stein 2014, p. 124), busca garantizar, entonces, que los ciudadanos hombres y mujeres logren concretar su proyecto de vida en condiciones de convivencia pacífica. La importancia, en general, de los medios de control social formales, como el derecho penal, radica en que son instrumentos mediante los cuales la sociedad ejerce control sobre los individuos (la escuela, la iglesia, la familia, etc.); sin embargo, en el caso del derecho penal este sirve para garantizar el proceso de criminalización de las conductas monopolizadas por el Derecho Penal.

Considerarlo como instrumento de control social orientado a la protección de bienes jurídicos de especial relevancia para la convivencia en sociedad. De allí que en el caso peruano, en su primera parte inicie su parte sustantiva<sup>18</sup>, protegiendo a la vida, y posiciona este bien jurídico como uno de los fundamentales que nuestro derecho protege (artículo 106 del Código Penal), y es que tal como lo señala Mesía Mori (2004 pp. 79), la dimensión vital de la persona comprende en primer orden a la vida como un principio lógico, ontológico y deontológico de todos los derechos fundamentales, ya que no tiene sentido hablar de derechos más allá de la existencia humana.

---

<sup>18</sup> Hans-Heinrich Jescheck y Tomas Weingend, señalan que es necesario resaltar que las normas jurídico-penales no protegen a los bienes jurídicos sencillamente en su existencia, sino únicamente frente a acciones humanas (2014 pp.11)

En este aspecto, abordar el concepto de dignidad es fundamental. No en vano la Constitución Política del Perú, contempla en su artículo 1, que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, lo cual implica que la dignidad como principio constituye un límite para el legislador penal, que a su vez, en su versión negativa, impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, sino más bien como sujetos de derechos y obligaciones (fundamento jurídico 34, sentencia recaída en el Expediente n.º 33 – 2007-PI/TC 25/09/2009)

La dignidad de la persona y su propuesta de protección nace en el Positivismo Jurídico, dentro del contexto de protección de los derechos humanos. De allí, que su vinculación se relacione también con la protección de aspectos como la libertad, la igualdad y no discriminación, que, en buena cuenta constituyen “valores básicos superiores”.

En cuanto a su denominación, la dignidad como tal es diversa. Se le suele llamar como “dignidad del hombre”, “dignidad humana”, “dignidad de la persona humana”, “dignidad del ser humano”. Cabe señalar que la definición etimológica proviene del latín *dignitas*, raíz *dignus*, que significa “excelencia”, “grandeza”, entendiéndose como un merecimiento a cierto tipo de trato.

El derecho, siempre ha sido cuestionado por la crítica feminista, precisamente porque en la práctica ha pretendido ser neutral y objetivo,

e incluso siempre se ha asumido que es racional, objetivo, abstracto y universal; donde a pesar de los esfuerzos porque desde la ley se desarrolle igualdad formal en la práctica exista la aplicación del derecho con vicios de discriminación. Autores como Frances Olsen (2009, p. 140), señala que se identifica el derecho con los lados jerárquicamente superiores y “masculinos” de los dualismos, afirmando categóricamente que el derecho es masculino y no femenino. Este autor señala que las características que se le han dado al derecho, tienen que ver con lo racional, objetivo, abstracto y universal; lo cual alude a los atributos de lo masculino. Lo contrario significaría atribuirle las características de lo femenino, desde la perspectiva de los hombres; siendo tan valorado por esas características de racional y objetivo.

Sin embargo, y desde el cambio legislativo que se ha producido a la fecha, constitucionalmente también, en segundo orden de protección y aparejado al bien jurídico vida, la protección que se brinda, se orienta a la integridad moral, psíquica y física. Estos bienes jurídicos son muy importantes pues constituyen el cimiento esencial para el libre desarrollo de la personalidad. Y es por ello que, conforme al programa constitucional se dirige a buscar en su dimensión, el logro de la realización plena del individuo como propósito último y primero de todo el sistema jurídico, político y social.

El artículo 1 de nuestra Constitución Política peruana, al igual que la Constitución Colombiana, establece en su artículo 1, que la persona y

el respeto de su dignidad, son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Esta directriz constituye la norma rectora de la ley penal de nuestro ordenamiento, pues en la actualidad el derecho penal democrático, debe someter el cuerpo normativo al análisis constitucional, en tanto y en cuanto, son los bienes jurídicos libertad y dignidad de la persona, los involucrados y afectados cuando el *ius puniendi* del Estado interviene para sancionar una conducta que quebranta la convivencia social, y hace que el acto antisocial se convierta en intolerable e irreprochable.

Es decir, que el derecho penal encuentra su límite en una norma superior a la ordinaria (Bricola 1973, p. xxi), lo que significa que es la Constitución Política la norma que en aspectos sustantivos y procesales se convierte en el instrumento de control de lo analizado por los jueces frente a un conflicto penal; y por ello, el análisis del delito, la concepción del hecho típico, del ilícito de la culpabilidad, la sistemática y la dogmática clásicas, están condicionadas, en parte, por el dictado constitucional. De allí que en la perspectiva de este autor – la cual compartimos- devienen en importantes aspectos relacionados con los fines de la pena, qué bienes jurídicos proteger, contra qué formas de agresión y niveles de lesividad, cuáles son fuentes legítimas, entre otras. Para este autor, tanto el parlamento como el juez deben adherirse a la normativa constitucional de los principios y las reglas que deben guiar al legislador y al intérprete. Al respecto, Klaus Tiedemann (2003, pp. 47- 49), precisa la importancia de que la norma penal en su parte

especial concuerde, entre otros aspectos, con las garantías vinculadas al individuo y como derecho subjetivo fundamental respecto a la certeza de lo que el legislador decida sancionar como delito.

Entonces, la importancia de las normas constitucionales en materia penal para la teoría del delito, radica en que la dación de una norma penal que debe seguir una estricta concordancia con el programa de la Constitución, que, para el caso de nuestro país, tiene que ver con la exigencia de estándares relacionados con la perspectiva del Estado de Derechos y Principios Procesales, que protejan los derechos humanos.

Por ello, cuando Enrique Bacigalupo (2005, p. 41) en su obra, *Derecho Penal y Estado de Derecho*, se refiere a la relevancia que tiene el ordenamiento constitucional, básicamente implica la recurrencia a la interpretación constitucional para también realizar la interpretación de la norma, acorde con los principios superiores fundamentales. De allí que, un Estado Constitucional requiere para su instauración de la presencia inexorable de garantías y derechos para los ciudadanos que podrían eventualmente verse dentro de un proceso penal (ya sea como víctima o como procesado) que los proteja con garantías que impidan el exceso del poder punitivo del Estado.

La Constitución Política comprende un programa penal que se erige, o debería hacerlo, sobre la base de garantías y derechos más allá de lo meramente establecido por la ley. Este programa penal debe estar

claramente expuesto pues el Derecho constitucional no solamente influye, sino que marca el sendero de criminalización de conductas que debe seguir el legislador en el marco de un Estado constitucional de derecho, que abarca tres aspectos importantes a tener en cuenta: la prevención, la sanción y la resocialización de aquél que es encontrado responsable penalmente.

Este entender y no con menos razón, Klaus Tiedemann (2003, p.15), señala que la relación entre Derecho constitucional y derecho penal, es un tema presente en todos los tratados de ambas disciplinas, desde los tiempos de la Ilustración. Para este autor “la Ley no debe establecer más penas que la estricta y manifiestamente necesarias”. Recurre entonces al principio de la razonabilidad, valora la dignidad de la persona y de algún modo apuesta por la resocialización de la persona condenada, puesto que una pena como la cadena perpetua -impuesta para el caso de los delitos sexuales- significa negar este fin de la pena y más bien, podría entenderse como *retribucionismo* duro y puro.

Sobre este punto, no solo concordamos, sino que resaltamos que recurrir a un derecho penal de naturaleza liberal, donde su construcción debe hacerse en función a un derecho penal justo y con garantías, es no solo evidente, sino que garantiza un real Estado de Derecho y respeto a la dignidad de la persona, tal como lo declara el artículo 1 de nuestra Constitución Política, al señalar que la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin Supremo de la sociedad y el Estado.

No sólo los derechos relativos a la justicia sino también aquellos relacionados con las garantías que la Constitución contempla. Así, por ejemplo, los derechos- principios contemplados en la Carta Magna.

Especialmente el derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece (artículo 2º, inciso1), al igual que el derecho a la igualdad ante la ley, y que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole (artículo 24º, inc. 2); son derechos que sirven de sustento para la protección de la vida, la salud y la integridad física. Lo propio ocurre, cuando la Norma Fundamental alude (artículo 2º, inc. 24) a que “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley. e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”; lo cual es el fundamento de garantías procesales que todo procesal penal debe contemplar.

En este sentido, La Constitución Política, no agota su presencia en el derecho penal, sino que, además, ejerce influencia en la política criminal. Esto es así, pues sobre la base de los principios y valores que ella contempla y que además declara protección (como la dignidad y el respeto a la vida de las personas). Al respecto, indica Klaus Tiedemann

(2003, p. 21), que la dogmática del sistema penal, es asunto de la doctrina y la jurisprudencia; lo cual implica que forma parte de un “derecho ordinario” y es monopolio de la “jurisdicción ordinaria”.

Este punto, concluimos afirmando que existe una gran responsabilidad porque el legislador tenga en cuenta los principios constitucionales para poder encaminar y determinar la política criminal de nuestro país, teniendo como punto de partida la dignidad de las personas, con equidad y sin discriminación. Las cuestiones fundamentales de la dogmática penal, están abiertas a la influencia directa del orden constitucional, pues se erigen en piedras angulares de un estado democrático de derecho, es decir, el derecho penal al involucrar bienes jurídicos como la libertad, la vida, la libertad, se ubica dentro de las fronteras de la Constitución y en vinculación con la Política Criminal.

## **2.2.2. Derechos fundamentales y sistema penal**

### **2.2.2.1. La Teoría del Garantismo Penal**

Además de la corriente filosófica del positivismo incluyente, la teoría del garantismo penal, es también un marco importante donde se desarrolla esta tesis, cuyo exponente Luigi Ferrajoli, explicará los postulados del modelo garantista del constitucionalismo y el derecho penal.

Actualmente, frente a la recurrencia del legislador como primera opción del Derecho Penal, Bernal Pulido (2005), en su libro “El derecho de los

derechos”, aborda desde el principio de proporcionalidad, la necesidad de hacer un control constitucional de los tipos penales y de las penas. Ello, en el propósito de determinar aquellos límites que posee el legislador en su potestad-facultad propositiva y creadora de tipos penales, por la especial relevancia que ello tiene frente a los derechos fundamentales.

En este entender, debe tenerse presente que el Derecho penal siempre está ligado a derechos fundamentales, pues en algunos casos son bienes jurídicos los que se encuentran comprometidos y en potencial restricción. De allí que "el derecho penal es uno de los sectores del ordenamiento entre el legislador y la Corte", es decir, entre el poder legislativo y el control constitucional.

Es por esta razón, que Luigi Ferrajoli desarrolla la Teoría del Garantismo Penal, y como su máximo exponente propugna la necesidad de recurrir de manera mínima al derecho penal. Es decir, que esta recurrencia sea siempre que se justifique la tutela a la víctima, pero también al autor. Si bien este autor se inclina por el positivismo jurídico y sustenta que el Derecho penal tiene una ineludible separación de la moral; sin embargo, su teoría es sumamente importante cuando se trata postular la restricción de libertades desde el derecho penal, solo si esta intervención no es abusiva o arbitraria.

En referencia a los fundamentos del derecho penal, Ferrajoli (1989, pp. 213-214), señala que existe una justificación externa y legitimación interna del derecho penal. Estos dos conceptos sustentan de “legitimidad” y de “legitimación” del derecho penal.

Las primeras tienen que ver con las razones externas, si la aplicación de algunos institutos del derecho penal es justo con arreglo a criterios morales, políticos, racionales, naturales, sobrenaturales. Mientras que el segundo con razones internas por las normas de derecho positivo.

En atención a ello, existe sustento para advertir que la tipificación de delitos que involucran un análisis del enfoque de género, tiene una base de legitimación externa, pues también recoge eventos criminológicos, de política y moral, donde cualitativa y cuantitativamente, la víctima es una mujer. Sin embargo, en cuanto a la legitimación interna, no corresponde a los principios-base del derecho penal, en tanto implican una permanente confrontación con el Derecho Penal.

Entonces, la Teoría del Garantismo Penal, se orienta a postular un tipo de derecho que garantice derechos subjetivos. Estos derechos se califican como “garantías”, las que no son solo teoría, sino que se debe poner en práctica, por la necesidad de que el derecho penal y lo que regula sea sometido al control judicial constitucional. Ferrajoli (2006, p. 12) indica que existe una exigencia derivada del proyecto o programa de un “derecho penal mínimo”, que no es sino, el sinónimo del garantismo penal, por el cual se busca que el modelo teórico y normativo del derecho penal sea capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva tanto en “la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial”; en aras de someterla a límites muy estrictos para tutelar los derechos de la persona. Finalmente, y sobre todo son derechos fundamentales.

Ahora bien, al referirnos a los derechos fundamentales, nuestra Constitución Política contiene numerosas garantías. Ellos no son solamente los derechos subjetivos, sino que se convierten en principios objetivos del orden constitucional. En su significado objetivo, los derechos fundamentales poseen directrices constitucionales y mandatos a los poderes públicos, son pues elementos que permiten estructurar al Estado de Derechos, los que resultan de abordaje necesario cuando se trata de resolver los casos procesados penalmente.

Así, en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, podemos encontrar principios y derechos de observancia obligatoria en la función jurisdiccional que deben ser también cumplidos en el ejercicio de la función policial y fiscal.

En tal sentido, cabe mencionar a los principios-derechos vinculados con:

9.- El Principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos. Al respecto en la Sentencia recaída en el Expediente n.º 2235-2004-PA/TC de fecha 22 de agosto de 2005 seguido contra Grimaldo Chong Vásquez, estableció la prohibición de la interpretación *analógica in malam partem*. Allí, el TC, señala que «Si bien las limitaciones a los derechos fundamentales sólo pueden establecerse respetando el principio de legalidad, la interpretación de una limitación legalmente impuesta, deberá, además, realizarse en términos necesariamente restrictivos» (...)

11.- La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales. Al respecto, por ejemplo en el Expediente n.º 1955-2008-PHC/TC, de fecha 18 de diciembre de 2008, seguido por Teresa Haydee Gonzáles Barberena. Allí, se desarrolla el principio de favorabilidad en la aplicación de la ley penal, el cual tiene su base en la aplicación conjunta del principio de legalidad penal, previsto en el artículo 2.24. d de la Constitución; de donde se deriva la garantía de *lex previa* y que exige que al momento de cometerse la infracción, esté vigente la norma que provee la sanción. (...)

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa técnica en ningún estado del proceso (...). Lo cual incluye el derecho a la prueba como componente del debido proceso. Resulta pertinente citar el Expediente 988-2011-PHC/TC de fecha 22 de noviembre de 2011, caso Teodoro Méndez Conde. Donde se señala que en este derecho se apareja la posibilidad de postular los medios probatorios necesarios para justificar los argumentos que las partes tengan a su favor.

Como se puede apreciar, desde hace algún tiempo, el Tribunal Constitucional peruano, ha venido asumiendo un papel importante para dar contenido y delimitar e interpretar instituciones del derecho penal, tanto en la parte sustantiva como procesal. Existen varias sentencias, donde el Supremo intérprete STC N° 1805-2005-HC/TC se decanta por la teoría del dominio del hecho, y así señala que "es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho".

Recientemente, por ejemplo, el TC, declaró fundado un habeas corpus que se encuentra relacionado a medidas restrictivas de derechos en el marco de un proceso penal, como es la prisión preventiva. Así, en el Expediente n.º 02534-2019-PHC/TC LIMA, (28/11/19), el Tribunal Constitucional resolviendo la materia constitucional de hábeas corpus, indicó que se han vulnerado los derechos a la presunción de inocencia, el debido proceso, la debida motivación de las resoluciones judiciales, así como el principio de razonabilidad. Así declararon fundada la demanda por haberse vulnerado los derechos a la presunción de inocencia, el debido proceso, la debida motivación de las resoluciones judiciales y a la defensa, todas ellas garantías constitucionales que nuestra Carta Magna contempla y que el Código procesal penal regula.

### **2.2.3. La *última ratio* del derecho penal como propósito de un Estado democrático**

Al analizar los límites del poder punitivo del Estado, en el marco de un sistema democrático, el “principio de *última ratio*”, se convierte en uno de los más importantes. Su existencia justifica la intervención del Estado, como último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas "formales e informales". Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso.

De modo tal que, vinculado el principio de *última ratio*, con el principio de mínima intervención del sistema penal el cual de acuerdo con lo vertido por Castillo Alva (2004, pp. 210 – 2011) viene a constituir un criterio político criminal que no se puede sustituir pues orienta y dirige la actividad jurídico-penal de un Estado Democrático donde se busca garantizar la convivencia humana bajo una cultura pacífica y de respeto a la libertad de la persona.

Como principio político dogmático que en buena cuenta el Estado debe seguir para todos los delitos, y no sólo para aquellos que pudieran generar alarma social; puesto que podría incurrirse en un Estado totalitario, ya que (...) la pena o medida de seguridad no puede verse como el primer recurso de lucha contra la delincuencia, sino como la

última arma, dado que es la más dura y grave de todas las sanciones estatales conocidas (2004, p. 2011).

Es evidente que el derecho penal, debe intervenir cuando los otros medios formales e informales de control social han fracasado; es decir, que se han fomentado escenarios de riesgo de tipo familiar, personal o comunitario.

Sin embargo, al carecer de una regulación expresa y específica de una Política Criminal, en la Constitución Política de 1993, resulta fundamental. Un Estado Constitucional de Derecho, tanto como norma principio y como norma regla (entendiéndose como mandatos que prescriben actuación concreta), determinen y delimiten a las diversas áreas del derecho (Garaycott, 2012, p. 55) y porque, además – como lo señala este autor- la Constitución es facilitadora de la Política Criminal, mientras que ésta, viabiliza también la eficacia de la norma constitucional. Existe una simbiosis y relación recíproca entre ambas.

La política Criminal entonces, dentro de un Estado constitucional de derecho, es necesaria para generar un escenario del poder punitivo del Estado. El derecho penal, a través de la función preventiva de la pena, tanto en su vertiente positiva como negativa, necesitan de un norte; sobre todo también en la labor preventiva de delitos, violencias y comportamientos antisociales.

Al respecto, cabe señalar que, desde el cambio de la política pública ocurrida con la entrada en vigencia de la Ley n.º 30364 – Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer- y los cambios de modificación e introducción de nuevos tipos penales, han ido incrementando drásticamente las penas, confrontando principios punitivos (vrg. mínima intervención) y evidenciando la carencia de una Política Criminal en el Perú, diseñada a nuestra realidad carcelaria.

Ahora bien, cabe citar lo que señala Castillo Alva, al referirse al principio de intervención mínima y su comprensión a los subprincipios de fragmentariedad y subsidiaridad, precisa que siendo el Derecho Penal, la *última ratio* del orden jurídico, interviene cuando otros resortes de la política social son insuficientes y que al reparar, mediante determinados tipos penales, sólo en los fragmentos más graves de ilicitud, lo cual se puede resumir en la siguiente frase “un mínimo de intervención con un máximo de eficiencia” (2004, p. 2017)

Este máximo de eficiencia, en la práctica ha quedado demostrado, no alcanza los niveles de satisfacción. La pena no cumple esa función negativa general en la población. Para el sistema de administración de justicia que se va cargando de casos, y una realidad que lejos de disminuir los niveles de violencia de género, más bien, presenta incrementos vinculados como escenarios de confinamiento, donde las mujeres son principalmente las víctimas de violencia en sus diversas manifestaciones (ONU MUJERES, 2020)<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Al respecto, revisar <https://www.unwomen.org/es/news/stories/2020/4/statement-ed-phumzile-violence-against->

#### **2.2.4. El derecho penal como medio de control social: sus antecedentes y posturas actuales**

La misión del Derecho Penal es la protección de la convivencia en sociedad de las personas, pues ninguna persona es absolutamente independiente, sino que más bien corresponde el intercambio, la colaboración y la confianza recíproca entre los individuos. Hans-Heinrich Jescheck y Tomas Weingend, indican que, el Derecho penal tiene, por ello, un significado fundamental como ordenamiento pacificador protector de las relaciones sociales (2014, pp. 2).

Ahora bien, el control social es el conjunto de medios o repercusiones sociales que sirven para ordenar y regular el comportamiento humano externo en todos sus aspectos. (Pérez López, 2021, p. 28). El primer control social que se ejerce sobre las conductas de las personas está dado por las reglas que configuran el orden social, ya que existen un sistema global de controles sociales cuyos titulares son diferentes instituciones o comunidades como la familia, las instituciones municipales, el sistema educativo, el vecindario, la iglesia.

El derecho penal es uno de los medios de control social y su relevancia se da porque a través de él se concreta la violencia punitiva del Estado dirigida a la protección de la convivencia de las personas en la

---

[women-during-pandemic](#), Violencia contra las mujeres: la pandemia en la sombra. Declaración de Phumzile Mlambo-Ngcuka, Directora Ejecutiva de ONU Mujeres. Fecha: lunes, 6 de abril de 2020. En este momento en el que 90 países están en situación de confinamiento, 4000 millones de personas se refugian en casa ante el contagio mundial del COVID-19. Se trata de una medida de protección, pero conlleva otro peligro mortal. Vemos cómo aumenta otra pandemia en la sombra: la violencia contra las mujeres.

comunidad, no puede ser ejercida de cualquier modo, su propósito debe buscar poner coto a la arbitrariedad de las personas a través de la limitación de otro bien jurídico fundamental: la libertad. Señala también que la interpretación que se haga de la Constitución no tiene que ser estática, sino más bien dinámica, de acuerdo a los cambios sociales u otros escenarios en los que el derecho penal se desarrolla y tutelando aquellos valores consignados en la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha señalado que el Derecho Penal, como rama del ordenamiento jurídico encargado de regular el *ius puniendi* monopolizado por el Estado, es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida el derecho fundamental a la libertad personal (Expediente n.º 19-2005-PI/TC).

Al respecto, cabe señalar como lo acota Zaffaroni (2005, p. 77), un sistema de comprensión del derecho penal se construye tanto en virtud de datos normativos como reales, es decir, la norma penal expresa lo que sucede en el mundo, a través de fenómenos físicos, sociales, culturales, económicos, políticos, los que se encuentran en permanente cambio en una realidad que fluye continuamente, protagonizada por personas que interaccionan y se comportan conforme a ciertos contenidos psicológicos, razón por la cual las normas deben ser interpretadas en este sentido.

### **2.2.5. El sistema punitivo y su poder preventivo – disuasivo**

Tal como lo hemos indicado, nuestra Política Criminal, ha venido cambiando la postura de recurrencia al derecho penal como primera opción para sancionar las conductas intolerables y cuyo reproche social obliga a que se sostenga que aquel que vulnera, afecta, quebranta o daña un bien jurídico donde la víctima es una mujer, merece ser privado de libertad.

Ello, en el entendido que la función represiva y preventiva del Derecho Penal, de un lado protege a la sociedad mediante el castigo de transgresiones del Derecho (reprime), así como también cumple su función preventiva. Ambas funciones son una unidad. Así Hans-Heinrich Jescheck y Tomas Weingend, (pp. 5-9) sostienen que el derecho penal, a través de la amenaza, imposición y ejecución de penas justas, tiene como finalidad evitar la comisión de futuras infracciones del Derecho (prevención mediante represión).

Cabe señalar que, según estos autores, la función represiva del Derecho penal es necesaria para poder conseguir la protección de la sociedad mediante la pena de un modo justo. Y es que cuando se habla de la función preventiva y represiva del Derecho Penal, en realidad se alude a la función de la penal.

En este sentido, Claus Roxin (1997, pp. 41 y ss), señala que el Derecho Penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección. Agrega, que la pena y medida son el punto de referencia a todos los preceptos jurídico penales.

El bien jurídico entonces, son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado y su libre desarrollo sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema (Claus Roxin 1997, p. 56)

Según este autor, las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes jurídicos; esto es que estaría vedado proteger finalidades ideológicas mediante normas jurídico penales; así como tampoco las meras inmoralidades tampoco lesionan bienes jurídicos. No obstante, ello Roxin, también precisa que el bien jurídico enfrenta un concepto no estático, y que se encuentra abierto al cambio social, a los progresos del conocimiento científico y nosotros consideramos también a las necesidades sociales de buscar un contexto mejor de convivencia, que al igual que las anteriores también ponen en peligro una convivencia pacífica.

Ahora bien, conocido es que el Derecho Penal, también tiene una función preventiva, ya sea de tipo especial o general, las que a su vez pueden ser de tipo negativo o positivo. En el caso de la función preventiva-general-negativa, busca generar en la población un temor de incurrir en la comisión del delito; no obstante, demostrar estos aspectos de cara a nuestra realidad criminológica, podríamos asegurar que no se ha tenido resultado positivo, sobre todo en los delitos donde la víctima es una mujer.

#### **2.2.6. La teoría del delito en el derecho penal moderno**

La finalidad del Derecho Penal como medio de control social de última ratio es, principalmente, dotar de protección a la convivencia de las personas en la comunidad frente a transgresiones jurídicas graves. Entendida como una técnica científica se compone de una parte general y otra especial; y en conjunto, como hemos señalado en las líneas precedentes, se encuentra legitimado para intervenir frente a la vulneración de un bien jurídico, cuya vulneración altera la convivencia pacífica en la sociedad.

El derecho penal, siendo de utilidad la que se vincula indefectiblemente con la parte general, esto es la “teoría del delito”. En palabras de Jescheck y Weingen (2014, p. 290): “la teoría del delito no se ocupa de los elementos de los tipos delictivos concretos sino de aquellos aspectos del concepto de delito que son comunes a todos los hechos punibles”.

La teoría del delito, entonces, garantiza que este máximo poder punitivo del Estado, no proceda de forma arbitraria castigando al autor, sino al acto. Las personas deberían ser responsables por lo que han hecho y no por su apariencia física o sus pensamientos. Aquellas conductas ya sea a título de dolo o culpa, que trasgreden el ordenamiento penal, merecen una sanción penal; es decir, una pena. Carlos Parma (2017, p.45), que la teoría del delito intentará generar un instrumento práctico y efectivo para la aplicación racional de la ley penal.

El objeto de la teoría del delito, permite sostener de manera ordenada no solo criterios sino también argumentos comunes, para calificar un hecho como delito<sup>20</sup>. En tal sentido, la teoría del delito está conformada o compuesta por una estructura de pasos o etapas que resultan comunes a todo delito. Así, integran la teoría del delito: a) la conducta; b) tipicidad, c) antijuridicidad y d) culpabilidad y e) punibilidad. Como ya ha quedado establecido en la doctrina, la teoría del delito comprende las categorías de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, partiendo por la categoría de acción penalmente relevante<sup>21</sup>. Para efectos de la presente investigación, nos hemos ocupado de la tipicidad,

---

<sup>20</sup>Al referirse a los niveles de análisis de la teoría del delito indica que su desarrollo se compone como un sistema de conceptos a través de un proceso de abstracción científica y se construye como análisis de distintos niveles en el que cada nivel supone al anterior; pero ello no autoriza nos podamos mover de un plano a otro de análisis. Más adelante agrega el profesor sanmarquino, que esta “teoría, además constituye un instrumento conceptual y práctico que permite precisar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal prevista en la Ley. Es decir, la teoría de la imputación penal trata de dar una base científica al intérprete proporcionándole un sistema que permita la aplicación de la ley a los casos en un considerable grado de seguridad” (Villavicencio 2014, p. 225).

<sup>21</sup>No en vano Jescheck y Weingend añaden: “Sin el desglosamiento del concepto de delito en tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, así como en las diferenciaciones adicionales ligadas a estos elementos tal y como sucede con la distinción entre estado de necesidad justificante y exculpante, la solución del caso expuesto sería insegura y dependiente de consideraciones sentimentales” (2014, pp. 323-326)

la que a su vez tiene dos componentes: tipicidad subjetiva y tipicidad objetiva.

La discusión actual sobre la Teoría del Delito, viene dándose a nivel de la academia, respecto a la imputación objetiva, el estado de la cuestión, su crítica a los presupuestos materiales, las consecuencias respecto de la cuestión de la crítica finalista a la Teoría de la Imputación subjetiva, pero es respecto a la culpabilidad lo que nos interesa y para ello traemos a colación la teoría de la culpabilidad penal que tiene como presupuesto lógico la libertad de la decisión del hombre; sin que ello signifique reproche de culpabilidad en la libertad de decisión del ser humano como persona individual; sino más bien como su autodeterminación, afecta derechos consagrados como bienes jurídico-penales.

Nos propone a manera de ejemplo para entender este concepto, y por ello tratar como libre a la persona que ejecuta una conducta; que basta con colocar a otra persona en su lugar, y que éste hubiera podido actuar de otro modo, colocándose en su lugar. Precisa que el objeto de este razonamiento tiene que ver con la valoración que se hace del hecho en atención a la actitud interna, jurídicamente desaprobada que en él se actualiza y lo decisivo es la culpabilidad por el hecho concreto.

Aquí, es necesario acotar que la culpabilidad no tiene que ver en el sentido psicológico de culpabilidad, sino más bien con el concepto normativo de culpabilidad (reprochabilidad).

Sin embargo, esta perspectiva que se mantenía inalterable hasta hace algunos años, en la actualidad, según este autor, "el presupuesto armónico" propuesto por Jakobs, alcanzando tácitamente, ya no resiste un análisis riguroso; ello pues, el concepto normativo de culpabilidad entendida como juicio de reprochabilidad sólo se refiere a la evitabilidad como tal y, por ello, no es compatible con la idea de que, retornando al concepto psicológico de culpabilidad; existe una "culpabilidad dolosa" específica distinta al injusto de acción del dolo.

Dicho esto, es necesario indicar que el derecho penal al limitar el ejercicio del poder punitivo del Estado, es la interpretación de las leyes penales, la función más limitativa (Zaffaroni, 2005, p. 283), siendo su función evitar arbitrariedades, operando en el ejercicio de la violencia selectivamente, determinado los hechos más graves. De ese modo, la teoría del delito se estructura y va del género, referido a la conducta, acción o acto, a los caracteres específicos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad).

#### **2.2.7. Los principios sustantivos y procesales involucrados**

El derecho penal y el derecho procesal penal, cuentan con principios que los sostienen, y además constituyen en su condición de garantías, límites al poder que el Estado tiene de los ciudadanos, cuando frente a la comisión de un acto delictivo, debe activarse la intervención de las instituciones encargadas de asegurar el orden interno y la seguridad de los ciudadanos.

En este sentido, y en lo que respecta a los principios relacionados con el Derecho penal sustantivo, hemos seguido a Castillo Alva (2004), quien en su obra Principios del Derecho Penal - Parte General, realiza un esbozo preciso de los principios que informan el derecho Penal, en un Estado social y democrático de derecho, de acuerdo al artículo 43° de nuestra Constitución Política de 1993.

Dentro de los principios del Derecho penal en un Estado de Derecho, este autor ubica a: i) Principio de legalidad, ii) Principio de prohibición de leyes penales indeterminadas, iii) Prohibición de la retroactividad perjudicial de las leyes penales, iv) Prohibición de Analogía *in malam partem*, v) Prohibición del Derecho Consuetudinario para fundamentar y agravar la pena. Dentro de un Estado Social, dicho autor ubica al Principio de Intervención Mínima. Y dentro de un Estado Democrático, ubica a: i) Principio de Proporcionalidad, ii) Principio de Humanidad de las Penas y; iii) al Principio de Culpabilidad.

Esta ubicación, resulta importante para comprender los alcances y ubicación constitucional de los principios penales de nuestro derecho penal peruano. En tal sentido, pasaremos a establecer el contenido de los principios relacionados con nuestra propuesta de incorporación del enfoque de género dentro de la tipicidad subjetiva dentro de la teoría del delito.

#### **a. Principio de Legalidad y su núcleo esencial**

Este principio se encuentra recogido en nuestra Constitución Política, en su artículo 2º, inc. 24, literal d, que señala: “Nadie será procesado, ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente cualificado en la ley, de manera expresa o inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”. Precepto, que también lo encontramos en el Código Penal, Título Preliminar, artículo II, que señala:” Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”.

Este principio, es conocido como axioma de corta legalidad o de mera legalidad, o como principio de la reserva de ley penal. Por él, solo la ley –ni el Juez ni autoridad alguna- determina qué conducta es delictiva. El principio de legalidad es, pues, un medio racional y una garantía de seguridad jurídica que evita que el sistema punitivo se desborde creando formas e instrumentos coercitivos que no encuentren una justificación en concordancia con los fines del Estado de Derecho. Por eso se diga, que el principio de legalidad es un principio de legalidad universal, aplicable a toda rama del derecho.

La esencia del principio de legalidad radica en su fin humanitario, de controles y de perfiles democráticos. Este principio, al decir de Javier Villa Stein tiene dos proposiciones limitantes: a) No hay delito si la ley no lo prevé de manera clara y, b) No hay pena posible si la ley no lo declara (2001, p.116). También, el principio de legalidad representa y sintetiza los demás principios que informan el Derecho penal, pues toda modificación en él, también influirá en los principios de mínima intervención, principio de proporcionalidad y por supuesto, el principio de humanidad de las penas.

Hurtado Pozo (2005, p.150), citando la propuesta de Luigi Ferrajoli percibe el principio de legalidad como aquel que tiene repercusiones en sus fundamentos. Distingue, por un lado, entre un sentido formal del mismo y que constituye una norma dirigida a los jueces en relación con las leyes vigentes a la que están sometidos y, por otro, un sentido estricto y que, por el contrario, es una norma dirigida al legislador acerca de la elaboración válida de las leyes penales.

A su turno, Castillo Alva (2004, p.47), resalta la importancia del principio de reserva de la ley penal, la que no se halla expresamente señalada en nuestro Código Penal, el que resulta fundamental, puesto que aquél expresa la prohibición de imponer una pena, incluso la más leve, en ausencia de una ley preexistente que establezca o configure un hecho como delito

o como falta. Su importancia radica en que, por él, el Estado monopoliza la criminalización de los delitos a través del Poder Legislativo.

#### **b. Principio de Lesividad**

El principio de lesividad lo encontramos en el Título Preliminar del Código Penal, puntualmente en el artículo IV, que señala: “La Pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”. El principio de lesividad adquiere una vital importancia al momento de la valoración de la conducta y la consecuente imposición de la pena.

Bajo los alcances de este principio, el bien jurídico penal, como objeto de protección del Derecho penal debe ser lesionado o puesto en peligro para que, conforme al principio de lesividad, el Derecho penal intervenga. 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 a la norma penal. Por tal razón, el Artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, establece: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”. En otras palabras, es fundamental entonces el desvalor del resultado antes que el de la acción (Villa Stein 1998, p.120).

En el Acuerdo Plenario n.º 1-2016/CJ-116, fundamento jurídico n.º 15, se señala que, este principio dota de contenido material al tipo penal; pues la pena precisa de la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico, aquella que cause un impacto importante que justifique la intervención del derecho penal. Agrega que, si el impacto o la afectación es muy leve, corresponderá considerar la atipicidad de la conducta, por ser penalmente irrelevante.

### **c. Principio de Culpabilidad**

La culpabilidad no está en la norma. Su verificación se hace a través de la pregunta ¿el autor, pudo actuar de manera diferente?, ¿pudo decidir por algo distinto? Es decir, su presencia la encontraremos al momento de la valoración de la prueba, que en conjunto brindará certeza de la verdad legal de los hechos ocurridos.

Como consecuencia de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, tenemos al Principio de Culpabilidad, como garantía de que el derecho penal que se repriman sólo conductas infractoras de la norma y no personalidades, creencias, valores, intereses, actitudes, modos de vida o resultados producidos, con independencia de comportamiento responsable alguno. El principio de la responsabilidad penal personal, o principio del

hecho propio, debe contar con una realización completa en el sistema penal peruano, impone la necesidad de que se eliminen todas las hipótesis de responsabilidad objetiva que se encuentra en la Parte General, Parte Especial o en las leyes penales.

#### **d. Principio de Intervención mínima**

Este principio constituye el más importante de los principios del derecho penal. Se erige como garantía de un Estado Social, Democrático de Derecho, pues es el escenario, al decir de Castillo Alva (2004, p. 209) donde se puede dar la regulación estatal del fenómeno criminal y puede tener correlato incluso a nivel del Derecho procesal penal. Además, constituye un postulado político criminal que sirve de guía y orientación al legislador.

Entonces, el principio de intervención mínima es un principio político criminal, pues orienta a la aplicación de medios eficaces para hacerle frente al delito, limitando un derecho tan importante como la libertad personal, solo si es necesario. De allí que, este principio garantiza que el poder punitivo del Estado, intervenga solo si es necesario y cuando los otros medios de control social han fracasado. La pena -así como la medida de seguridad- no debe ser la primera opción para

castigar aquellas conductas que son reprochables socialmente. Pues la pena, concebida desde una postura retributiva, puede generar daños irreversibles en la persona; e incluso, su efecto disuasivo, comprobado es, no genera la disuasión o persuasión en la no comisión de un hecho delictivo.

El principio de intervención mínima del derecho penal, comprende al principio de fragmentariedad, subsidiaridad, que califica al Derecho Penal como de última ratio del derecho penal.

#### **2.2.8. Los alcances del elemento “tipicidad y tipicidad subjetiva” dentro de la teoría del delito**

Dentro de un sistema teleológico-racional el tipo posee tres funciones al decir de Roxin (1997, p. 277) que se tienen que tener en cuenta: i) función sistemática, ii) la dogmática; y, iii) una político-criminal. Explica que la función sistemática del tipo consiste en la descripción del comportamiento prohibido con todas sus características. La función dogmática del tipo radica en la descripción de los elementos cuyo desconocimiento excluye el dolo. Y finalmente su función político-criminal comprende la realización del principio *nullum crimen sine lege*.

Entonces la importancia de la tipicidad como categoría radica en que cumple con una función de prevención general negativa (cuando se hace alusión a la pena) y de prevención general positiva (cuando se

intenta fijar en el colectivo social) pues persigue un propósito de formación de conciencia social de las normas. De allí que se señale que:

La tipicidad es la consagración normativa de los comportamientos humanos reprochables desde el punto de vista penal, a través de esquemas dogmáticos y las pautas de derecho positivo vigentes. Se expresa a través del tipo penal, conformado por elementos que definen la tipicidad de una conducta punible, los cuales son: los sujetos (activo y pasivo), el objeto, la conducta en sí misma y los ingredientes normativos y subjetivos, así como la consagración de la pena (...). La precisión y claridad de la descripción del hecho punible busca garantizar la objetividad en el proceso de adecuación típica lo cual es un presupuesto para el subsiguiente juicio de antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad (sentencia C 297/16, fundamento 20)

El Derecho Penal, a través de la conminación e imposición de sanciones, espera -en un ideal de deber ser- que la población se contra motive, que se guarde fiel a la norma; y a través del tamiz que significa la teoría del delito y sus componentes, previa verificación del principio de legalidad, se podrá imponer una pena, y por lo tanto se podrá generar conciencia en el autor y en la población.

La teoría del delito, a través de la historia ha ido cambiando, en función a las corrientes del Causalismo, Finalismo y Funcionalismo. Nuestro Código Penal, se ajusta a la teoría del Finalismo, orientada a estudiar la acción, y su proceso de cambio y proyección al analizar el pensamiento con arreglo a los nexos objetivos y a lo que el autor se proyecta. Es decir, el autor actúa motivado bajo un propósito y por eso ejecuta acciones orientadas a la concreción de su fin.

La tipicidad, es un elemento muy importante de la Teoría del Delito, y constituye el núcleo de cada tipo penal. Su construcción se da a través de la precisa descripción de una conducta humana, bajo el cumplimiento del principio de legalidad, representada como acción. Mayer (2007, p. 113), señala que las modalidades de la acción forman una esfera restringida, encontrándose comprendidas los elementos de tipo legal que añaden de modo esencial una relación de la acción con el espacio y tiempo o con un determinado objeto o sujeto. De modo tal que las modalidades de la acción son de modo enteramente igual que sus partes integrantes, elementos del tipo legal.

En esta investigación consideramos de trascendencia referirse al objeto de la acción, siendo necesario distinguir entre el bien jurídico que se protege a través de la amenaza penal y que es lesionado o puesto en peligro por la acción típica (objeto de tutela) y el objeto perteneciente al tipo legal, lo que Mayer (2007, p. 123) denomina objeto del hecho. Cabe señalar que el objeto del hecho, es siempre fácil de establecer mediante la interpretación gramatical del tipo, mientras que el objeto de tutela no es determinable sin una interpretación sistemática y no siempre con claridad. Por ello, en el caso de delitos donde se cualifica a la víctima por ser mujer, hacer esta interpretación desde la perspectiva o enfoque de género, busca generar un análisis distinto de la conducta, no solo de la víctima sino también del sujeto agente. Es decir, en el enfoque de género, en este aspecto, permitirá analizar la acción típica, para identificar el contexto o escenario completo en el que corresponde analizar o estudiar tanto a la presunta víctima, como agresor.

## **A. Elementos del tipo penal: subjetivo y objetivo**

Un elemento crucial dentro de la tipicidad es el dolo. Este implica un “querer” y “conocer” (en términos de Roxin). Empero Porciúncula (2014, p. 308) señala que, partiendo de una concepción cognitiva del dolo, este es conocimiento -por parte del autor- del significado típico de su acción. Afirma que el querer se encuentra separado absolutamente dependiente del conocer. Lo cual significa que no basta el conocimiento del actuar ilegal y de su consecuencia jurídica, para desmotivar a aquél que va a cometer el delito, sino que otros factores como sus contextos, confluyen para dar lugar al acto antijurídico. No obstante, para efectos de la presente tesis, resulta importante establecer que el dolo, se encuentra evidentemente separado del móvil, pues es allí, donde el enfoque de género, permitirá tener un análisis más completo de la conducta del agresor, pero también de la situación de la víctima.

Esta interesante propuesta radica en la necesidad de contar con una teoría de la prueba del dolo, la cual no debe incurrir en el error de buscar probar el conocimiento que requiere el dolo por medio de una investigación acerca de la existencia o no de una entidad psicológicamente real situada en el ámbito interno del autor. Afirma Porciúncula que, “es justamente a través de lo externo, es decir, a través del comportamiento del autor y de sus circunstancias, con lo que podemos verificar lo que él conocía” (2014, p. 309). Y agrega:

“(…) el conocimiento exigido en el dolo no es una entidad psicológicamente real situada en el ámbito interno del autor, sino un componente de un sentido exteriorizado”. Para este autor, el contexto social constitutivo del significado de la acción se convierte en el criterio para la atribución del conocimiento requerido por el dolo; todo dolo se vuelve, así, un *dolus in actio ipsa*. El contexto, marca una pauta importante en el caso de los delitos, donde la víctima es una mujer. De allí, que se requiere una propuesta, que además de analizar el dolo y ese elemento subjetivo trascendente, también analice el móvil, donde podemos ubicar el contexto y condiciones de las partes de un delito.

#### **2.2.9. El sistema convencional, constitucional y penal: alcances sobre la protección a la mujer en las diferentes formas violencia en perjuicio de las mujeres: la perspectiva de género**

Como ya se expuso anteriormente, dentro del sistema convencional y como norma *ius cogens* encontramos a diversos cuerpos normativos que establecen determinados contenidos, transformados en estándares para proteger a la mujer. El Derecho Convencional otorga instrumentos que reconocen la necesidad de que los Estados Parte, adopten normativamente posturas legislativas y los mecanismos necesarios para corregir la mirada tradicional y discriminatoria de las normas, que terminan por afectar situaciones específicas de los casos de violencia que en perjuicio de las mujeres se presentan.

En este sentido, al exponer la contextualización al problema, hemos citado a la Declaración Universal de los Derechos Humanos que tiene diversos artículos que se orientan a proteger al ser humano haciendo reiterada mención a “la persona”. No basta el artículo 1, sino también su artículo 7 que declara el derecho a la igualdad de todo ser humano, sin distinción lo que implica el derecho a igual protección contra todo acto de discriminación. A su turno la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 3, establece que los Estados firmantes se comprometen a garantizar tanto a varones como a mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos. Por su parte, La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, rechaza la discriminación por sexo. Así tenemos que el artículo 1°, inc. 1 declara que los Estados partes, deben comprometerse a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella

Con relación a la protección hacia la mujer dos son las evidencias de tipo normativo que hemos expuesto, existen en el Sistema Convencional. La primera es la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer del año 1979 (CEDAW), la cual establece de forma clara que no se debe permitir ningún tipo de discriminación hacia la mujer en la esfera económica, social, política cultural y civil o en cualquier otra esfera. La “discriminación contra la mujer” conforme a este marco convencional, es también una forma de violencia basada en el sexo.

Una violencia que pueda darse en cualquier etapa de su vida, pues la Conferencia de Viena de 1993, donde se señala que los derechos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. Lo que va en consonancia con la intervención del derecho penal, pues no se distingue la edad de la víctima y el delito no discrimina la edad de la víctima.

Por su parte la Convención de *Belém Do Pará*, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer del 9 de junio de 1994, aprobada por el Congreso de la República el 22 de marzo de 1996, señala la importancia de que los estados adopten el principio de debida diligencia por el que el Estado debe adoptar sin demora todas las políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

Por tal razón, la entrada en vigencia la Ley 30364, Ley contra la Violencia hacia la Mujer y los demás integrantes de violencia familiar que cambia radicalmente el abordaje y tratamiento la violencia familiar, diferenciando la población beneficiaria e introduciendo enfoques para el tratamiento a fin de prevenir, erradicar y sancionar la violencia hacia las mujeres. Aquí resulta importante resaltar el concepto de enfoque de género que en el artículo 3, inciso 1, señala:

1. Enfoque de género. - Reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construidas sobre la base de las diferencias de

género que se constituyen en una de las causas principales de la violencia hacia las mujeres. Este enfoque debe orientar el diseño de las estrategias de intervención orientadas al logro de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

Todos estos cambios, vienen encaminados por Planes Nacionales sobre políticas públicas elaboradas por el Estado peruano para generar un marco de protección a la mujer frente a cualquier tipo de violencia. Respecto a los Planes Nacionales y protocolos de intervención que tienen la perspectiva de género desarrollan el concepto orientador, pero no es vinculante ni se establece cómo se compatibiliza con el sistema judicial. Así podemos mencionar el Plan Nacional de Equidad de Género 2016 – 2021, El Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, así como también el Protocolo Intersectorial de abordaje de la Problemática de la Trata de personas. La Política Nacional de Igualdad de Género, promulgada por el Decreto Supremo n.º 0008-2019-MIMP.

La especial consideración de la mujer como sujeto de derecho de protección, en virtud a las circunstancias especiales que la colocan en una posición asimétrica frente al varón; constituye para efectos del análisis del enfoque de género, el punto de partida, aplicable también desde la perspectiva penal. Por ello, nuestra Constitución Política respecto al marco legal internacional acoge en la Cuarta Disposición Final Transitoria, el rango constitucional y deben ser de obligatoria implementación en todos los niveles.

No obstante, es evidente la resistencia por parte de las instituciones encargadas de aplicar este marco que implica conocer los alcances del enfoque de género y su integración con los fundamentos teóricos que sostienen el Derecho Penal, más si basados en este enfoque se trastocan aspectos de lo que implica la tipicidad dentro de la teoría del delito al calificar hechos de un menor reproche social convertidos en delitos. Por ello, la necesidad de entender que existe un marco de convencionalidad de la perspectiva o enfoque de género, que a nivel de la resolución del conflicto penal, adquiere especial relevancia, que a continuación explicaremos.

## **2.3. ALCANCE DOGMÁTICO DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y SUS ALCANCES PARA EL DERECHO PENAL PERUANO**

### **2.3.1. La perspectiva de género como herramienta de análisis para el derecho**

En reciente jurisprudencia, nuestro máximo tribunal ha definido como “perspectiva de igualdad de género” (que nosotros entendemos como perspectiva o enfoque de género) como aquella metodología y mecanismos que permiten mirar la realidad advirtiendo los roles y tareas que asumen los hombres y aquellas inequidades que se producen entre ellos. Así, en la sentencia n.º 01479-2018-PA/TC, en su párrafo 9 precisa:

“(…) se entiende como una mirada a la desigualdad a la situación de vulnerabilidad de las mujeres, se presenta como una herramienta metodológica que necesariamente debe ser empleada en el ámbito institucional (…), ya que ayuda a la materialización de las medidas públicas adoptadas para lograr una real igualdad en derechos entre hombres y mujeres, y porque también constituye un instrumento ético que dota de legitimidad a las decisiones institucionales que se tomen en aras de alcanzar una sociedad más justa e igualitaria”.

Entonces bajo, esta pastura, debemos abordar el “género como herramienta de análisis”, entendido como una herramienta metodológica que sirve para analizar los roles que se desempeñan o que son esperados que desempeñen hombres y mujeres en contexto tanto políticos, como sociales y culturales. Y que, además, existe obligación de parte de las instituciones pública y privadas, de acogerla dentro de sus ordenamientos internos y mecanismos de interrelación, no sólo por ser una herramienta jurídica que apunta a generar igualdad material, sino también por ser un mecanismo ético. Pues este análisis nos permite identificar la “discriminación” existente y erradicar cualquier acto que genere violencia contra los derechos de las mujeres.

Ahora bien, tal como lo indica Susana Mosquera (2017, p. 151) está aceptado en la academia que el concepto de género surgió para “designar todo aquello que es construido por las sociedades para estructurar, ordenar, las relaciones sociales entre mujeres y hombres”, entendiendo que la socialización o la forma como se van generando los patrones o percepciones en las relacionales, desempeñaba un papel importante en esos roles sociales.

Más aún, si en la actualidad ha ingresado al debate académico y político “la ideología de género”<sup>22</sup>. Ello, por la relevancia del concepto para el derecho y su cuestionamiento respecto al tratamiento que se le ha dado a la mujer. En este sentido, y en términos sencillos, al decir de Marcela Huaita (2009, p. 11) cuando hablamos de género, nos estamos refiriendo a las características que socialmente y culturalmente se atribuyen a varones y mujeres a partir de las diferencias biológicas, constituyendo así lo que se conoce como género masculino y género femenino.

Ahora bien, el enfoque de género es un marco de análisis teórico y conceptual que permite detectar los factores de desigualdad, vinculados al ejercicio del poder y la discriminación que afectan a hombres y mujeres en los diferentes ámbitos de la vida humana. Entonces, este enfoque como categoría de análisis ha sido usado en el derecho penal, de manera particular para abordar los delitos relacionados a la violencia sexual. Su uso necesariamente diferenciador en las relaciones sociales ha sido importantísimo para poner de relieve hechos o conductas que afectaban derechos humanos de las mujeres que pasaban históricamente desapercibidas y que -en particular – no afectaban en igual dimensión a los varones.

---

<sup>22</sup>Conviene traer a colación, que en agosto de 2017, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, emitió un fallo en el que disponía el retiro del concepto de género del Currículo Escolar aplicada por el Ministerio de Educación peruano. La jueza Ana Valcárcel, exhortó anular el acápite II de la guía pedagógica, indicando que «Si bien que aquello que consideramos femenino o masculino se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones». Al respecto, consideramos que esta apreciación de la juez no hace sino corroborar que las conductas basadas en el género son aprehendidas y cambiantes, y de acuerdo a esta Currículo lo que se busca es cambiar aquellos comportamientos en los escolares que crean desigualdad y fomentan la violencia.

Por género se comprende la organización social de la diferencia sexual, una diferencia que es propia a la relación de jerarquía, dicho de otra manera, una diferencia que define lo masculino como categoría superior en confrontación a lo femenino<sup>23</sup>. El género no constituye una categoría que puede ayudar a analizar y mejorar nuestras relaciones interpersonales, sino que, en la práctica de resolución de casos generados por conflictos penales, permite ingresar criterios equitativos en el análisis acorde con garantías y derechos.

El género como tal, se ha desarrollado ampliamente en las ciencias sociales y muchos son los trabajos que entorno a él se han escrito.

Y que al decir de Marcela Huaita (2009, p. 17), “permite planificar acciones que permitan modificar las estructuras en las que se fundan las desigualdades y que las hacen permanentes. Puesto que el desarrollo no es solo una cuestión económica, sino que supone también, democracia, ciudadanía y acceso a derechos”.

Al respecto nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente n.º 02273-2005-PHC/TC, proceso de hábeas corpus promovido por Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, aborda por ejemplo el derecho a la identidad desde una perspectiva de género a obtener el Documento Nacional de identidad y señala en sus fundamentos 21 a 23 que:

---

<sup>23</sup>Susan Emmenegger (2000, p. 6), en su obra *Perspectivas de género en derecho*, señala que en la concepción radical, el debate sobre la naturaleza igual o diferente de la mujer es un debate superfluo, ya que se desarrolla en un marco que admite las categorías de género existentes, aun cuando éstas sean definidas, según esta concepción, como jerarquizadas. Agrega, que la crítica radical que propicia la perspectiva de género es la desigualdad de poder social entre mujer y hombres, la cual se refleja en el orden jurídico que la hace aparecer como legítima. En esta perspectiva, el derecho a la igualdad significa una prohibición a crear, reforzar o simplemente mantener la desigualdad de poder social entre mujeres y hombres.

Entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2º de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.). Agrega, la identidad no posee una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos.

Cabe mencionar que el Código Penal de 1991 no hacía referencia a la categoría género en ninguno de los tipos penales; más bien poseía al decir de Dador Tozzini (1999, p. 5) un sesgo de la discriminación de género y que en la práctica tenía un marco penal sustantivo habilitante de la impunidad. Situación que ha venido cambiando a raíz de importantes modificatorias como la inclusión de tipos penales en el delito de lesiones derivadas por violencia familiar (artículo 122 numeral 3 inciso c.) (art. 121-B; Art. 124 B), determinación de la lesión psicológica vinculada a la violencia de género, la inclusión de un tipo penal autónomo de feminicidio, las modificatorias a los tipos penales de violación sexual, en trata de personas (artículo 153º y 153º – A), explotación sexual, acoso sexual; y hasta de elaboración de protocolos

administrativos frente a la figura no punible del aborto terapéutico 24.

No obstante como concluye la precitada autora:

Cuando se trata del control social de la mujer debemos considerar no sólo la norma legal escrita sino el componente político-cultural de esa ley el significado que se le va dando por medio de la doctrina jurídica, las costumbres, actitudes, tradiciones y conocimiento que la gente tenga de la ley, así como el uso que la gente haga de leyes existentes<sup>25</sup> (Dador, 1999, p.42)

Por su parte, la norma procesal penal de 2004 ya hace referencia a varias situaciones que implícitamente requieren de una mirada desde el enfoque de género y así se ha tenido que aplicar a la hora por ejemplo de disponer detenciones domiciliarias por la condición de embarazo o de gestación de la madre. Pese a ello, fue recién a través del debate que generó la elaboración de un acuerdo plenario de la Corte Suprema que se introduce esta categoría de análisis en la denominada “justicia de género”. Así por primera vez el 6 de diciembre de 2011, las Salas Penales de la Corte Suprema de la República aprobaron, por unanimidad, el Acuerdo Plenario<sup>26</sup> 1-2011/CJ-116

---

<sup>24</sup>El 28 de junio del 2014 en el Diario Oficial El peruano, se aprobó la «Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de atención integral de la gestante en la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor de veintidós semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el Art. 119 del Código Penal». No contamos con un registro oficial sobre cuántos procedimientos se han realizado desde su entrada en vigencia.

<sup>25</sup>Hurtado Pozo, citando a Bramont Arias refería en una disertación dada en el Colegio de Abogados de Cajamarca en el año 2016 que: «Bramont Arias afirma que “el objeto de la tutela penal, respecto de los delitos contra la libertad y el honor sexuales, es el interés del Estado de asegurar el bien jurídico de las buenas costumbres, en cuanto se atiene a la reserva sexual de las personas, esto es, a la inviolabilidad sexual de los individuos contra la manifestación ilícita de prácticas viciosas”».

<sup>26</sup>Vale recordar, que en los acuerdos plenarios son los consensos a los que llegan las y los jueces integrantes de la Salas Penales de la Corte Suprema, cuando cada una de ellas tiene interpretaciones diferentes para un mismo caso. Aunque se señala que estos son de obligatorio cumplimiento por los magistrados/as.

sobre “Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual”, el cual establece que:

Es irrelevante, en un proceso sobre violación sexual, la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima, pues existen supuestos en los cuales la víctima no explicita una resistencia u opta por el silencio, dada la manifiesta inutilidad de su resistencia para hacer desistir al agente o asume tal inacción a fin de evitar un mal mayor para su integridad física (DEMUS, 2014, p. 7). Por esta disposición se reconoce explícitamente la necesidad de incorporar el enfoque de género en el razonamiento judicial y establece reglas para evitar la discriminación de género al momento de valorar los elementos que puedan probar este tipo de delito.

Las mujeres, son especialmente vulnerables al ejercer sus derechos como usuarias del sistema penal, sobre todo en su condición de víctimas o cuando son varones desempeñando alguno de sus roles. Además, se encuentran en situación de mayor invisibilidad o desventaja cuando están en conflicto con la ley<sup>27</sup>, es decir, cuando su condición es de imputadas. Esto se potencia si pese a la modernización del sistema procesal en nuestro país, ya hace algunos años, y la existencia de normas, tratados, convenios y pactos sobre los derechos humanos (como se ha reseñado desde la formulación del problema), se cuenta con mecanismos de derechos humanos que protegen no solo a quien está como víctima, sino también quien se encuentra en calidad de agresor.

---

<sup>27</sup>Ver: La perspectiva de género en la defensa de mujeres en el nuevo sistema procesal penal chileno: un estudio exploratorio informe final de resultados diciembre de 2004. Defensoría Penal Pública / Facultad de Derecho Universidad Diego Portales (s/f, p. 4)

Por ello, esta disposición reconoce explícitamente la necesidad de incorporar el enfoque de género en el razonamiento judicial y establece reglas para evitar la discriminación de género al momento de evaluar los casos que puedan probar este tipo de delito (DEMUS, 2014).

Modificar el catálogo de derechos y el abordaje que de un sistema procesal penal debe hacerse, desde la perspectiva de género a nivel del derecho permite regular situaciones particulares atendiendo a las diferencias biológicas y sociales entre varón y mujer. El derecho viene a regularlas de acuerdo al contexto social en que vivimos.

Al igual que el género, el derecho también es cambiante, la idea es que esta cualidad sea para bien en un contexto de justicia; más aún si conforme se sugiere en el fundamento 8 el Acuerdo Plenario 1-2011; “es de rechazar para evaluarlos en sede judicial cualquier prejuicio o estereotipo con base en el género que suponga un atentado contra la dignidad de la víctima femenina. Este criterio judicial exige, desde una perspectiva objetiva, que se lleve a cabo una adecuada apreciación y selección de la prueba a fin de neutralizar la posibilidad de que se produzca algún defecto que lesione la dignidad humana y sea fuente de impunidad”.

Varios son los ejemplos de cómo la categoría género tiene presencia a nivel del derecho. Así, en el derecho civil se contempla como facultad y no como obligación para las mujeres el uso del apellido de sus

esposos<sup>28</sup>. En la Ley de Igualdad de Oportunidades, por ejemplo, se evidencia la necesidad de establecer medidas afirmativas como el uso de un lenguaje inclusivo para impedir la discriminación escondida en discursos patriarcales donde lo masculino se antepone. También se vincula el género con el derecho cuando incluimos un número determinado de mujeres en listas al parlamento para promover la intervención paritaria o se promueven medidas diferenciadas en aspectos labores, o en tipos penales, evidenciando su particular situación de vulnerabilidad en determinados contextos.

Aun cuando en la teoría feminista<sup>29</sup> se afirme que las leyes han sido las aliadas más importantes del sistema patriarcal, también es cierto que ellas han permitido empoderar y reconocer derechos a los más vulnerables y han prohibido conductas que atentan contra derechos fundamentales, o incluso cuando los amenaza (López Palau, 1999). Sin embargo, existe una corriente que también señala que la concurrencia al derecho penal, a través de la inclusión de tipos penales específicos, expone la débil protección del Estado hacia la mujer, que la muestra como un ser débil y de siempre tutela frente a la ley. Empero, cierto es también que, contar en la actualidad con un sistema de normas que desde la convencionalidad protegen a las mujeres, permite entender la necesidad de atención diferenciada.

---

<sup>28</sup>Código Civil, artículo 24.- Derecho de la mujer a llevar el apellido del marido. - La mujer tiene derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. Cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio.

<sup>29</sup>Cfr. Ramírez, Villanueva y otras autoras ya citadas.

No obstante, hoy por hoy nadie pone en duda que el derecho fue y es un factor importante para que, en la división de roles y en su reconocimiento, las mujeres hayan podido lograr su consolidación y respeto. En esta línea, es una obligación desde la perspectiva de los derechos humanos que los sistemas penales y procesales<sup>30</sup> penales modernos también establezcan y cimienten su normatividad con un enfoque de género<sup>31</sup>.

En nuestro país, se ha instaurado una política pública orientada al tratamiento y abordaje de la violencia de género, en especial énfasis en la violencia sesgada hacia las mujeres, niñas, adolescentes y adultas mayores. Así tenemos que el “Plan Nacional contra la violencia de género 2016-2021”<sup>32</sup> preceptúa lo que se debe entender como violencia de género y señala:

Cualquier acción o conducta, basada en el género y agravada por la discriminación proveniente de la coexistencia de diversas identidades (raza, clase, edad, pertenencia étnica, entre otras), que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a una persona, tanto en el ámbito público como en el privado. Se trata de aquella violencia que ocurre en un contexto de desigualdad sistemática que remite a una situación estructural y a un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades de todas las sociedades y que se apoya en

---

<sup>30</sup>Es necesario acotar que a diferencia de nuestro sistema procesal penal anterior, regido por la mixtura de un modelo inquisitivo y acusatorio, nuestro actual modelo acusatorio (de corte adversarial) hace diferencias positivas en cuanto a las condiciones de un imputado o una imputada (por el principio de humanización y dignidad de la persona), lo cual suma una bondad más de esta nueva norma procesal que se coloca a la vanguardia en la modernización de los sistemas procesales penales e introduce este mecanismo, con el que se puede involucrar a los hombres y a las mujeres de leyes en la promoción, creación y aplicación de leyes desde la perspectiva de género.

<sup>31</sup>Desde el 23 de noviembre de 2015, en nuestro país se derogó lo que fue el Texto Único Ordenado de la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, dando lugar a un nuevo cuerpo normativo orientado a proteger a la mujer y a los demás integrantes del grupo familiar a través de la ley n.º 30364.

<sup>32</sup>Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” de fecha 26 de julio de 2016.

concepciones referentes a la inferioridad y subordinación basadas en la discriminación por sexo-género.<sup>33</sup>

Dicho esto, la tutela específica que han recibido las mujeres en el sistema penal ha sido y es controvertida, pues, sostenemos que aún persiste un desconocimiento de la perspectiva o enfoque de género que genera resistencia a poder incluir una categoría social en el análisis jurídico, pues tal como señala Lorenzo Copello (2016, p. 79); máxime cuando se trata del derecho penal, cuya estructura rígida relacionada con la teoría del delito, no permeabiliza en su análisis determinados escenarios atendiendo a la situación de las partes. No obstante, lo que sucede en nuestro país, también lo han enfrentado otros países que han modificado sus códigos penales para tutelar de forma específica a las mujeres frente a comportamientos que suponen discriminación por razón de género<sup>34</sup>; lo que obliga a que también los y las juezas vayan generando jurisprudencia en sus resoluciones.

En esta línea, queda claro que el delito no discrimina, la violencia de género tampoco. Concordando con Marcela Lagarde y de los Ríos (2005, p. 153)<sup>35</sup> esta abarca a mujeres de diversos países y culturas

---

<sup>33</sup>La violencia de género conforme a este Plan comprende la violencia física, la violencia psicológica, violencia sexual y violencia económica o patrimonial, mientras que dentro de las modalidades aborda la violencia en relación de pareja, la trata de personas con fines de explotación sexual, el acoso sexual en espacios públicos, la violencia obstétrica y las esterilizaciones forzadas, hostigamiento sexual, acoso político, violencia en conflictos sociales, violencia en conflicto armado, violencia y las tecnologías de la información y comunicación – TIC, violencia por orientación sexual, violencia contra mujeres migrantes, violencia contra mujer con virus de inmunodeficiencia humana -VIH-, violencia en mujeres privadas de libertad, violencia contra las mujeres con discapacidad.

<sup>34</sup>Tal es el caso de Nicaragua, Chile, Costa Rica, Guatemala, El Salvador y por supuesto el Perú, tienen esta tendencia de manera particular al haber tipificado el delito de feminicidio en sus catálogos penales; pues respecto de este delito, el sujeto activo del delito es un hombre.

<sup>35</sup>El Feminicidio, delito contra la humanidad. En Feminicidio Justicia y Derecho. Publicación de la Comisión Especial para Conocer y Dar Seguimiento a las Investigaciones Relacionadas con los Feminicidios en la República Mexicana y a la Procuración de Justicia Vinculada.

condiciones sociales e identidades, afecta una gama enorme de esferas de la vida social, de experiencias vitales de prácticas y relaciones sociales. Sin embargo, el derecho, y en particular el derecho penal ha tenido una postura particular con las mujeres ya que ha preferido lo neutral de las normas penales sin detenerse y analizar los contextos en los que en el caso particular las mujeres se desenvuelven. Máxime, si como hemos advertido, las mujeres frente a determinados delitos, son víctimas elegibles por su condición de tales.

Al respecto, Susan Emmnegger (1999 – 2000, p. 3) puntualiza que la crítica jurídica feminista analiza los efectos concretos del derecho positivo y plantea la cuestión de saber si estos efectos son neutros desde el punto de vista del género<sup>36</sup>. Cabe mencionar que para reestructurar las posturas que el derecho ha tenido respecto a la problemática de la mujer se han desarrollado estudios en epistemología que intentan explicar la categoría del género y la mujer<sup>37</sup>.

Cabe mencionar al respecto que por ejemplo Katharine T. Barlett en su obra *Métodos Jurídicos Feministas* (2011, p. 13) afirma que “es

---

<sup>36</sup>Afirma que de los tres ámbitos que constituyen la jurisprudencia feminista, se ha prestado mayor atención a la crítica jurídica feminista y, por lo tanto, es el que más se ha desarrollado.

<sup>37</sup>Se deben revisar al respecto *Métodos Jurídicos Feministas* de Katharine T. Bartlett; *Derecho Constitucional y Métodos Feministas* de Elena C. Alvites Alvites, *Derecho Penal y Métodos Feministas*; *Derecho Penal y Métodos Feministas*, *Derecho de Familia y Métodos Feministas* y *Teoría del Derecho y Métodos Feministas* de Félix F. Morales Luna; en *Métodos Feministas en el Derecho* de Marisol Fernández y Félix Morales – Coordinadores- Primera edición, junio 2012. Red Alas – Latinoamericana de académicos/as del Derecho. Editorial Palestra.

importante tener en cuenta que no ha habido sistema jurídico que haya tratado igual a hombres y mujeres. Por cientos de años las mujeres en distintos lugares y culturas han vivido como ciudadanas de segunda clase, o como “no-ciudadanas” representadas a través de los hombres como padre o esposos”. Agrega que, el surgimiento de una repostulación del Derecho desde la perspectiva de quienes lo han sufrido más que gozado constituye, por lo tanto, un fenómeno de reciente data. A la crítica de lo que no funciona debe seguir un largo proceso de reconstrucción de las estructuras discriminatorias. Por ello este proceso requiere no sólo de nuevas instituciones legales y políticas, sino de un cambio de mentalidad en los operadores jurídicos sensibles a los efectos de la aplicación del Derecho en las mujeres y otros grupos desventajados por este<sup>38</sup>.

Es necesario traer a colación que nuestra Constitución Política de 1993 reconoce en su artículo 2, inciso 1, el derecho a la integridad en los tres ámbitos: físico, moral y psíquico. Prescribe de este modo: “Artículo 2º.-Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

---

<sup>38</sup>En Métodos Feministas en el Derecho. Aproximaciones a la jurisprudencia peruana. Marisol Fernández y Félix Morales (2012) Bartlett propone un método feminista que se compone de básicamente tres aspectos: 1) identificar y cuestionar aquellos elementos de la doctrina legal existente que excluyen o ponen en desventaja a las mujeres y miembros de otros grupos excluidos (plantear la «“pregunta por las mujer”»); 2) respuestas pragmáticas a dilemas concretos antes que elecciones estáticas entre perspectivas opuestas, que a menudo no encajan desconcentradas (razonamiento práctico feminista); y 3) buscar conocimientos profundos y perspectivas ampliadas a través de compromisos colaborativos o interactivos con otros basados en la experiencia y narrativa personales (aumento de conciencia).

Para el constitucionalista, Landa Arroyo (2010, p. 67) quien refiriéndose a estas tres dimensiones de la integridad física, nos recuerda que el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente 2333-2004-HC/TC; explica que el derecho a la integridad personal comprende el libre desarrollo del proyecto de vida en sociedad, de acuerdo a las costumbres que le asisten a las personas, así como el ejercicio de determinadas conductas que las identifican como parte de dicha comunidad (...) Además, dicho Tribunal en la sentencia emitida en el Exp. 1429-2000-HC, ha establecido que el trato inhumano se presenta siempre que se ocasione en la persona sufrimientos de especial intensidad, veamos:

7. Dentro del concepto de "tratos inhumanos", identifican aquellos actos que "producen intensos sufrimientos y daños corporales, a veces de importancia", que, empero, no llegan al extremo de la tortura, pues "En las torturas se incluyen aquellos tratos inhumanos deliberados que producen sufrimientos graves y crueles, constituyendo la tortura una forma agravada y deliberada de penas o de tratos crueles, inhumanos o degradantes". (...) En la sentencia precitada, el Tribunal Europeo entiende que se está ante un trato inhumano cuando se infligen sufrimientos de especial gravedad o severidad. Es decir, "un mínimo" de gravedad o severidad del trato. Ahora bien, "(...) La apreciación de este mínimo es relativo por esencia; él depende del conjunto de circunstancias del caso, tales como la duración de la aflicción, sus efectos físicos o mentales y, a veces, del sexo, la edad y del estado de salud de la víctima, etc.". (Europe Court of Human Rights, Case of Ireland v. United Kingdom, 18 de enero de 1978, párrafo N.º 162). Desde luego, según esto, conductas que, en principio, estarían en el ámbito de un trato inhumano, podrían devenir en una forma de tortura si los sufrimientos infligidos alcanzan una mayor intensidad y crueldad.

En consecuencia, el trato inhumano se presenta siempre que se ocasione en la persona sufrimientos de especial intensidad; y se estará ante un trato degradante si la

ejecución de la pena y las formas que ésta revista, traen consigo humillación o una sensación de envilecimiento de un nivel diferente y mayor al que ocasiona la sola imposición de una condena.

Como podrá advertirse, el enfoque de género, sirve para observar como la violencia contra las mujeres constituye una forma de discriminación, en tanto limita su acceso a los derechos, pues tiene al género como resultado de un proceso de construcción social mediante el cual se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres (Castillo Aparicio, 2014, p. 22).

Cabe señalar que con relación a la violencia de género los organismos internacionales se han manifestado. Así pues, las Naciones Unidas en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, lo ha definido como:

Todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la vida privada.

En la misma declaración, en el artículo 2, se incluyen en la categoría de actos de violencia contra las mujeres, aunque sin limitarse a ellos, los siguientes:

La violencia física, sexual y psicológica en la familia y en el entorno, incluidos los golpes, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales que atentan contra la mujer; la violencia ejercida por personas distintas del marido y la violencia

relacionada con la explotación; la violencia física, sexual y psicológica al nivel de la comunidad en general, incluidas las violaciones, los abusos sexuales, el hostigamiento y el acoso y la intimidación sexual en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros ámbitos, el tráfico de mujeres y la prostitución forzada, y la violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, donde quiera que ocurra.

De este modo, la violencia de género tiene un carácter pluriofensivo a los bienes jurídicos tutelados por el derecho y en su versión represiva por el Derecho Penal, de allí que el Tribunal Constitucional español haya considerado que su LO 1/2004 referido a la violencia género, establezca que la defensa de la mujer es prioritaria pues “(...) en el ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud), y su libertad y dignidad están insuficientemente protegidos”. En tal sentido el Tribunal aludido, concibe a la violencia de género como una forma de delincuencia especialmente agravada, que lesiona varios derechos fundamentales: no sólo los bienes jurídicos básicos como la vida, la integridad física o la salud, sino también otros fundamentales como la libertad y la dignidad de la persona (Polaino – Orts, 2012, p. 27-28).

En este punto, conviene citar lo vertido por la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia emitida el 8 de junio de 2016, párrafo 9, señale al resolver exequible la demanda de inconstitucionalidad contra el literal e) del artículo 2 (parcial) de la Ley 1761 de 2015 por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones que:

Los antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza de ésta a los que se refiere el literal e) acusado, son complementarios al hecho de matar a una mujer por el hecho de serlo o por su identidad de género, y se establecen como situaciones contextuales y sistemáticas, que pueden ayudar a develar el elemento subjetivo del tipo penal.

### **2.3.2. El género como categoría que confronta el sistema legal neutral**

Autores como Poyatos i Matas (2017, p. 172), señalan que juzgar con perspectiva de género no es una ideología ni -solo- una propuesta hecha desde el movimiento feminista; es más bien un mandato jurídico vinculante para los órganos jurisdiccionales, tal y como se señala en el Dictamen del Comité CEDAW – Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) del 16 de julio de 2014; entre otros. Por ello, acogiendo esta postura, sostenemos que este imperativo alcanza a todos los funcionarios responsables de investigar actos delictivos donde se encuentran involucrada una mujer, principalmente como víctima, o como agresora.

En este punto, tal como ya lo hemos manifestado, concordamos con la expuesto por Susan Enmenegger (2001, 46), quien, haciendo alusión a la crítica feminista del derecho, señala que el abordaje de la denominada “cuestión femenina” formulada en diferentes dominios del derecho, conduce a desmontar (deshacer) la pretensión del derecho a la neutralidad y a la objetividad sexual. Ella expone que la a través de un método parcial y subjetivo, la crítica feminista evidencia la parcialidad y subjetividad del derecho mismo. Afirma, por tanto, que el derecho, es un derecho de género y que este género es el masculino.

Ahora bien, la categoría de análisis denominada género, ha servido y sirve para dar cuenta de la desventajosa posición social de las mujeres a lo largo de la historia y que al decir de Katharine Bartlett, ha permitido cuestionar la supuesta "neutralidad de las normas sino también la pretendida objetividad y "neutralidad" en la aplicación del derecho; de modo tal, que el derecho no solo no es neutral, sino que la retórica liberal de la igualdad es el manto tras el que la legalidad patriarcal estructura la opresión basada en el sexo. Es decir, en palabras de Bergalli & Bodelón (1992, p.47) un "derecho sexuado", que implica interrogarse sobre la neutralidad e imparcialidad del derecho mismo.

Parafraseando lo dicho por Payatos i Matas, para entender ¿por qué? y ¿para qué? hay que investigar, acusar y juzgar con perspectiva de género, debe partirse de los estereotipos, prejuicios y roles sexistas como base de la discriminación contra las mujeres (vigentes incluso en los países más avanzados en la protección de los derechos humanos); lo cual genera una obligación para mirar desde otra óptica la problemática de violencia y delitos que involucran a las mujeres. Es decir, que si el derecho penal refuerza una construcción del género, donde su papel coercitivo orientado a desarrollar fórmulas de control en la mayoría de veces en perjuicio de las mujeres; pero con herramientas integradoras como la construcción del género, esta situación, también se puede revertir; un resultado inverso a lo que venía ocurriendo.

Estereotipar, señala esta autora, tiene un origen social, se construye a través de la observación, se integra a nuestra percepción, y se interna en el inconsciente; y posteriormente se convierten en prejuicios que van determinando la forma como “se debe ser”.

Cuando los estereotipos de género, principalmente ingresan en aquellos entes que integran el sistema de justicia (policía, Ministerio Público y Poder Judicial), se genera una distorsión en la forma de abordar un caso; contribuyen a la perpetuación asimétrica de las relaciones sociales entre hombres y mujeres, en documentos institucionales (informes policiales, disposiciones y requerimientos fiscales, y sentencias).

## **2.4. ALCANCES DE LA ESTRUCTURA DEL DELITO Y SUS COMPONENTES EN LA TIPICIDAD SUBJETIVA PARA EL ABORDAJE DE DELITOS VINCULADOS A UNA “VÍCTIMA MUJER”**

### **2.4.1. Cuestionando la teoría del delito desde la perspectiva de género**

Tal como lo señala la Dra. Rosa Mavila (2017, p. 20), la dogmática penal, mirada desde una criminología cautelar, propone desde su método, construir un saber dogmático del derecho penal, que respete e incorpore los datos de la realidad y que, a su vez, lo dote de sentido y fundamento expresamente orientado a una funcionalidad política que es la de impulsar progresivamente el Estado de Derecho, lo que implica contener y reducir el ejercicio – que siempre afirma dicha autora, deviene en irracional y selectivo- del poder punitivo.

Mavila, precisa que se busca un método de interpretación ontológico-teleológico. A su turno, Eugenio Zaffaroni (2007, p. 59) en dicha obra colectiva, al abordar la evolución de las categorías jurídico-penales desde una perspectiva política filosófica; se formula la pregunta: ¿Es posible un Derecho que corresponda a un Estado neutro en una sociedad?, respondemos que no, pues eso implicaría también que el Derecho, y en particular el derecho penal, persista en sancionar aquellas conductas neutras, sin distinción de aquellas conductas que revisten especial reproche social sobre todo cuando la víctima es mujer o tiene esa cualidad; sobre todo en los delitos que hoy han sufrido importantes cambios en su consecuencia jurídica trascendente: la pena.

Ahora bien, en este sentido, el enfoque de género deviene en la herramienta que cuestiona esta neutralidad y que en la actualidad ha trastocado no sólo el derecho penal, sino también el derecho de familia, el derecho laboral, entre otros. Al respecto, Montoya Vivanco (2011, p. 146), al referirse a la dogmática penal funcional y los métodos jurídicos feministas, indica que estos son criterios que orientan el proceso intelectual a través de los cuales los operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados, etc.) determinan tanto el contenido de las proposiciones jurídico-penales (para ver qué casos concretos de la vida son sublimes en ellas) y que se probarán de cara a su relevancia penal o no. Y es aquí, cuando consideramos que este autor recoge la perspectiva de género para afirmar que los márgenes de discreción de los operadores jurídicos (policías, fiscales, abogados y jueces) deben

ser cubiertas no por criterios prejuiciosos, sexistas o discriminatorios; sino más bien, por métodos que Bartlett incluyen plantear “la pregunta por la mujer”, “el razonamiento práctico feminista” y “el incremento de la conciencia”.

En este sentido, la perspectiva de género, busca a reevaluar y volver a analizar el derecho penal y su intervención histórica por años, desde un enfoque integra derechos humanos como el derecho a la igualdad y no discriminación. Ahora bien, siguiendo el razonamiento de la dogmática funcional valorativa, que busca la prevención del delito desde los principios o valores en donde el sistema o teoría del delito se reinterpreta a través de los criterios valorativos referidos a los fines preventivos de la pena y los principios garantistas constitucionalmente reconocidos (Montoya Vivanco, 2011, p. 156).

#### **2.4.2. El derecho penal desde la perspectiva de género: los delitos que involucran su análisis (violencia sexual, violencia familiar y feminicidio)**

Hasta aquí, hemos evidenciado la forma en que, desde la perspectiva, o enfoque de género, la Política Criminal de nuestro país, ha cambiado, y esto se ha debido a la nueva mirada que se tiene del poder punitivo y su utilidad sobre todo en la sanción de la conducta individual, más que en la prevención general de la pena.

Sin embargo, debemos resaltar que la introducción de criterios (métodos) de análisis que la perspectiva de género, ha permitido realizar en el derecho, y en particular en el derecho penal, un mayor impacto con la introducción de delitos relacionados con la violencia sexual, violencia familiar y feminicidio. Montoya Vivanco (2011, p. 157), nos da un ejemplo y señala que el impacto de estos razonamientos en el Derecho penal radica en el entendimiento de la violencia como elemento del delito de violación sexual (art. 170 del Código Penal); sin embargo, no todo es positivo o pacífico respecto de la implementación en la práctica de la ley.

Rivas La Madrid (2018, p. 124) al analizar la interpretación sistemática al tipo penal de agresiones entre los integrantes del grupo familiar, señala y resalta las dificultades aplicativas de la incorporación del artículo 122-B al CP que criminaliza las lesiones físicas que requieren menos de diez días de asistencia o descanso, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual, producidas en el interior de la familia o contra la mujer. La autora consultada, señala que dicho delito debió más bien seguir en el rubro de la falta, pues su ataque mínimo a la integridad, presenta una escasa lesividad; siendo la crítica principal que por disposición de la Ley n.º 30710 del 28 de diciembre del año 2017, que modificó el artículo 57 del CP, se estableció que las sanciones sean de pena privativa de libertad efectiva.

La propuesta principal de la doctora Rivas, se orienta a proponer el análisis del contexto de violencia, en procura de ubicar los hechos acordes con los principios dogmáticos penales de *última ratio* del Estado, pues el derecho penal no está destinado a proteger todo bien jurídico, ni defender los bienes escogidos de cualquier ataque (p. 126) señalando que se analicen e interpreten adecuadamente los elementos normativos y descriptivos del tipo penal, pues el error es que se viene interpretando como un elemento objetivo-descriptivo del tipo penal o que se comprende en lenguaje común como violencia familiar, y no el elemento normativo-jurídico del tipo, lo que ha desarrollado la disciplina del derecho de familia como violencia familiar, proponiendo finalmente, realizar la diferencia entre violencia y conflicto familiar.

El primero, alcanza un impacto intolerable para la víctima, mientras que el segundo, es un escenario donde no existe un sometimiento de la víctima.

Ahora bien, respecto al delito de feminicidio, ha sido gracias a la perspectiva de género que su inclusión como tipo penal autónomo ha permitido que el sistema judicial pueda advertir que, en la muerte violenta de una mujer, existe un contexto que lo diferencia, en la mayoría de las veces del homicidio simple o del calificado. Ese elemento subjetivo interno basado en el contexto de discriminación, permite que, al momento de la investigación y juzgamiento, se valoren desde otra perspectiva la prueba necesaria para lograr una sentencia condenatoria.

En el delito de feminicidio existe una discriminación expresa del sujeto agente a la víctima, que hace que aquélla se encuentre sometida o en una situación de vulnerabilidad por su condición su rol de mujer socialmente otorgado. Es por la perspectiva de género, donde el análisis de la conducta del sujeto, denota una impronta de discriminación y desprecio a la víctima. Similar situación, se puede advertir en los casos de violencia sexual, donde predominantemente la víctima es una mujer, en cualquier etapa de su vida. A diferencia de los varones cuyo porcentaje de victimización es infinitamente menor.

## **2.5. ASPECTOS DOGMÁTICOS PENALES DE LOS DELITOS QUE TIENEN COMO VÍCTIMA A UNA MUJER**

### **2.5.1. La perspectiva de género en los delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en su figura de Feminicidio, Lesiones derivadas de violencia familiar**

Al respecto tal y como se puede apreciar de la actual tipificación de estos delitos conviene precisar lo siguiente. En principio el artículo 108 B del Código Penal, señala en su modalidad básica, cuatro contextos que vienen hacer escenarios regidos por el factor de discriminación, para su configuración como elemento subjetivo del tipo, que distinto al dolo, reviste el carácter particular de este delito, donde la víctima es una mujer y es muerte por su condición de tal.

El feminicidio, como manifestación extrema de la violencia hacia la mujer, y que tiene como antecedente en la escalada de la violencia, al delito de Lesiones derivadas de la violencia que se ejerce en contra de las mujeres e integrantes del grupo familiar, que lo podemos encontrar en el artículo 121, 121-B, 122 y 122-B del Código Penal. En una investigación anterior, hemos propuesto también que el enfoque de género, exige que se incorpore el factor de discriminación, como un elemento distinto al tipo penal, y que debe entenderse como aquel elemento que distingue a la muerte de una mujer por violencia de género, de un homicidio simple o un homicidio calificado.

Ahora bien, en virtud a los supuestos y penas que en cada tipo penal se establece, podemos advertir que existe un justificado cuestionamiento para determinar si la introducción del enfoque de género, ha resultado que el derecho penal sea eficaz, frente a la violencia generada en contra de la mujer; y al respecto traemos a colación la propuesta de La Madrid Rivas (2019, pp. 185-200), quien con relación al abordaje punitivo, de la violencia familiar, propone la búsqueda de un equilibrio más eficaz para la solución al conflicto.

Al respecto, esta misma autora, señala la necesidad de diferenciar los actos de violencia de aquellos actos de conflicto que podrían dar lugar a actos de violencia por discriminación en contra de la mujer, con miras a determinar cuál es el desvalor de la conducta en los delitos de violencia de género y contra los integrantes del grupo familiar; cuya

presencia del derecho penal se ha incrementado más por la condición de la víctima (mujer) que por el desvalor de la acción.

Ahora bien, mirando con enfoque de género los delitos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, que pueden concretarse en lesiones derivadas de violencia familiar que actualmente tienen como principal recurso al derecho penal, es de advertir que se privilegia la imposición de la pena privativa de libertad; situación que genera problemas vinculados a aspectos procesales y sociales, en tanto no existe una postura de equilibrio que pueda generar la restauración frente al conflicto, sino más bien, la punibilidad de la conducta.

En cuanto a los problemas penales y procesales para el caso de los delitos sancionados en los artículos 122, inciso c), d) y e) y artículo 122-B del Código Penal, que han sido abordados por ejemplo con el Acuerdo Plenario n.º 009-2019/CIJ-116 titulado “Violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar. Principio de Oportunidad, acuerdo reparatorio y problemática de su punición”. En dicho acuerdo, se establece que “la incorporación del enfoque de género abona en la facultad de administrar justicia con igualdad y busca garantizar la protección de los derechos fundamentales, igualdad de oportunidades”.

En este Acuerdo Plenario, se hace un análisis minucioso de lo que se debe entender sobre violencia de género y como ésta se presenta en las relaciones interpersonales dentro de una familia o no. En ella se

hace hincapié en las reiteradas modificatorias realizadas al artículo 122 del Código Penal; dentro de los que se puede evidenciar los móviles que agravan un delito a la orientación sexual e identidad de género; lo que tiene que ver con la modificación al conjunto de las circunstancias agravantes de los delitos de feminicidio, las lesiones graves y las lesiones leves; la ampliación de protección-sanción contra la violencia psicológica; el descarte de la excusa absoluta cuando el delito se comete en contextos de violencia contra las mujeres, entre otros.<sup>39</sup>

Cuando en el fundamento 44 del citado Acuerdo, se concluye que la aplicación del principio de oportunidad y/o acuerdo reparatorio en casos de violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, desnaturaliza el objetivo de la Ley n.º 30364, desarrollando la interpretación y aplicación que se realice del artículo 2, inciso 6 del Código Procesal Penal. Por tanto, resalta que para el caso de los artículos 122, inciso 3, literales c), D) y E); así como en el caso del artículo 122-B del Código Penal, referidas a lesiones y agresiones en contextos de violencia de género y violencia intrafamiliar, no son susceptibles de ningún tipo de conciliación y por ende no cabe acuerdo reparatorio alguno. Justifica esta situación en el “actual e intenso interés público”. Sin embargo, aquí surge la interrogante: ¿es suficiente el reproche o rechazo social a la conducta del sujeto agente, para que se encuentre justificada la recurrencia como *prima ratio* al derecho penal?, ¿cómo queda el principio de lesividad penal frente aquellos actos que

---

<sup>39</sup> Al respecto, se puede advertir el fundamento 27 del Acuerdo Plenario N° 09-2019/CIJ-116 emitido en el XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial.

general un desvalor no suficiente para la exigencia de punibilidad estatal?

Véase al respecto, lo establecido por el artículo 57° del Código Penal, modificado por la Ley n.º 30710<sup>40</sup>, que descartó la posibilidad de aplicar como medida alternativa a la pena privativa de libertad, la suspensión de la ejecución de la pena para el caso de los condenados por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, no implica la exigencia de condena previa para su aplicación. Sin embargo, es importante considerar las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a partir de la medición de la intensidad del delito, que permite determinar o medir la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita o el mayor o menor grado de reproche que la conducta merece. Rivas La Madrid (2019, p. 186), al respecto señala que: “Mediante las circunstancias se puede apreciar si un delito es más o menos grave, y partir de ello ponderar el alcance cualitativo y cuantitativo de la pena que debe imponerse al autor o partícipe”.

Sin embargo, bajo el enfoque de género, presente en las modificaciones y abordaje a los delitos contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, las posibilidades de recurrir a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal quedan determinadas por el tipo de

---

<sup>40</sup> Esta ley, publicada el 29 de diciembre de 2017, modificó el último párrafo del artículo 57 del Código Penal señaló: (...) la suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable (...) para las personas condenadas por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar del artículo 122-B y por el delito de lesiones leves previsto en los literales c), d) y e), del numeral 3 del artículo 122-B y por el delito de lesiones leves previsto en los literales c), d) y e), del numeral 3 del artículo 122 del Código Penal.

violencia frente a la cual estamos. Así, en el caso de los delitos de violencia contra la mujer en razón de su género, existe un elemento típico denominado “por su condición de tal”; mientras que para el caso de la violencia contra los integrantes del grupo familiar, encontramos el elemento típico vinculado con el primero contexto “violencia familiar”, descrito en el artículo 108-B del Código Penal. Y cuando en los tipos penales bajo comento (121, 121-B y 122 así como el 122-B) se hace alusión a las características de la víctima ya sea por su edad, adulto mayor, gestante, entre otros, se está refiriendo el agravante vinculado con la calidad de la víctima. De allí, que la justificación a la incorporación de tipos penales género-específicos, es porque el sistema legal, mantiene una estructura bajo ciertos estereotipos sociales, donde se hace necesario precisar diferencias.

Es de apreciar, la necesidad de poder diferenciar la violencia familiar del conflicto familiar, en ánimo de justificar la conducción de un caso por la vía penal, a propósito de esta postura punitiva del Estado y la drasticidad de la norma para abordar la violencia de género. En tal sentido, compartiendo lo esgrimido por la doctora Rivas La Madrid (2019, p. 198), se dirá que:

La violencia se caracteriza por el uso deliberado de la fuerza física o el poder, es repetida, reiterada y prolongada en el tiempo, corresponde a una situación patológica, exclusión y un vínculo de abuso y sumisión; caracterizado por una relación vertical de poder (desbalance de poder) donde se trasgreden los derechos de la víctima y existe sometimiento a la voluntad del agresor.

De modo tal que entender el concepto de violencia debe ser entendida como la creación o aprovechamiento de un contexto de coerción, a raíz de la interacción de la víctima y victimario en un contexto de abuso de poder y sometimiento, en el que las lesiones son el resultado de la negativa de la víctima a someterse (2020, p. 134)

En este punto, sostenemos que la intervención punitiva del Estado, podría estar plenamente justificada desde una postura garantista y de tutela efectiva de los derechos fundamentales, si los tipos penales no transgreden principios sustantivos y procesales para ambas partes. Por ello, los tipos penales, desde esta teoría, deben pasar el filtro de constitucionalidad y convencionalidad desde su elaboración.

Ahora bien, como sostiene la Dra. Rivas La Madrid, dentro de los conflictos familiares, cabe hacer precisiones necesarias para justificar la intervención del derecho penal. En el caso del conflicto, la autora precisa que (2019, p.198) estos son problemas generados de las discusiones o contraposición de intereses entre familiares, y son manejados mediante el diálogo, la comunicación u otras formas de solución. Eventos que son considerados normales; sin embargo, que los familiares involucrados en el conflicto recurrente a las conductas violentas para imponer su posición o intereses sobre los demás, entonces la problemática se acrecentará y se pasará a un contexto de violencia familiar. Lo cual no será menos gravoso pues, como se indicó líneas arriba, estos hechos podrían incurrir en delitos como la tentativa

de feminicidio. Lo que hace ver (recurriendo al principio de lesividad y *última ratio*) que solo en aquellos hechos de vulneración irreversible al bien jurídico, corresponda justificar la intervención del derecho penal.

### **2.5.2. Abordaje desde la perspectiva de género en los delitos contra la Libertad Sexual, en su figura de Violencia Sexual y Acoso Sexual**

Hemos venido sosteniendo y evidenciando como los últimos años nuestro país ha enfrentado retos en su programa penal. Los cambios en la normatividad penal relacionados con víctimas mujeres - predominantemente - sanciona con penas altísimas (hasta llegar a la cadena perpetua) los delitos vinculados al abuso sexual y violaciones sexuales. Al respecto, el Código Penal, en el Capítulo IX referido a “Violación de la libertad sexual”. Contempla catorce (14) delitos que se rotulan con diferente denominación: “violación de la libertad sexual”, “violación sexual”, “actos contra el pudor”, “violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir”, “violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento”, “violación sexual de menor de edad”, “violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave”, “violación de persona bajo autoridad o vigilancia”, “violación sexual mediante engaño”, “tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento”, “tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores”, “acoso sexual”, “chantaje sexual”.

Sin embargo, existen también los contenidos en el rubro del “Proxenetismo”. Encontramos allí, al delito de “favorecimiento a la prostitución”, “delito de cliente del adolescente, donde el consentimiento brindado en el marco de una prestación económica con un adolescente entre catorce y dieciocho años, carece de efectos jurídicos, y tiene una pena privativa de libertad entre 15 y 20 años de cárcel. El “delito de rufianismo”, “delito de proxenetismo”, “promoción y favorecimiento de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes”, “publicación en los medios de comunicación sobre delitos de libertad sexual contra niñas, niños y adolescentes”.

Hay que agregar también, los delitos relacionados con las “Ofensas al Pudor Público”, donde encontramos las exhibiciones y publicaciones obscenas”, “la pornografía infantil”, “proposiciones a través de la tecnología a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales”.

La diversidad de estos delitos y su comprensión cuando la víctima es mujer, ha hecho que la Corte Suprema de Perú brinde acuerdos plenarios como el Acuerdo Plenario n.º 1-2011/CJ-116, donde se desarrollan consideraciones para la apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual. En él, se reconoce que los delitos de violencia sexual, es una de las peores formas de agresión a la dignidad, la vida y la integridad de las mujeres (en cualquier etapa de su vida), y también hacia los niños. El enfoque de género, nos permite evaluar como el sujeto agente se aprovecha de esa relación de dominio y

confianza; donde los prejuicios y estereotipos tradicionales que impregnan desde antiguo la mentalidad social discriminan especialmente contra las mujeres, generando impunidad en algunas situaciones donde la única prueba es el testimonio de la víctima.

Cabe mencionar, que un punto importante en estos delitos se vincula con el consentimiento de la víctima, donde se impone todo rechazo al estereotipo de género al momento de apreciar judicialmente la prueba, lo cual también es una obligación para policías y fiscales al momento de realizar la investigación del delito.

Entonces, la perspectiva de género, es asumida por este acuerdo plenario que abordando la libertad sexual, sigue la línea jurisprudencial emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos e implica: i) reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los varones como grupo social, discriminado a las mujeres en toda su etapa de vida; ii) también implica reconocer que las relaciones de poder han sido constituidas social e históricamente y son constitutivas de las personas; así como también iii) señalar que esas relaciones atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales, como las de la clase, etnia, edad, preferencia sexual, etc. (ver Fundamento jurídico n.º 10).

En suma, la violencia sexual, viene ser ejercida sobre todo hacia las mujeres, y refleja relaciones de poder históricamente desiguales entre

mujeres y hombres, que en alguna oportunidad tuvieron amparo en el Derecho y en especial en las normas vinculadas al matrimonio y la propia familia. De allí que, el Sistema Judicial deba incluir un análisis del enfoque de género en la resolución de casos.

### **2.5.3. Recurriendo a la conversión a delito, de actos de poca relevancia social: la cuestión de la sobre criminalización**

Husak Douglas (2013), hace ver que la corriente de sobrecriminalización es un fenómeno que no solo se presenta en América Latina, sino también en país como Estados Unidos, que, a pesar de ser potencia, vienen cargando al sistema penal de conductas que no deberían ser criminalizadas; proponiendo en cambio una **“teoría de la criminalización”** basada en cuatro restricciones internas de orden penal y de orden constitucional. Considera entonces la restricción que se propugnan lo que sería la mínima intervención del Derecho penal, en función a la consideración del daño, lesión al bien jurídico, teorías justificatorias de la pena.

A través del Decreto Legislativo n.º 1323, publicado el 6 de enero de 2017, modificado mediante Ley n.º 30819, publicado el 13 de julio de 2018, se incorporó el artículo 122-B del Código Penal, a través de la cual el delito de lesiones físicas que requieran menos de diez días de asistencia o descanso, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual que no constituya daño psíquico, y que sean producidas en el interior de la familia o contra la mujer, bajo los contextos de

violencia familiar, coacción, hostigamiento o acoso sexual, abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente, cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

Nótese que en esta conducta el desvalor de la acción se vincula con la calidad de la víctima, en este caso un tipo de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar. Ello, en concordancia con el artículo 25 de la Ley 30364, que prohíbe la confrontación y la conciliación entre la víctima y el agresor; de modo tal, que no cabe ninguna solución que no sea la imposición de la pena privativa de libertad. Y si bien, podemos estar frente a una violencia distinta, por la cualidad de los sujetos, cierto es también que se debe determinar si el Derecho Penal, soluciona adecuadamente este tipo de violencia, cuando probablemente por el principio de lesividad penal, sea posible desarrollar acciones de restauración a favor de la familia o las relaciones interpersonales.

De allí que, en concordancia con lo establecido por Rivas La Madrid (2018. p. 148), “la criminalización de las lesiones levísimas entre familiares ha traído diversos cuestionamientos, uno de estos sería el ataque mínimo a la integridad, y que, por su escasa lesividad al bien jurídico protegido, no debería ser criminalizado”. Y más bien, desde este estudio, proponer criterios jurídicos para la integración del enfoque de género, permite advertir que principios-derechos como la igualdad,

resulten aplicables para analizar un caso donde se presume al agresor varón y a la víctima en su rol de mujer. Aunque la crítica que también se ha evidenciado líneas arriba, haga advertir que resulta insuficiente el poder punitivo del Estado pues su análisis debe hacerse desde la proporcionalidad, principio que como mandato de optimización debe evitar la conculcación de derechos fundamentales acogidos por el programa constitucional, y no generar conflictos intrasistémicos.

Resulta tener presente que la crítica más severa a la incorporación de tipos penales y endurecimiento de penas en delitos donde la víctima es predominantemente una mujer, centra su argumento en señalar que el Derecho Penal victimiza a la mujer y legitima el poder del Estado al someter a “protección a la mujer”, impidiendo que se empodere. Promover la denuncia penal, no siempre es la salida de solución al problema que debería ser abordado desde la criminología, incidiendo en la prevención del riesgo y la comisión del delito, a través de la prevención primaria y secundaria, sin descuidar la terciaria, para evitar la reincidencia y/o habitualidad.

## **CAPÍTULO III: DISCUSIÓN Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

En el presente capítulo, procedemos a desarrollar, en principio, la discusión de nuestros resultados, y de otro lado, la contrastación de la hipótesis que ha sido planteada dentro de los aspectos metodológicos de esta investigación. Para lo cual, iniciaremos exponiendo las evidencias halladas en la consecución de cada uno de los objetivos plantados.

### **3.1. DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

El primer objetivo de nuestra investigación tuvo como propósito analizar la relevancia de la integración de la perspectiva de género o enfoque de género como categoría de análisis en la teoría del delito para abordar desde la tipicidad subjetiva delitos vinculados a una víctima mujer.

Así las cosas, debemos tener presente que el género, es un concepto social y por ello es cambiante, y en este proceso la sociedad va atribuyendo ciertas características y roles a hombres y mujeres, sobre la base de su sexo. Entonces, en enfoque de género, se convierte en un instrumento de análisis para entender mejor cómo diferentes sociedades y épocas construyen las diferencias y dan legitimidad a las desigualdades entre hombres y mujeres, especialmente en sus relaciones, y cómo éstas han influenciado también en el derecho. Por tanto, la perspectiva de género, o como la Ley n.º 30364 contempla, el enfoque de género, género ofrece también elementos para la formulación de estrategias que permitan superar estas desigualdades.

Al respecto, ha quedado en evidencia durante la investigación, que como tal, la perspectiva de género, permite determinar las diferencias estructurales de carácter social que ha trascendido en lo jurídico, en la mirada que el derecho ha tenido de estas relaciones tanto en el espacio público como en el privado, casi siempre, con una pretensión a la neutralidad y objetividad sexual (Enmenegger, 2001, p. 46), pero evidentemente en perjuicio de las mujeres y sus derechos; de manera particular en cuanto al derecho a la igualdad y no discriminación. Aquí el discurso legitimante del poder punitivo, ha estado por encima de aquel discurso antidiscriminatorio (Zaffaroni, 2009, p. 321).

Por ello, y con razón sustentada, todavía se mantiene vigente aquella pregunta formulada por Hurtado Pozo (2001, p. 34) “*¿de qué manera el sistema de control penal ha contribuido a crear y reforzar las distinciones injustas entre los géneros, en detrimento de los femenino?*”. La respuesta a esta interrogante la hemos encontramos en el argumento expuesto por Susan Emmenegger (2001, p. 47), cuando señala que desde el punto de vista de todas las perspectivas de género han sido constantes en criticar la pretensión del derecho de ser objetivo y neutral. Afirmando que persiguen el fin de crear un derecho igualitario. En este entender, “en ciertos casos están de acuerdo sobre los efectos de discriminación y los efectos de igualdad de ciertas reglas jurídicas, instituciones o conceptos jurídicos”. Es decir, el por qué se debe incorporar la perspectiva de género implica partir del abordaje de los estereotipos, prejuicios y roles sexistas como base de la discriminación contra las mujeres. Así lo sostiene también Poyatos i Matas, (2017, p. 174).

Asumir que el derecho penal erradicará la violencia, es razonablemente imposible. Por tal razón, Bergalli y Bodelón (1992), nos hacen ver que construir un problema en términos de delito implica considerar la respuesta penal como adecuada a ciertos objetivos que pueden ser la disminución de la incidencia del problema, a través de la amenaza de la pena o reclusión del responsable; o la asunción del problema como "elemento negativo", colectivamente reconocido y por tanto, legitimar con ellas las reivindicaciones del grupo que lo planea, o, en último término, provocar cambios en la percepción del problema y de sus significado. Sin embargo, como hemos visto, existen no solo argumentos sino evidencia fáctica de que es iluso asumir que la norma penal erradicará el delito y la violencia generada.

Se advirtió, también, durante la investigación cómo el derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres, ha pasado por procesos de lento reconocimiento que han tenido que caminar desde la generalidad hacia la especificidad. Encontrando así, cuatro estadios importantes para que esta brecha de desigualdad no solo formal sino material, pueda considerarse y revertirse. Así tenemos: i) la positivación, 2) el proceso de generalización, 3) la internacionalización y finalmente 4) el proceso de especificación.

Tenemos como evidencia que, en cuanto a la introducción en el derecho de la perspectiva de género, ha sido a partir del Pacto Internacional de los Derechos Políticos, Sociales y Culturales; la Convención Americana de los Derechos Humanos; y otras normas de carácter internacional y con característica de una norma *ius cogens* las que actualmente, representan el proceso de

internacionalización de los derechos referidos a la igualdad y no discriminación; pero que además han permitido el desarrollo de la perspectiva de género para el cumplimiento de este objetivo.

Se ha observado que ha sido en el derecho convencional, donde la perspectiva de género mirada como promoción del derecho a la igualdad y no discriminación respecto a las mujeres, alcanza una cobertura a nivel de organismos con jurisdicción internacional. Aquí resaltamos la importancia de los tratados y convenciones internacionales que constituyen *normas ius cogens*, ubicadas dentro de aquellas “normas que protegen los derechos fundamentales de las personas en su proyección humanitaria y universal”<sup>41</sup>.

Precisamente, este marco legal internacional viene a constituir el escenario en el que se gesta el desarrollo el enfoque de género, cuyo concepto legal lo encontramos en el artículo 3, inciso 1 de la Ley n.º 30364, como mecanismo de promoción de aplicación del derecho, en procura de evitar discriminación en la ley. Así, podemos citar a: i) Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer – CEDAW; ii) Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém Do Pará” (primera en usar el término género). Además de la emisión de Observaciones que dan contenido a cada derecho que involucra a las mujeres.

---

<sup>41</sup> Roberto Puceiro, nos indica que las normas *ius cogens*, se pueden agrupar en tres categorías: i) Normas que protegen los intereses y valores de la comunidad como tal; ii) Normas que protegen los derechos de los Estados como tales y en sus relaciones recíprocas, en tanto que miembros de la sociedad internacional, y iii) Normas que protegen los derechos fundamentales de las personas en su proyección humanitaria y universal.

De este modo, se ha ido logrando la concreción del proceso de especificación, donde a partir del desarrollo jurisprudencial, principalmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es que el derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres, cobra relevancia en función a cada caso que de manera particular se somete a conocimiento y pronunciamiento de esta instancia. En nuestro caso, con la Corte Interamericana de Derechos Humanos hemos tenido importantes pronunciamientos que han permitido dar cuenta de un tipo de violencia que afecta de manera particular a las mujeres por su rol que desempeña en la sociedad.

Solo como evidencia mencionaremos algunas sentencias de la Corte interamericana de Derechos humanos, emitidas para resolver casos específicos, dotando de contenido al derecho a la igualdad y no discriminación, mirados desde un contexto de violencia contra la mujer: i) Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (2012); ii) Caso Paola Albarracín y otra vs. Ecuador (2020); iii) Caso Castro Castro vs. Perú (2066); iv) Caso Gonzáles y otras («Campo Algodonero») vs. México (2009). Caso Masacre de las Dos Erres vs Guatemala (2009); v) Caso Fernández Ortega y otros vs. México (2010); donde se han abordado los casos relevantes directamente involucrados con la violencia.

A su turno, hemos advertido también que la Constitución Política peruana, al contemplar en el artículo 1, la dignidad del ser humano como fin de la sociedad y del Estado, promueve desde una perspectiva de principio-derecho a la dignidad como el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los

objetivos que este cumple; y que además constituye el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento jurídico (fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente n.º 2273-2005-PHC/ TC, 13/10/2006, Karen Mañuca Quiroz Cabanillas).

Cabe señalar también, que en el desarrollo que hace el Tribunal Constitucional (Sentencia del Expediente n.º 10-2002-AI/TC), indica que la dignidad de la persona es el sustrato axiológico y soporte estructural de la protección debida al individuo, como un *mínimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover. Y en este sentido, su consideración es tanto un principio como un derecho fundamental, tan igual como la igualdad, el debido proceso y la tutela jurisdiccional, entre otras.

También se advirtió que es la dignidad de la persona, desde una perspectiva convencional y constitucional, la que obliga a que la aplicación del derecho, y en particular en cuanto a la intervención del derecho penal, se tenga en cuenta la dignidad de las partes: agresor y víctima. En ambos casos el derecho penal, en su parte sustantiva y sobre todo procesal, tendrá que garantizar el ejercicio de aquellos derechos fundamentales que se encuentren vinculados con la libertad, y por ende con la dignidad de la persona.

Ahora, la situación cambia, cuando se analiza la Política Criminal de nuestro país. Pues se ha determinado que el Perú, carece de una estrategia organizada y sostenida para atacar la criminalidad; y como señala Zaffaroni (2011) y (2017), casi siempre se recurre al derecho penal, sobre la base de

una criminología mediática, generada por los medios de comunicación, y no siempre bajo estudios sustentados que orienten la labor legisladora. Por ello, afirma y con razón, que se está viendo en el poder punitivo un falso ídolo.

Se asume entonces que el poder punitivo del Estado, solucionará los problemas de desigualdad o relación asimétrica entre hombres y mujeres, careciendo de efectividad asumir que la huida simplista del derecho penal es la culminación de la violencia estructural.

Este escenario precisamente, ha sido el detonante para que, en esta última década, a nivel de Política Criminal, el uso del poder punitivo del Estado, acentúe su intervención con la tipificación de nuevas conductas delictivas y el incremento de penas, en aquellos delitos que tienen como víctima a una mujer. Intervención punitiva que se ha venido promoviendo sin considerar los principios del derecho penal en un Estado de Derecho, Social, Democrático<sup>42</sup>; olvidando que el artículo 43° de la Constitución Política peruana, señala “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana (...)”, características básicas de un Estado social y democrático de Derecho, sustentados en los principios esenciales de dignidad del hombre, libertad, seguridad, reconocimiento de los derechos fundamentales (fundamento jurídico 10, Expediente n.° 8-2003-PI/TC).

---

<sup>42</sup> Conviene señalar que Castillo Alva (2004), hace un interesante análisis de los principios penales y los separa de la siguiente manera: En un Estado de Derecho, ubica al principio de legalidad, prohibición de leyes penales indeterminadas; principio de prohibición de la retroactividad perjudicial de las leyes penales, principio de analogía *in malam partem*, principio de prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena. En un Estado Social, dicho autor clasifica al principio de intervención mínima; mientras que, en Estado Democrático, acoge a los principios de proporcionalidad, principio de humanidad de las penas, principio de culpabilidad

Ha sido vasta la revisión y recurrencia a doctrina en derecho penal, que abordan estos tres principios en el derecho penal, y que erigen como una de las características principales de esta rama del Derecho. Citaremos por ejemplo a Bramont-Arias Torres (2008); Klaus Tiedemann (2003), Jescheck (2014), Roxin (2006), Villavicencio Terreros (2014), Villa Stein (2014), Muñoz Conde & García Arán (2015); quienes coinciden en sostener que el poder punitivo del Estado, se encuentra en la Constitución del país, y que este obedece a principios que en su mayoría tienen un nivel constitucional, de allí que la recurrencia al derecho penal sea atendiendo a la necesidad, protección de derechos humanos y orientando a la protección de bienes jurídicos-penales. Empero, la carencia de una política criminal definida claramente, conlleva a desconocer que es la Constitución Política el límite al poder punitivo y que de ningún modo se contrapone a la directriz constitucional que busca proteger a través del artículo 44°, los derechos humanos de sus habitantes y generar seguridad en su convivencia.

Por tal razón, en el caso del “principio de necesidad o de mínima intervención”, se debe tener en cuenta que recurrir al derecho penal debe implicar un nivel de intolerancia social tal que sea necesario restablecer la convivencia social con su uso. Además, se precisa la necesidad de que el Estado haga el uso de su poder de privar de libertad de las personas a través de un “programa de control razonable del derecho penal”, siempre atendiendo a su cualidad de *última ratio* o *extrema ratio*, es decir cuando los demás medios de control social han fracasado. En buena cuenta, consideramos que en la investigación ha quedado notado que el derecho penal no debe ser usado para darle solución

a determinados actos estructurales que merecen cambios en diferentes espacios donde la persona se desarrolla (por ejemplo, en la etapa formativa y de control de su conducta por otros medios formales o informales) en etapa primaria y vía acciones estratégicas de la prevención del acto antisocial.

Al momento de aplicar la teoría procesal penal en la resolución de estos delitos (vinculados con el derecho a la igualdad y no discriminación), las dificultades no han desaparecido. Por ello, dentro de lo verificado, podemos dar cuenta la falta de claridad en este proceso de integración del enfoque o perspectiva de género que ha provocado la dación de casaciones y acuerdos plenarios que incluyen el enfoque de género y buscan orientar la labor de fiscales, jueces y abogados, durante el abordaje de casos donde la víctima es mujer. Sin embargo, el proceso no termina aún, y se avizora que, frente a los problemas sustantivos y procesales, la Corte Suprema, continuará convocando a la academia para dilucidar estos claroscuros que el género produce en el derecho penal.

De lo dicho precedentemente, podemos mostrar que posterior al año 2015, en nuestro país, la Corte Suprema de la República, ha emitido siete pronunciamientos que a continuación detallamos: 1) ACUERDO PLENARIO N° 1-2015/CIJ-116; Asunto: Sobre la aplicación judicial del artículo 15° del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes; 2) ACUERDO PLENARIO N° 4-2015/CIJ-116 Asunto: Valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual; 3) ACUERDO PLENARIO N° 001-2016/CJ-116 Asunto: Alcances típicos del delito de

feminicidio; 4) ACUERDO PLENARIO N° 002-2016/CJ-116 Asunto: Lesiones y faltas por daño psíquico y afectación psicológica; 5) ACUERDO PLENARIO N.° 5-2016/CIJ-116 ASUNTO: Delitos de Violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar. Ámbito procesal: Ley N.° 30364; 6) ACUERDO PLENARIO N° 06-2019/CIJ-116 ASUNTO: Problemas Concursales en los Delitos de Trata de Personas y delitos de Explotación Sexual; 7) ACUERDO PLENARIO N° 09-2019/CIJ-116 ASUNTO: Violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar. Principio de oportunidad, acuerdo reparatorio y problemática de su punición.

Todos estos acuerdos plenarios, buscan brindar criterios orientadores, atendiendo a que, de un lado, la perspectiva de género ha adquirido relevancia particular a la hora de aplicar la parte sustantiva y procesal de la norma penal. Y, de otro lado, porque esta aplicación no resulta pacífica, sino más bien confrontacional, sobre todo con la parte sustantiva del Derecho penal, esto es principios como la *última ratio*, fragmentariedad, subsidiaridad, principio de legalidad penal y en cuanto al análisis de la tipicidad subjetiva, abordando la conducta, típica, antijurídica y culpable; pero sobre todo la tipicidad subjetiva, cuando se analiza el dolo y un elemento de trascendencia interna trascendente diferente.

En este entender, en la persecución penal que se ha ejecutado, dentro del contexto de la violencia de género, viene implicando la reformulación en su abordaje desde el derecho penal, en particular desde el análisis que significa la teoría del delito, sobre todo a nivel de tipicidad subjetiva en el acto criminal.

No obstante, como lo sostiene Zaffaroni (2017), lo más riesgoso que se puede pretender es asumir que el derecho es objetivo y neutral; pues la incorporación de tipos penales, en la recurrencia simplista al derecho penal, obedece finalmente a la decisión de quien ejerce el poder, y que la construcción dogmática responde a una determinada política, pues nada es ingenuo. La ilusión insulsa de que el derecho penal planteado en los cambios normativos expuestos, no solo genera contradicciones intrasistémicas, sino que, crea una falsa expectativa de solución, sobrecriminalizando conductas (conflictos sin lesión a bienes jurídicos-penales), sino asumiendo que la promoción de la denuncia es una forma de empoderamiento de la mujer que finiquitará las violencias

La existencia de los variados acuerdos plenarios, constituyen en esta propuesta que presentamos, la evidencia más clara que el uso del enfoque de género al momento de abordar aquellos delitos donde la víctima es una mujer, no es claro. Por ello, la recurrencia a emitir “lineamientos de carácter general” a través de acuerdos plenarios, para que los jueces y juezas del Perú, hagan uso correcto de esta herramienta teórica, orientando también la labor de los fiscales y de la Policía Nacional del Perú; es sin embargo, una proceso cognitivo-aplicativo poco claro, lo que genera como evidencia de la investigación que aquellos delitos donde la víctima es una mujer, no existe en clave de predictibilidad, nada establecido pues depende de cada caso y la discusión no es pacífica.

El segundo objetivo de la investigación, buscó determinar sobre el contenido dogmático de la perspectiva de género y sus alcances para el Derecho Penal peruano. Al respecto, hemos podido advertir que existe una corriente teórica que indaga la forma de introducir dentro de la teoría del delito, la perspectiva de género. Esta inclusión, se integra cuando se trata abordar aquellos delitos que preeminentemente tienen como víctima a una mujer.

Así, podemos presentar como evidencia, a los delitos de violación sexual y sus diferentes modalidades, que se encuentra tipificados dentro de los capítulos de violación sexual, feminicidio (artículos 108-B), lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar (art.121-B), Agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar (art. 122-B); y la modificación generada al delito de trata de personas (art. 153) y los delitos conexos sancionados en los artículos 153-B, 153-C, 153-D, 153-F, 153-G. Esto último, podría enfrentarnos a un concurso de tipos penales.

Esta inclusión sobre todo se pone en práctica al momento del abordaje de los casos que tienen como víctima a una mujer. Verificando que, son los delitos de violación sexual, violencia de género, vinculado con (lesiones derivadas de violencia familiar, daño psicológico, trata de personas, vinculadas con la explotación sexual), los que generan dificultades de tipo sustancial y procesal, pues, bajo el contexto de la perspectiva de género, sobre todo en la calificación, exige una valoración dentro de parámetros antidiscriminatorios.

En este punto, hemos encontrado posturas en contra y a favor. De un lado, Poyatos i Matas (2017) que refiriéndose al texto de la Constitución española, afirma que la perspectiva de género, se convierte en el “principio de integración de la dimensión de género en la actividad jurídica”, y plantea tres fases judiciales a incorporarse: i) en la tramitación del procedimiento a través de cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad flexibilizan el rigor procesal y garantizan la tutela de las víctimas; ii) en la valoración de la prueba, distribuyendo la carga de la prueba de la discriminación, convirtiendo en relevante la declaración de la víctima; y, iii) en la aplicación de la normas sustantivas, para lograr mayor efectividad en la protección frente a la violencia de género, entre otros aspectos.

Por otro lado, Caro Coria (2001), si bien reconoce que existe discriminación jurídica manifiesta sobre todo en el terreno legislativo y en la práctica de los operadores del derecho penal y en los procesos de criminalización de las conductas, señala que la necesidad de interpretar un derecho penal sexual que incluye en enfoque de género, no debe significar la adopción -afirma- de género o perspectiva de género dentro de la teoría del delito. Señala que estas serían las posiciones contrapuestas. Es decir, aquellas investigaciones jurídicas de la igualdad de género frente a la cultura de discriminación de la mujer.

En esta misma línea de argumentación encontramos a Zaffaroni (2009), cuando alude a que el discurso antidiscriminatorio corre el riesgo de verse entrampado en un contacto no suficientemente hábil con el discurso

legitimante del poder punitivo. Este último es “una viga maestra de la jerarquización verticalizante” que alimenta todas estas discriminaciones y violaciones de la dignidad humana. Lo que permite advertir con argumentos más que razonables, que el enfoque de género no analizado desde una mirada antidiscriminatoria, termina también por afectar garantías y derechos del que es considerado agresor.

En tal sentido, cabe rescatar la postura de Rivas La Madrid (2020), quien propugna una tesis del equilibrio en la recurrencia al derecho penal para buscar una solución menos agresiva para el entorno de violencia al interior de la familia; ya que el fenómeno criminal de agresión a la mujer, más en un entorno familiar, debe apuntar a un enfoque restaurativo. De allí que sostenga en diferentes trabajos la necesidad de diferenciar la violencia del conflicto que se pueden presentar en los entornos familiares rodeados a elementos estresores.

Por tanto, se advierte que el uso de la perspectiva de género orientado a resolver el conflicto de violencia contra la mujer, ha generado una sobre criminalización en la persecución penal. La evidencia es cuantitativa, y si bien no ha sido la naturaleza de esta tesis, referencialmente, corresponde dar a conocer como desde el año 2017, la carga procesal por casos de violencia de género se incrementó ostensiblemente; en razón a las normas que fueron endureciendo la postura del Estado frente a la violencia, y que conforme se puede evidenciar con el Decreto Legislativo N° 1470, que nuevamente obliga

la remisión de los casos a la fiscalía penal; recurriendo a criminalizar todo acto de violencia en contra de una mujer.

Otra evidencia importante, pero a nivel Constitucional, la representa la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano, STC- 01479-2018-PA-TC, en cuyo fundamento jurídico 9, señala que la perspectiva de igualdad de género (no indica referencia a la perspectiva de género), debe ser entendida como una nueva mirada a la desigualdad y a la situación de vulnerabilidad de las mujeres. Y en tal sentido, también es una herramienta metodológica que necesariamente debe ser empleada en el ámbito institucional, así como en el privado.

En la sentencia, se recurre a la perspectiva a la igualdad, y no a la perspectiva de género, no entendemos el por qué, no obstante, ayuda a concretar las políticas públicas para lograr la igualdad entre hombres y mujeres, pues también encierra un contenido ético que brinda la legitimidad a las decisiones institucionales.

Ahora bien, en cuanto al objetivo número tres, este buscó describir los alcances de la estructura del delito y su componente en la tipicidad subjetiva para el abordaje de delitos vinculados a una “víctima mujer”.

Durante la investigación hemos determinado que la teoría del delito, se encuentra firmemente estructurada en sus componentes ya conocidos como: la acción, típica, antijurídica y culpable. Elementos que se encuentran

preestablecidos para determinar si una conducta constituye delito o no; de modo tal que estas características son comunes a todos los delitos.

Para el caso de nuestra investigación tenemos como evidencia que en los casos donde la víctima predominantemente es una mujer en su rol de tal; la conducta también reúne características de acción, típica, antijurídica y culpable; sin embargo, tal como lo hemos sostenido, se introduce a nivel de la tipicidad subjetiva (recordemos que la tipicidad objetiva y subjetiva son componentes de la tipicidad), un elemento importante que permite sostener el dolo en la conducta orientada a vulnerar los bienes jurídicos protegidos por delitos como el feminicidio, trata de personas con fines de explotación sexual, lesiones derivadas de violencia familiar, y delitos de violación sexual, ocurre que este elemento subjetivo, viene a exigir mayores elementos que permitan sustentar un caso, que exija el análisis que no se aplica a otros delitos donde la víctima, no es necesariamente una mujer. Para este caso, la propuesta permite recabar elementos objetivos de trabajo, como el contexto de la víctima y también del agresor.

En relación al objetivo número cuatro, se ha llegado a explicar los alcances dogmático penales de los delitos que a partir de la Ley n.º 30364, han modificado el Código Penal, tales como delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en su figura de Feminicidio, Lesiones derivadas de violencia familiar; delitos contra la Libertad Sexual, en su figura de Violencia Sexual y Acoso Sexual, así como el libro de faltas, en su figura de faltas contra la persona.

Durante la investigación, se ha podido advertir que la promulgación de la Ley n° 30364, el 23 de noviembre de 2015, generó un cambio de política pública que ha devenido en advertir entre otros aspectos, el cambio en los alcances dogmáticos penales, Es decir, en el reanálisis teórico – penal de aquellos delitos, donde se puede advertir en un primer análisis de la violencia de género.

Se tiene como principal evidencia, que, a partir de la incorporación de esta ley, se integra y exige de parte del legislador, que los casos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, tengan como uno de sus enfoques al de “género”. Sin embargo, como era previsible, su recurso no iba a ser de fácil uso, y por tanto, el legislador aparejó también principios como el “igualdad y no discriminación” (artículo 2, numeral 1), a través del cual se garantiza la igualdad entre mujer y hombres, que prohíbe toda forma de discriminación y la conceptúa como cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, que tenga por finalidad o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas.

Ahora bien, como se ha indicado durante la investigación, respecto del enfoque de género (artículo 3 de la Ley n° 30364, numeral 1), su introducción implica el reconocimiento de la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres; lo cual exige mirar desde esa perspectiva aquellos delitos que se comenten en agravio de las mujeres, y donde el sujeto agente es un varón.

Estas diferencias por el género, son el contexto en el que las mujeres - principalmente sufren violencia. Esa violencia que hemos visto, debe ser entendida en los términos de la Convención Belem Do Pará; y que acoge a ese acto de discriminación que se dirige a menoscabar la dignidad de la mujer.

La meta, bajo el enfoque de género, es lograr la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres; sin embargo, hemos podido advertir durante la investigación, que de un lado, el abordaje desde un enfoque de género, donde la víctima es una mujer, ha hecho que el primer recurso para proteger a la mujer, sea el Derecho Penal, un derecho penal, que fractura sin posibilidad de restauración las relaciones entre la víctima y el agresor, cuando se trata de abordar la violencia de género ocurrido en el seno de la familia o de una relación donde existen hijos y familiares. Un derecho penal que trastocando los principios de mínima intervención, proporcionalidad y humanidad de la pena, que son sus características dentro de un Estado Constitucional de Derecho, no garantiza derechos y principios procesales de la contra-parte: el agresor.

Adicionalmente, se ha logrado advertir durante la investigación, que también existe cuestionamiento del enfoque de género, cuando se trata de verificar si principios del derecho procesal penal como: el principio de presunción de inocencia, se desvanece o enerva recién con la sentencia condenatoria hacia el sujeto agente; o es que desde el abordaje de un caso donde la víctima es mujer, el fiscal asume la responsabilidad del agente, y por ende va construyendo una teoría del caso perdiendo objetividad.

Sin embargo, la presunción de inocencia puede verse cuestionada inclusive desde la norma, desde que el legislador plantea el tipo penal, pues introduce elementos normativos o descriptivos que presuponen la asunción de posturas desde la etapa de la denuncia. El peligro, entonces, en palabras de Montoya Vivanco (2011) es que se puedan incluir criterios prejuiciosos, sexistas o discriminatorios que impidan la concreción del derecho de acceso a la justicia; sin embargo, nosotros agregaríamos que no sólo la víctima tiene derecho a que se sancione al agresor, sino también el agresor tiene derecho a que se siga una investigación, proceso y emisión de sentencias bajo parámetros en clave de proteger sus derechos y garantías desde una mirada convencional y bajo parámetros que el propio marco constitucional esgrime.

Ahora bien, ha resultado importante, tal como lo hemos indicado durante la investigación, que entender los alcances del enfoque de género, ha implicado la inclusión de otros enfoques para comprenderle en su contenido y determinar lo complejo de su inclusión si no se tiene una mirada amplia del problema estructural de violencia contra la mujer, y por ende de la existencia de delitos que tienen como principal víctima a una mujer. Estos enfoques son: el enfoque de integralidad, de interculturalidad, de derechos humanos y de interseccionalidad, así como el generacional.

Nótese como la evidencia principal de haber llegado a satisfacer este objetivo, tiene que ver con lo abordado a lo ya dicho en la discusión planteada en el objetivo uno; es decir, que, para su aplicación, se deben contar con criterios de naturaleza jurídica que permitan su consideración sin sesgos ni cuestiones subjetivas distintos al delito que se está trabajando.

Finalmente, recordemos que el último objetivo, buscó plantear los criterios jurídicos que permitan sustentar la viabilidad de la perspectiva de género en el análisis de la tipicidad subjetiva de los delitos vinculados a una víctima mujer.

Una importante evidencia que justifica la necesidad de introducir criterios jurídicos para la recurrencia a la perspectiva de género como una forma de análisis que hace ver aquellos hechos o situaciones afectan de manera “distinta a hombres y mujeres”, está conformada por condiciones que precisamente se encuentran presentes en la esencia del ser humano.

Partimos entonces por la consideración a su dignidad como persona. De un lado, el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva y todos sus componentes, y de otro lado, el derecho del agresor a que sea investigado, procesado y condenado sin prejuicios que afecten también sus derechos humanos. Ambos contextos tienen un sustento en el derecho convencional, pero que han sido recogidos en la Constitución Política, en el artículo 1, al considerar a la persona humana como un valor, poseedor de dignidad y como fin en sí misma. Lo que implica el deber del Estado y de la sociedad, por ende, del derecho de estar al servicio de aquélla.

Es así que, en la investigación desarrollada, hemos podido evidenciar la importancia de nuestra propuesta, la cual está orientada a la formulación de criterios jurídicos que devienen en el contexto razonable justificado en el uso de la perspectiva de género, al momento de abordar el análisis de la tipicidad subjetiva de los delitos vinculados a una víctima mujer.

Durante la investigación hemos dado a notar que, la trascendencia de estos criterios, incluyen aspectos iusfilosóficos, constitucionales, del derecho penal y procesal penal, de modo que se ha abarcado de manera integral un enfoque del derecho en cuanto al tema que hemos abordado. Las bases de este criterio, se cimentan en cuestiones morales donde se evidencia que el conflicto que generan aquellos delitos donde la víctima es una mujer, trastocan la paz y convivencia social, pues son evidencia de cómo estamos como sociedad y la forma como las normas han tenido que ir cambiando para sancionar estas conductas y reorientar la prevención general negativa y positiva a través de la criminalización de las conductas donde la víctima es una mujer, pero también el incremento de penas ostensiblemente cuantitativas y sin beneficios penitenciarios. Es decir, que el proceso de resocialización y rehabilitación de un condenado, también queda anulado del sistema penitenciario.

### **3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

Ahora bien, conforme al último objetivo explicado líneas arriba, corresponde indicar que durante nuestra investigación la hipótesis planteada, ha quedado contrastada. Esto es así, porque a partir de lo complejo que resulta todavía introducir el enfoque de género dentro de la tipicidad subjetiva a nivel de la teoría del delito y las cuestiones problemáticas que su aplicación ha generado, corresponde dotar de contenido a los criterios jurídicos que se necesitan para hacer uso del enfoque de género a nivel de la tipicidad subjetiva dentro del análisis que todo delito sigue, pero en particular los delitos que tienen a una víctima mujer. Criterios que servirán también, para tutelar principios y garantías para la contraparte: el autor del delito.

Dicho esto, corresponder traer a colación la fuente del derecho constitucional abordada como categoría normativa de estudio; esto es la norma directriz que constituye la base de nuestra investigación contemplada en el artículo 44° de la Constitución Política que establece: “Son deberes primordiales del Estado: (...) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.<sup>43</sup>

Es por esta razón que, en clave de derechos humanos, estos criterios en la recurrencia al enfoque de género, deben evitar afectar los derechos de la víctima y también del agresor, toda vez que como lo sostiene Montoya Vivanco (2000, p. 23) el derecho penal, más que cualquier otra rama jurídica, necesita plantear la justificación de su intervención. La explicación la encontramos en la gravedad que implica la consecuencia jurídica. Las penas, pueden llegar a ser hasta de cadena perpetuas, por ejemplo, en los casos violación sexual.

Es decir, con perspectiva de promover una igualdad que supere ese concepto formal; lo que significa igualdad dentro de la ley, o en la ley y en el ámbito de su aplicación (Mesía Ramírez, 2004, p. 101). Pues, pese al propósito del derecho de mantenerse neutral, ha hecho distinciones en perjuicio, en un inicio de las mujeres, y ahora se viene utilizando para la sobre criminalización de conductas de aquellos delitos donde la víctima es una mujer, y donde el

---

<sup>43</sup>Esta directriz también debe analizarse en concordancia con el artículo 1° que contempla la norma-principio referida a que: «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado», así como los derechos que se desprenden y que se encuentran en el artículo 2° y 3° como *numerus apertus*.

agresor, es casi siempre, potencialmente un varón. De manera que podríamos afirmar que la noción de igualdad al interior del derecho, y en particular en la recurrencia al derecho penal (desde la postura jurídica feminista), se viene presentando como aquella igualdad que el en fondo busca como deber la creación de un nuevo derecho que comprenda los valores femeninos o como igualdad dirigida a cambiar la distribución del poder existente (Emmenegger, 2001, p. 42).

Un nuevo derecho que efectivice lo ya contemplado en el artículo 4° del Código Civil, que señala aquella igualdad formal que existe entre el varón y la mujer en el goce y ejercicio de sus derechos; razón por la cual el positivismo incluyente es la postura filosófica en la podemos advertir esta suerte de tensión entre el derecho y la moral por las variantes que se presentan (Hart, 2009, p. 194) y las funciones sociales del derecho referidas a la integración control, y la función promocional de la justicia y del bienestar de los ciudadanos, desde una perspectiva no discriminadora.

De otro lado, también, ha quedado sentado, que el acceso a la tutela judicial efectiva de la víctima se convierte en un principio-deber; pero también tendrá esta cualidad el derecho del agresor de ser sometido a un sistema procedimental del poder punitivo del Estado, que garantice la observación de sus derechos-principios en la posición de investigado, procesado y sentenciado (sobre todo cuando se emita una condena).

Entonces, para determinar los criterios jurídicos que justifiquen la utilidad al enfoque de género en el análisis de la tipicidad subjetiva de los delitos cualificados por la víctima mujer, se deben considerar cinco criterios a saber: i) Dignidad humana como derecho y principio constitucional, ii) Equidad y no discriminación como fundamento de un derecho antidiscriminatorio, iii) Metodología y/o procedimiento que evidencia un reconocimiento de la víctima, su contexto, antecedentes y hechos debidamente acreditados, iv) Precisión a principios básicos del derecho penal (principio de legalidad penal, taxatividad de la ley penal y mínima intervención) y derecho procesal penal (debido proceso, presunción de inocencia, objetividad), v) Recurrencia al derecho penal ante hechos de reproche social intolerable por su impacto en la convivencia pacífica.

La perspectiva de género, como se ha podido advertir, viene a constituir una herramienta de análisis que en el derecho penal adquiere particular relevancia, cuando el delito tiene como víctimas a mujeres. En los delitos como violencia sexual, lesiones derivadas de violencia familiar, trata de personas o feminicidio; exigen un enfoque que incluye como parte del análisis subjetivo, distinto al dolo, a la discriminación como manifestación de violencia en contra de la mujer, por la falta o la imposición de roles por dicha condición.

Aquí, el análisis de la realidad de la víctima, exige evidenciar los estereotipos de género, por su rol de mujer socialmente impuesto. Es allí, donde la desigualdad marca la diferencia entre el agresor y la víctima, ya que ésta puede estar sometida a una relación de poder, subordinación violenta,

Sin embargo, también se advierte que del lado de las garantías constitucionales durante el proceso penal que se pueda instaurar (debido proceso, presunción de inocencia, entre otros) puede recurrirse a la perspectiva de género como una herramienta que, tratada como una garantía de justicia, permita una sanción bajo los parámetros exigidos por un estándar de respeto al debido proceso. Lo cual significa que el recurso al enfoque de género, permitirá a los actores involucrados en la investigación y sanción de los delitos donde la víctima es mujer, actuar bajo el principio de objetividad que la norma procesal penal impone como un deber acorde con el respeto a las garantías procesales.

Dicho, esto, pasaremos a explicar el contenido de estos cinco criterios que justificarán la integración del enfoque de género en la teoría del delito a nivel de la tipicidad subjetiva.

### **3.2.1. Dignidad humana como derecho y principio constitucional**

Ahora bien, a nivel de la teoría del delito, y en particular a nivel de tipicidad subjetiva, el primer criterio, punto de partida de este conjunto de criterios que proponemos para la inclusión del enfoque de género; es pues la “dignidad humana como derecho-principio constitucional”.

La dignidad de la persona y su propuesta de protección nace en el Positivismo Jurídico<sup>44</sup>, posterior a la Segunda Guerra Mundial, dentro

---

<sup>44</sup> Aunque García Gonzáles, refiriéndose a la Dignidad Humana como núcleo duro de los derechos humanos, señala que su valor fundamenta la construcción de los derechos de la persona como sujeto libre

del contexto de protección de los derechos humanos. Su concepción se relaciona también con la protección de aspectos como la libertad, la igualdad y no discriminación, que, en buena cuenta constituyen “valores básicos superiores”, de obligatoria acogida por los Estados, ya que el núcleo y fundamento de este nuevo orden habría de ser la dignitas humana (Mesía Ramírez, 2004, p. 19).

Respecto a la dignidad como tal, es importante tener en cuenta sus alcances y diversas denominaciones que, en buena cuenta, encierran aquel valor supremo de la que es poseedor el ser humano, independientemente de su sexo. Así tenemos, que la dignidad, también era conocida como: “dignitas humana”, también como “dignidad del hombre”, “dignidad humana”, “dignidad de la persona humana”, “dignidad del ser humano”. Ella, es propia de los seres racionales llamados personas porque su naturaleza, es inherente a ella como un fin en sí mismo sin que puedan ser tratados como objetos.

Mesía Ramírez (2004, p. 19) afirma y con razón que la persona se posiciona en el orden jurídico como un valor absoluto, a tal punto que este mismo principio racional se manifiesta igualmente como un principio objetivo que vale para todos. A lo que nosotros agregamos, que siendo así, la ley desde su dación y aplicación, no debe generar distinciones entre las personas (hombres y mujeres) tomando como base el sexo.

---

y participe de una sociedad, es un principio fundamental, que tuvo su conformación como concepto inicial en el cristianismo.

<https://ti.unla.edu.mx/iusunla28/reflexion/La%20Dignidad%20Humana.htm>

Al respecto, conviene señalar que es vasta la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano, donde se aborda a la dignidad como derecho y principio sobre el cual se construye la intervención estatal. Así, para efectos de esta investigación, conviene traer a colación, el fundamento jurídico 10 de la sentencia recaída en el Expediente n.º 2273-2005-PHC/TC de fecha 13/10/2006; en el que el TC, indica que la dignidad como tal tiene un doble carácter que produce determinadas consecuencias jurídicas. En dicha sentencia se señala:

Así, de un lado, **la dignidad como principio**, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva ; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas administrativas y judiciales; en incluso extensible a los particulares.

Respecto a entender la **dignidad como derecho fundamental**, precisa el Tribunal Constitucional, que se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad de que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma praxis intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos.

Este derecho y principio constitucional, debe ser considerado una vez generado el conflicto penal, donde la víctima del delito es una mujer e implica que los actores judiciales, en el marco de una investigación y proceso penal, deben disponer las acciones propias de su competencia,

bajo una efectiva aplicación de las normas sustantivas y procesales. Ello exige que el enfoque de género, tal y como lo hemos indicado, permita analizar los roles tanto del agresor como de la víctima. De allí que no se pierda la objetividad en la actuación. No porque la víctima sea una mujer, se debe priorizar actuaciones fiscales y judiciales, solo a favor de aquélla; en sentido contrario, no siempre las acciones que se desplieguen deben orientarse a perder la objetividad en la actuación persecutoria del delito (Artículo IV del Código Procesal Penal)<sup>45</sup>.

De otro lado, exige que la perspectiva de género, no se aplique en favor de la mujer en perjuicio de los derechos del denunciado, presunto agresor. Esto implica que la presunción de inocencia se vea enervada solo con la emisión de una sentencia condenatoria, a la que se haya llegado luego de una investigación y posterior proceso bajo los estándares procesales y de respeto a sus derechos humanos tanto sustantivos como procesales.

La dignidad de la persona, como ser ontológico es la piedra angular del derecho y exige que frente a la introducción de criterios de análisis de un caso donde la víctima es una mujer, no se tienda a la parcialización de posturas, pues como debe ser dentro del contenido esencial de los derechos fundamentales que se ven involucrados dentro de un proceso penal (derechos de la víctima y derechos del agresor), las autoridades

---

<sup>45</sup> Es conveniente puntualizar que el Código Procesal Penal, establece: Artículo IV.- Titular de la acción penal: 1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad. 2. El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado (...)"

fiscales y judiciales, deben valorar con criterio de objetividad y derecho. La proporcionalidad de la intervención penal debe partir por analizar este primer presupuesto.

### **3.2.2. Equidad y no discriminación como fundamento de un derecho antidiscriminatorio**

De acuerdo con Anders Kompass (2005, p. 95), la igualdad es la piedra angular de toda sociedad que aspire a la democracia, la justicia social y el pleno respeto de los derechos humanos. Por ello, dentro de los estándares de protección del derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido diversas sentencias que definen y comprenden los alcances de este principio-derecho.

No obstante, hay que tener presente que toda igualdad es siempre relativa, al necesitar un *tercio de comparación*. Ello implica que para que exista violación del principio de igualdad se necesita que exista un tratamiento desigual, que esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable para o incurrir en discriminación.

Nuestra Constitución Política del Perú, en su artículo 2, contempla el derecho – principio igualdad, y señala: “Toda persona tiene derecho: (...) 2.- A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.

Al respecto el Tribunal Constitucional peruano, ha desarrollado jurisprudencia donde desarrolla la igualdad consagrada en nuestra Norma Fundamental, y de manera particular en sentencia emitida en el Expediente n.º 33-2007-PI/TC (25/09/2009), fundamento jurídico 56, ha indicado:

En cuanto **principio**, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto **derecho fundamental**, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulte relevante (...)

Así también, en el Expediente n.º 261-2003-PI/TC, ha señalado que como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica que, como tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Y como derecho fundamental implica el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conforme del patrimonio jurídico de la persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en hechos, situaciones o hechos que en buena cuenta generen privilegios y desigualdades arbitrarias.

En buena cuenta, este principio – derecho coloca a las personas en un plano de equivalencia. La consideración del derecho principio igualdad, es importante para la integración del enfoque de género, pues en

palabras de Susan Emmenegger (2001, p. 47) se orienta a crear un derecho verdaderamente igualitario, más aún si el proceso de generar igualdad material, es un proceso lento.

En tal sentido, si bien conforme lo hemos señalado, la teoría del delito lleva un diseño pétreo, que hace que su estructura sea inmodificable (conducta, típica, antijurídica y culpable); empero, tal como lo afirma Wilhelm Gallas (1959, p. 27) “la cambiante historia de la teoría del delito refleja contrastes materiales y metodológicos, vinculados al nacimiento de nuevas finalidades de política criminal y política general, y a la progresión del pensamiento filosófico”.

Por esta razón, este principio implicará una valoración de la conducta previa evaluación de los hechos. Al momento de la valoración de la conducta, y su calificación, corresponderá valorar la conducta a nivel de la tipicidad subjetiva de los delitos cualificados por la víctima mujer viene a constituir la igualdad y no discriminación como fundamento de un derecho antidiscriminatorio. Esto es así, porque como hemos desarrollado en esta investigación, el derecho por años no ha mantenido una postura neutral, y en cambio ha generado mecanismos y procedimientos jurídicos establecidos en perjuicio de las mujeres.

Sin embargo, esta situación ha generado, según nuestra tesis, un efecto inverso, que ha promovido cambios normativos en detrimento y afectación de principios y garantías a la hora de aplicar la ley, en

perjuicio del autor del sexo opuesto. Al respecto, en el Expediente n.º 48-2004-PI/TC, el Tribunal Constitucional, en su fundamento jurídico 61, ha señalado que la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. No toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales, la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.

Situación que ha generado una sobrecriminalización de las conductas donde la víctima es mujer, o desempeña ese rol, promoviendo una orientación en perjuicio de la equidad y no discriminación hacia la criminalización de conductas, en perjuicio de la población masculina. De allí que, incluir como criterio jurídico la promoción de conductas equitativas, también se promoverán prácticas que orienten el análisis de manera amplia y no sesgadas, en perjuicio de un sexo, nos lleva a la arbitrariedad.

De acuerdo con lo señalado por Barreré Unzueta (2014), el derecho antidiscriminatorio fue resultado de la evidencia de desigualdades, planteado por las minorías que veían afectados sus derechos civiles por

la “raza”, para luego también considerar entre otros aspectos el sexo. Sin embargo, desde la impartición de justicia e incluso desde el nivel de la investigación del delito, obliga que actualmente desde el enfoque de género, se deba contextualizar los hechos en procura de generar prueba pero también de promover igualdad material. Al respecto Peyatos i Matas (2017, p. 180) señala:

“Hay dos formas de impartir justicia: hacerlo formal y mecánicamente y hacerlo de forma contextualizada con equidad y perspectiva de género. La primera perpetúa las sistemáticas asimétricas sociales entre sexo, la segunda, en cambio, camina hacia una sociedad igualitaria. Una justicia sin perspectiva de género, no es justicia”.

Es de apreciar que la perspectiva de género, no es una herramienta que se agote exclusivamente en su análisis y aplicación en aquellos delitos donde la víctima es mujer. Pues, de un análisis integral del Código Penal advertiremos que, en el procesamiento de determinados delitos, existe una tendencia a verificar que hay delitos donde claramente se pueden observar diferencias sustanciales en las cifras donde los procesados y sentenciados son hombres y en otros, son mujeres. Delitos como omisión a la prestación alimentaria tienen principalmente a los padres como los demandados o investigados penalmente. No obstante, también se puede advertir, por ejemplo, que, en el caso de delitos contra la Salud Pública, en su figura de tenencia de drogas y estupefacientes, son las mujeres las que se ven en calidad de burrieres. En los delitos de favorecimiento a la prostitución o rufianismo, son los

varones los que se hallan en calidad de investigados y las mujeres (trabajadoras sexuales) las que mayoritariamente son las víctimas.

También se debe indicar que, en el caso de delitos contra la Seguridad Pública, en la figura de Conducción de Vehículo en Estado de Ebriedad, son los varones que, en número mayor, resultan intervenidos en flagrancia por este comportamiento antisocial.

En atención a ello, se podría sostener que existen delitos que ya sea en condición de víctima o autor, se encuentran dirigidos hacia determinado sexo y que en buena cuenta un enfoque género, permitiría analizar también esta particular situación, que, sobre la base de los criterios jurídicos propuestas, resultan válidos al momento de plantear un caso, analizando desde la dignidad y el contexto la situación de las personas que se encuentran involucradas. De modo que los criterios jurídicos propuestos, podrían ser de recibo también para otros delitos.

**3.2.3. Metodología y/o procedimiento que evidencia un reconocimiento de la víctima, su contexto, antecedentes y hechos debidamente acreditados.**

Un tercer criterio jurídico a incorporar, tal como lo hemos visto durante la investigación es la “metodología y/o procedimiento que evidencia un reconocimiento de la víctima, su contexto, antecedentes y hechos debidamente acreditados”.

Llegado este punto, es necesario señalar que este criterio se presenta con relación a la víctima, debido a que en la parte general del Código Penal – capítulo-, desde el artículo 45 hasta el artículo 46 E, el legislador contempla una serie de presupuestos relacionados con la aplicación de la pena, siempre en función, por tanto, con el autor del delito. Y en este sentido, señala los presupuestos para fundamentar y determinar la pena (artículo 45°), consideraciones para la individualización de la pena (artículo 45° -A), circunstancias de atenuación y agravación (articulación 46), circunstancia agravante por condición del sujeto activo (artículo 46° -A), entre otros aspectos. Sin embargo, no existe un capítulo dedicado a las consideraciones o aspectos que el juzgador debe tener respecto a la víctima.

Entonces, el punto de partida para analizar el delito, es, tener en cuenta la realidad vivida por la víctima. Por tal motivo Susan Emmenegger (2001, p. 44), señala en alusión al estudio de los métodos de las críticas feministas, que, aunque es una cuestión parcial y subjetiva, limitada a las experiencias de una población limitada (en este caso de las víctimas), es necesario tener presente “la cuestión femenina”. Sin embargo, también corresponde traer la propuesta de Luigi Ferrajoli, pues corresponde advertir los derechos y libertades que un derecho penal democrática debe tutelar cuando se trata de imponer la máxima violencia estatal: la pena.

Concordamos al respecto, pues es necesario conocer si el derecho aborda la realidad social femenina de la misma forma como lo hace con la realidad social masculina, más si en este último caso, el agresor en los delitos donde la víctima mujer, es predominantemente un varón. La que en la mayoría de las veces parte por abordar los hechos desde los prejuicios machistas. De allí que tal como lo señala Payatos i Matos (2017, p. 174), en alusión a la importancia de juzgar con perspectiva de género, “debe partirse de los estereotipos, prejuicios y roles sexistas como base de la discriminación contra las mujeres”.

Esta cuestión femenina, que en palabras de Katharine T. Bartlett (2011, p.32), no es más que formular “la pregunta por la mujer”, implica puntualizar que “una pregunta se convierte en un método cuando es formulada con regularidad”. En el caso de esta pregunta por la mujer, o la cuestión femenina, se busca conocer el contexto en el que la víctima mujer sufre el delito, lo cual implica conocer sus antecedentes, que generen la orientación de la intervención de la autoridad, a efecto de recabar los elementos probatorios que acrediten el delito. Poyatos I Matas, citando a Alphonse Bertillon (2017, p. 174), nos recuerda que “solo se ve lo que se mira y solo se mira lo que se está preparado para ver”.

Al respecto, como se ha podido señalar en el marco teórico de la presente investigación, el enfoque de género, permitirá precisar un procedimiento respecto al análisis de aquellos delitos donde la víctima

es una mujer, exige que se analice el factor subjetivo distinto al dolo que implica analizar el contexto que rodea los hechos vinculados a la historia de la víctima y del agresor, sus antecedentes vinculados a aquellos elementos fácticos que rodean los hechos generan el delito; que se encuentren acreditados con métodos o procedimientos técnicos (peritajes antropológicos, psicológicos, físicos, etc.) y documentales (declaraciones testimoniales, referenciales, videos, documentos. o en el contexto, antecedentes y hechos debidamente acreditados.

El enfoque de género dentro del abordaje de delitos vinculados a una víctima mujer; implica entonces reconocer como un criterio jurídico el contexto de la víctima que genere un marco de actuación de las autoridades vinculadas con la precisión a principios básicos del derecho penal (principio de legalidad penal, taxatividad de la ley penal y ley cierta) y derecho procesal penal (debido proceso, presunción de inocencia, objetividad).

Nótese la importancia de este criterio, ya que “la pregunta por la mujer”, o la “cuestión femenina”, desde nuestra postura, servirá también para que el investigado como autor del delito, ejerza un adecuado derecho de defensa, en clave de interdicción de la arbitrariedad. Y es más, servirá para tipificar adecuadamente los hechos, evitando la ilegal decisión de encuadrar hechos en tipos penales que no corresponden, ello en consonancia con los principios penales ya indicados. Es más, partir por evaluar los estereotipos y prejuicios en la acción ilícita, también permitirá conocer al autor del delito, y evaluar

igualmente su contexto; sobre todo porque siguiendo a Barberis (2015, p. 42). sobre la base de principios genéricos y universales como la equidad, igualdad y no discriminación, se promueven acciones positivas (de alto contenido axiológico) vinculados a los principios constitucionales. De allí que entre el derecho y la moral existan conexiones bastante importantes.

#### **3.2.4. Precisión a principios básicos del derecho penal (Principio de legalidad penal, taxatividad de la ley penal, mínima intervención) y derecho procesal penal (debido proceso, presunción de inocencia, objetividad)**

Durante la investigación se ha determinado que el enfoque de género, podría generar en una primera lectura contradicción frente a los principios de legalidad penal, taxatividad de la ley penal mínima intervención; y posible vulneración si no se actúa con objetivo, a principios y garantías constitucionales como el debido proceso, presunción de inocencia y objetividad en el razonamiento valorativo de la prueba.

Al respecto, concordamos con Ferrajoli (1995), cuando en libro Derecho Razón, expone que en el ejercicio de la función jurisdiccional, los jueces cuentan con poderes discrecionales o arbitrarios (aquí se pueden incluir a las posturas discriminatorias, sexistas y prejuiciosas), lo que hace que el Juez determine el sentido de una norma; sin embargo, como se ha podido verificar desde la redacción de los tipos penales que se van

incorporando al catálogo penal, se advierte la forma cómo la norma va dirigiendo la actuación de la autoridad desde la asunción de un caso, teniendo como resultado que se considere que el acceso a la tutela judicial efectiva implique asumir como verdad lo que se denuncie.

En este punto, consideramos muy importante no perder el principio de objetividad, precisamente para que la dignidad como criterio jurídico no se vea perjudicado en el caso del agresor; principio que se recoge muy claramente en el Código Procesal Penal (artículo IV), cuando se refiere al titular de la acción penal (el fiscal penal), y prescribe como una “obligación a actuar con objetividad”, indagando los hechos constitutivos del delito, así como también, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado.

Ahora bien, durante el desarrollo del presente trabajo, hemos advertido, de acuerdo a las referencias verificadas y evidencias analizadas, que existe una tendencia a priorizar en el análisis del enfoque de género, en favor del sexo femenino. Lo que, en buena cuenta, en su mala aplicación como herramienta de análisis puede generar afectación a estos principios y garantías de connotación constitucional. En este criterio se debe tener especial interés a considerar los principios de legalidad penal, (taxatividad de la ley penal, mínima intervención) y derecho procesal penal (debido proceso, presunción de inocencia, objetividad); propios de un Estado Democrático de Derecho donde la importancia a la dignidad de la persona y su libertad, poseen un sentido

moral más que jurídico, ya que la perspectiva no solo debe ser tutelar a la víctima sino también abordar la realidad del autor.

### **3.2.5. Recurrencia al derecho penal ante hechos de reproche social intolerable por su impacto en la convivencia pacífica**

Tal como se ha podido analizar hasta aquí, la recurrencia al derecho penal, denota una utilización de esa característica simbólica, en tanto colabora a reconocer o hacer visibles aquellos problemas con carga de negatividad para las mujeres pues son las víctimas principalmente (por ejemplo casos de abuso sexual); conduciendo a la criminalización de conductas en tipos penales con denominación propia como el "feminicidio", que en buena cuenta no limitan el incremento de actos delictivos, pero que en el plano formal permitiría pensar que un problema social tan complejo como la violencia contra la mujer, podría en clave de protección a bienes jurídicos penales, encontrar una solución. Se recurre al derecho penal, por la amenaza o coerción que significa la existencia de un tipo penal a través del cual se impone una pena no simbólica, a la que se le agrega la imposibilidad de que su autor una vez sancionado merezca beneficios penitenciarios.

Este criterio jurídico, tiene que ver con un principio fundamental del derecho penal, relacionado con el "Principio de mínima intervención".

García-Pablos De Molina (2009, p.506), sostiene y con razón que "en definitiva uno de los objetivos prioritarios de las Ciencias Penales y Criminológicas de nuestro tiempo, es verificar la racionalidad y coste

social de los medios que utiliza el Estado para el control de la delincuencia, sometiendo a límites rigurosos el empleo del más devastador de todos: “la pena” y agrega, limitar con rigor el *ius puniendi*, es el reto más claro que tiene la Ciencia Penal.

En este sentido, con relación a los delitos cualificados por la víctima mujer, hemos podido advertir en la presente investigación de cómo el derecho penal y procesal penal, han sufrido modificatorias e impactos trascendentes en su contenido, en procura de no generar vías alternativas cuando se comenten actos antisociales en perjuicio de las mujeres, y más bien se opte por un solo camino: sancionar penalmente todo acto que tenga al sexo femenino en la consideración de víctima.

Han generado exigencias para que todos aquellos actos por más mínimos que puedan concebirse, pasen por el tamiz del derecho penal a través de la intervención represiva de la policía o fiscalía; pese a que un principio del Estado social, que busca el mayor bienestar con el menor coste social (García-Pablos De Molina, 2009, 507), es la “intervención mínima” del derecho penal como un ulterior límite político criminal de este *ius puniendi* del Estado.

No obstante ello, y como lo hemos señalado, llegado este momento, no corresponde retroceder en la integración del enfoque de género a nivel de la teoría del derecho penal, y por ende una postura cerrada del Derecho Penal frente a los tipos penales género específicos que vayan

exigiendo una mirada desde la desigualdad, pues existe un sistema convencional de protección a los derechos humanos que así lo exige pues la violencia en cualquiera de sus manifestaciones se ha dirigido a conculcar y afectar sinceramente, derechos de las mujeres, que desde la perspectiva del derecho penal, ha terminado lesionando bienes jurídicos, objetivo del derecho penal.

Por ello, este último criterio que se ha propuesto en esta investigación, es la recurrencia al derecho penal ante hechos de reproche social intolerable por su impacto en la convivencia pacífica. Al respecto, se parte por reconocer que la finalidad del derecho penal no es educar; sino más bien, imponer la fuerza del Estado frente a un hecho que quebranta la convivencia pacífica por actos que se hacen insoportables en la convivencia dentro de una comunidad. De allí que su recurrencia, sea de *última ratio*, y cuando los otros medios de control social han fallado. Tal como lo propone García -Pablos De Molina (2009, p. 509), no se trata de proteger todos los bienes jurídicos de cualquier clase de peligro que les amenace, ni de recurrir la fuerza más poderosa del Estado, sino de programar un control razonable de la criminalidad; ya que el Derecho Penal no es la solución al problema del crimen, más si se tiene en cuenta el impacto negativo de aquél en las personas.

Sin duda, resulta conveniente, traer a colación un estudio realizado por la Dra. Sofia Rivas La Madrid, cuando en el Pleno del Acuerdo Plenario, expuso la importancia de determinar conflicto de violencia (2019). La

citada magistrada, expuso a propósito de la discusión sobre aplicación del principio de oportunidad y acuerdo reparatorio, la distinción de estos conceptos, apelando a valoraciones que tiendan a un enfoque restaurativo, que exige primero la distinción de las violencias que pueda sufrir la mujer, de aquellos conflictos que puedan presentarse en el seno de la familia.

De ese análisis, se puede concluir que solo en aquellos casos que existe un contexto de violencia con un desvalor de acción y vulneración a un bien jurídico (principio de lesividad) se debe recurrir a la aplicación del principio de oportunidad, dependiendo de la gravedad, se buscaría la respuesta punitiva del Estado.

**PROPUESTA**

**INCORPORACIÓN DE LOS CRITERIOS JURIDICOS PARA LA INTEGRACIÓN  
DEL ENFOQUE DE GÉNERO EN LA TEORÍA DEL DELITO A NIVEL DE LA  
TIPICIDAD SUBJETIVA**

A fin de aplicar el enfoque de género en el análisis de la tipicidad subjetiva, a nivel de la teoría del delito que permita resolver un caso donde la víctima es mujer, proponemos un acuerdo plenario, cuyos componentes permitan entender cómo se podrían aplicar los criterios prácticos y jurídicos que un tema tan relevante merece. En tal sentido, nuestra propuesta la exponemos en la siguiente estructura de acuerdo plenario:

**PROPUESTA DE ACUERDO PLENARIO**

Corte Suprema de Justicia de la República

**XXXXXX PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE  
Y TRANSITORIAS**

**ACUERDO PLENARIO N° XXXX- 2021/CJ-116**

Lima, xx de xx de 2021

**FUNDAMENTO: Artículo 116° TUO LOPJ**

Asunto: Parámetros para la utilización del enfoque  
de género a nivel de tipicidad subjetiva dentro de la  
teoría del delito cuando la víctima es mujer

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno

Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

## **ACUERDO PLENARIO**

### **I. ANTECEDENTES**

Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N. xx- xx -P-PJ, del xx mes xx del año XX, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación de la magistrada xx acordaron realizar el XI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, que incluyó el Foro de Participación Ciudadana, al amparo de lo dispuesto en el artículo 16°, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, L PJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal. 2. El IX Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, la publicación de temas y la presentación de ponencias. Esta última etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a las personas en general, a participar e intervenir en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello, se habilitó el Foro de Participación Ciudadana a través del portal de internet del Poder Judicial (...).

## **II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

### **2.1. ANTECEDENTES Y SITUACIÓN PROBLEMÁTICA**

1. El derecho penal, es la manifestación más violenta y legítima que tiene un Estado para hacer un control social formal en la convivencia de sus ciudadanos. Esto explica su permanente justificación para intervenir, en tanto, la pena como consecuencia jurídica frente al disvalor de la acción, requiere tener parámetros procesales y sustantivos que no afecten derechos humanos, ya que la sanción puede llegar hasta la imposición de una cadena perpetua.
2. Esto explica también, que la recurrencia al Derecho Penal deba ser mínima y justificada. No obstante, desde la promulgación de la Ley n.º 30364, (23/11/2015), se ha generado una serie de cambios normativos en el código penal, incorporando nuevos tipos penales, que han generado dificultades procesales y sustantivas al momento de investigar, procesar y sancionar un caso de aquellos delitos donde la víctima es mujer. Demandando sobre todo que en aspectos probatorios los jueces y juezas del país, necesiten contar con herramientas metodológicas para realizar con ponderación y razonabilidad sus juicios de valor de los elementos probatorios abordados. De lo contrario, sus decisiones podrían incurrir en arbitrariedades no solo por la generación de impunidad, sino también por la sobre criminalización de conductas cuando subyacen elementos de discriminación en aquellos delitos donde la víctima predominantemente es mujer o la persona que se encuentra desempeñando dicho rol.

3. Es de advertir también que, la Política Criminal de nuestro país carece de una estrategia organizada y sostenida para atacar la criminalidad; y como señala Zaffaroni (2011) y (2017), casi siempre se recurre al derecho penal, sobre la base de una criminología mediática, generada por los medios de comunicación, y no siempre bajo estudios sustentados que orienten la labor legisladora. Por ello, afirma y con razón, que se está viendo en el poder punitivo un falso ídolo, donde se cae en un populismo punitivo frente a hechos que, si bien merecen reproche social, se opta por la tipificación de conductas que merecen un tratamiento a través de otros medios de control social.
  
4. En este entender, a partir de la Ley n.º 30364, se ha modificado el Código Penal, tales como delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en su figura de Femicidio, Lesiones derivadas de violencia familiar; delitos contra la Libertad Sexual, en su figura de Violencia Sexual y Acoso Sexual, así como el libro de faltas, en su figura de faltas contra la persona. Siempre en una perspectiva, donde se hacen ver los problemas de desigualdad estructural que muestran la relación asimétrica entre hombres y mujeres. Este escenario precisamente, ha sido el detonante para que, en esta última década, a nivel de Política Criminal, el uso del poder punitivo del Estado, acentúe su intervención con la tipificación de nuevas conductas delictivas y el incremento de penas, en aquellos delitos que tienen como víctima a una mujer. Intervención punitiva que se ha venido promoviendo sin considerar los principios del derecho penal en un Estado de Derecho, Social, Democrático; olvidando que el artículo 43º de la Constitución Política peruana, señala “La

República del Perú es democrática, social, independiente y soberana (...)", características básicas de un Estado social y democrático de Derecho, sustentados en los principios esenciales de dignidad del hombre, libertad, seguridad, reconocimiento de los derechos fundamentales (fundamento jurídico 10, Expediente n.º 8-2003-PI/TC).

5. Delitos como los relacionados a la violencia contra la mujer -lesiones derivadas de violencia familiar, feminicidio como máxima expresión de violencia, los delitos de abuso sexual e inclusive el de trata de personas orientada a la explotación sexual, son los que principalmente han generado problemas en su abordaje probatorio, requiriendo una mirada no necesariamente jurídica, sino multidisciplinaria del problema, haciendo que el derecho penal se vea retado, sobre todo en su teoría de delito a nivel de tipicidad subjetiva para que su aplicación no genere impunidad o sobrecriminalización de la conducta del autor.
  
6. En este entender, el "principio de necesidad o de mínima intervención", permite comprender que recurrir al derecho penal debe implicar un nivel de intolerancia social tal que sea necesario restablecer la convivencia social con su uso. Además, se precisa la necesidad de que el Estado haga el uso de su poder de privar de libertad de las personas a través de un "programa de control razonable del derecho penal, siempre atendiendo a su cualidad de última ratio o extrema ratio; es decir, cuando los demás medios de control social han fracasado.

7. Otro aspecto a tener en cuenta, es la aplicación de la teoría procesal penal en la resolución de estos delitos (vinculados con el derecho a la igualdad y no discriminación), pues las dificultades se acentúan. Por ello, dentro de lo verificado, podemos dar cuenta la falta de claridad en este proceso de integración del enfoque o perspectiva de género que ha provocado la dación de casaciones y acuerdos plenarios que incluyen el enfoque de género y buscan orientar la labor de fiscales, jueces y abogados, durante el abordaje de casos donde la víctima es mujer. Sin embargo, el proceso no termina aún, y se avizora que, frente a los problemas sustantivos y procesales, la Corte Suprema deberá convocar a la academia para dilucidar estos claroscuros que el género produce en el derecho penal.
  
8. Sin embargo, en el presente acuerdo plenario y a la luz de las necesidades de generar criterios teóricos que orienten la labor de los jueces, pero también de fiscales y policías, corresponde desarrollar criterios jurídicos que pueden ir perfeccionando su contenido y ayudar a los casos donde la víctima predominantemente es una mujer en su rol de tal; la conducta también reúne características de acción, típica, antijurídica y culpable; sin embargo, tal como lo hemos sostenido, se introduce a nivel de la tipicidad subjetiva (recordemos que la tipicidad objetiva y subjetiva son componentes de la tipicidad), un elemento importante que permite sostener el dolo en la conducta orientada a vulnerar los bienes jurídicos protegidos por delitos como el feminicidio, trata de personas con fines de explotación sexual, lesiones derivadas de violencia familiar, y delitos de violación sexual, ocurre que este elemento subjetivo, viene a exigir mayores elementos que permitan sustentar un caso, que exija

el análisis que no se aplica a otros delitos donde la víctima, no es necesariamente una mujer.

## **2.2.SOBRE EL ENFOQUE DE GÉNERO EN EL DERECHO PENAL**

9. Es cierto también que, en los últimos años, se ha venido haciendo un esfuerzo por entender el enfoque o perspectiva de género, sin embargo, en la práctica se advierte que en la mayoría de Cortes Superiores de los distintos Distritos Judiciales del país, se desconoce el alcance y contenido jurídico que la perspectiva de género posee como herramienta de análisis que en el derecho penal adquiere particular relevancia, cuando el delito tiene como víctimas a mujeres. En los delitos como violencia sexual, lesiones derivadas de violencia familiar, trata de personas o feminicidio; exigen un enfoque que incluye como parte del análisis subjetivo, distinto al dolo, a la discriminación como manifestación de violencia en contra de la mujer, por la falta o la imposición de roles por dicha condición.
10. Aquí, el análisis de la realidad de la víctima, exige evidenciar los estereotipos de género, por su rol de mujer socialmente impuesto. Es allí, donde la desigualdad marca la diferencia entre el agresor y la víctima, ya que ésta puede estar sometida a una relación de poder, subordinación violenta,
11. Sin embargo, también se advierte que del lado de las garantías constitucionales durante el proceso penal que se pueda instaurar (debido proceso, presunción de inocencia, entre otros) puede recurrirse a la

perspectiva de género como una herramienta que, tratada como una garantía de justicia, permita una sanción bajo los parámetros exigidos por un estándar de respeto al debido proceso. Lo cual significa que la utilidad aplicativa del enfoque de género, permitirá a los actores involucrados en la investigación y sanción de los delitos donde la víctima es mujer, actuar bajo el principio de objetividad que la norma procesal penal impone como un deber acorde con el respeto a las garantías procesales.

12. Por ello, y con razón sustentada, todavía se mantiene vigente aquella pregunta formulada por Hurtado Pozo (2001, p. 34) “¿de qué manera el sistema de control penal ha contribuido a crear y reforzar las distinciones injustas entre los géneros, en detrimento de los femenino?”. La respuesta a esta interrogante la hemos encontramos en el argumento expuesto por Susan Emmenegger (2001, p. 47), cuando señala que desde el punto de vista de todas las perspectivas de género han sido constantes en criticar la pretensión del derecho de ser objetivo y neutral. Afirmando que persiguen el fin de crear un derecho igualitario. En este entender, “en ciertos casos están de acuerdo sobre los efectos de discriminación y los efectos de igualdad de ciertas reglas jurídicas, instituciones o conceptos jurídicos”. Es decir, el por qué se debe incorporar la perspectiva de género implicar partir del abordaje de los estereotipos, prejuicios y roles sexistas como base de la discriminación contra las mujeres. Así lo sostiene también Poyatos i Matas, 20017, p. 174).
13. El enfoque de género o perspectiva de género, entonces, permite determinar las diferencias estructurales de carácter social que ha trascendido en lo

jurídico, en la mirada que el derecho ha tenido de estas relaciones tanto en el espacio público como en el privado, casi siempre, con una pretensión a la neutralidad y objetividad sexual (Enmenegger, 2001, p. 46), pero evidentemente en perjuicio de las mujeres y sus derechos; de manera particular en cuanto al derecho a la igualdad y no discriminación. Aquí el discurso legitimante del poder punitivo, ha estado por encima de aquel discurso antidiscriminatorio (Zaffaroni, 2009, p. 321).

### **2.3.LA CORTE SUPREMA Y EL ENFOQUE DE GÉNERO PARA LOS CASOS PENALES**

14.La Corte Suprema de la república peruana, ha venido mostrando una constante preocupación en la mejora del sistema de justicia y una búsqueda de mejora en la resolución de casos donde la víctima es mujer. En tal sentido, se pueden afirmar que posterior al año 2015, en nuestro país, la Corte Suprema de la República, ha emitido los siguientes pronunciamientos: 1) ACUERDO PLENARIO N° 1-2015/CIJ-116; Asunto: Sobre la aplicación judicial del artículo 15° del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes; 2) ACUERDO PLENARIO N° 4-2015/CIJ-116 Asunto: Valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual; 3) ACUERDO PLENARIO N° 001-2016/CJ-116 Asunto: Alcances típicos del delito de feminicidio; 4) ACUERDO PLENARIO N° 002-2016/CJ-116 Asunto: Lesiones y faltas por daño psíquico y afectación psicológica; 5) ACUERDO PLENARIO N.° 5-2016/CIJ-116 ASUNTO: Delitos de Violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar. Ámbito procesal: Ley N.° 30364; 6) ACUERDO PLENARIO N° 06-2019/CIJ-116 ASUNTO: Problemas

Concursales en los Delitos de Trata de Personas y delitos de Explotación Sexual; 7) ACUERDO PLENARIO N° 09-2019/CIJ-116 ASUNTO: Violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar. Principio de oportunidad, acuerdo reparatorio y problemática de su punición. Pero ninguno de los señalados precedentemente, contienen o exponen criterios jurídicos que permitan entender cuáles son los componentes a considerar en la utilidad aplicativa del enfoque de género a nivel de tipicidad subjetiva dentro de la teoría del delito.

15. Sin embargo, la existencia de variados acuerdos plenarios, constituyen en esta propuesta, la evidencia más clara que el uso del enfoque de género al momento de abordar aquellos delitos donde la víctima es una mujer, no es claro. Por ello, la recurrencia a emitir “lineamientos de carácter general” a través de acuerdos plenarios, para que los jueces y juezas del Perú, hagan uso correcto de esta herramienta teórica, orientando también la labor de los fiscales y de la Policía Nacional del Perú; es sin embargo, una proceso cognitivo-aplicativo poco claro, lo que genera que aquellos delitos donde la víctima es una mujer, no exista en clave de predictibilidad, nada establecido pues depende de cada caso y la discusión no es pacífica.

16. Determinar sobre el contenido dogmático del enfoque de género y sus alcances para el Derecho Penal peruano, es Al respecto, hemos podido advertir que existe una corriente teórica que indaga la forma de introducir dentro de la teoría del delito, la perspectiva de género. Esta inclusión, incluye cuando se trata abordar aquellos delitos que preeminentemente tienen como víctima a una mujer.

17. Así, podemos presentar como evidencia, a los delitos de violación sexual y sus diferentes modalidades, que se encuentran tipificados dentro de los capítulos de violación sexual, feminicidio (artículos 108-B), lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar (art.121-B), Agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar (art. 122-B); y la modificación generada al delito de trata de personas (art. 153) y los delitos conexos sancionados en los artículos 153-B, 153-C, 153-D, 153-F, 153-G. Esto último, podría enfrentarnos a un concurso de tipos penales.

#### **2.4. LOS CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA INTEGRACIÓN DEL ENFOQUE DE GÉNERO EN LA TEORÍA DEL DELITO A NIVEL DE TIPICIDAD SUBJETIVA EN AQUELLOS DELITOS DONDE LA VÍCTIMA ES MUJER**

18. Dicho, esto, se propone la consideración de cinco criterios que justificarán la integración del enfoque de género en la teoría del delito a nivel de la tipicidad subjetiva, y coadyuvarán el abordaje de un caso donde se ha cometido un delito y la víctima es una mujer.

19. En este sentido, debe quedar claro que la utilización de la perspectiva de género debe conllevarnos a entender que el género, es un concepto social y por ello es cambiante, y en este proceso la sociedad va atribuyendo ciertas características y roles a hombres y mujeres, sobre la base de su sexo. Entonces, en enfoque de género, se convierte en un instrumento de análisis para entender mejor cómo diferentes sociedades y épocas construyen las diferencias y dan legitimidad a las desigualdades entre hombres y mujeres, especialmente en sus relaciones, y cómo éstas han influenciado también en

el derecho. Por tanto, la perspectiva de género, o como la Ley 30364 contempla, el enfoque de género, género ofrece también elementos para la formulación de estrategias que permitan superar estas desigualdades.

#### **2.4.1. Fundamentos que integran los criterios jurídicos para la incorporación de la perspectiva de género en la teoría del delito a nivel de tipicidad subjetiva**

20. En este entender, para coadyuvar a la labor de los jueces penales de la república peruana, así como a fiscales, policías y abogados, a continuación, esbozaremos los fundamentos que sustentan los criterios jurídicos que justifiquen la utilidad al enfoque de género en el análisis de la tipicidad subjetiva de los delitos cualificados por la víctima mujer. Proponiendo cinco criterios que ayudarán al análisis de los jueces y juezas penales del país, al momento de resolver delitos donde la víctima es una mujer, y que además permitirá generar garantía de tutela a los derechos del imputado. Estos criterios a saber son: i) Dignidad humana como derecho y principio constitucional, ii) Equidad y no discriminación como fundamento de un derecho antidiscriminatorio, iii) Metodología y/o procedimiento que evidencia un reconocimiento de la víctima, su contexto, antecedentes y hechos debidamente acreditados, iv) Precisión a principios básicos del derecho penal (principio de legalidad penal, taxatividad de la ley penal y mínima intervención) y derecho procesal penal (debido proceso, presunción de inocencia, objetividad), v) Recurrencia al derecho penal ante hechos de reproche social intolerable por su impacto en la convivencia pacífica. Veamos el contenido de cada uno de ellos:

## **i) Dignidad humana como derecho y principio constitucional**

21. A nivel de la teoría del delito, y en particular a nivel de tipicidad subjetiva, el primer criterio, punto de partida de este conjunto de criterios que proponemos para la inclusión del enfoque de género; es pues la “dignidad humana como derecho-principio constitucional”, que debe tenerse en consideración en la dualidad del delito, donde estamos frente al sujeto agente y a la víctima.
  
22. La dignidad de la persona y su propuesta de protección nace en el Positivismo Jurídico, posterior a la Segunda Guerra Mundial, dentro del contexto de protección de los derechos humanos. Su concepción se relaciona también con la protección de aspectos como la libertad, la igualdad y no discriminación, que, en buena cuenta constituyen “valores básicos superiores”, de obligatoria acogida por los Estados, ya que el núcleo y fundamento de este nuevo orden habría de ser la dignitas humana (Mesía Ramírez, 2004, p. 19)
  
23. Respecto a la dignidad como tal, es importante tener en cuenta sus alcances y diversas denominaciones que, en buena cuenta, encierran aquel valor supremo de la que es poseedor el ser humano, independientemente de su sexo. Así tenemos, que la dignidad, también era conocida como: “dignitas humana”, también como "dignidad del hombre", “dignidad humana”, “dignidad de la persona humana”, “dignidad del ser humano”. Ella, es propia de los seres racionales llamados personas porque su naturaleza, es inherente a ella como un fin en sí mismo sin que puedan ser tratados como objetos.

24. Mesía Ramírez (2004, p. 19) afirma y con razón que la persona se posiciona en el orden jurídico como un valor absoluto, a tal punto que este mismo principio racional se manifiesta igualmente como un principio objetivo que vale para todos. A lo que nosotros agregamos, que siendo así, la ley desde su dación y aplicación, no debe generar distinciones entre las personas (hombres y mujeres) tomando como base el sexo.
  
25. Al respecto, conviene señalar que es vasta la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano, donde se aborda a la dignidad como derecho y principio sobre el cual se construye la intervención estatal. Cabe señalar el fundamento jurídico 10 de la sentencia recaída en el Expediente n.º 2273-2005-PHC/TC de fecha 13/10/2006; en el que el TC, indica que la dignidad como tal tiene un doble carácter que produce determinadas consecuencias jurídicas. En dicha sentencia se señala:
  
26. Así, de un lado, la dignidad como principio, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva ; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas administrativas y judiciales; en incluso extensible a los particulares.

27. Respecto a entender la dignidad como derecho fundamental, precisa el Tribunal Constitucional, que se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad de que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma praxis intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos.
28. Este derecho y principio constitucional, debe ser considerado una vez generado el conflicto penal, donde la víctima del delito es una mujer e implica que los actores judiciales, en el marco de una investigación y proceso penal, deben disponer las acciones propias de su competencia, bajo una efectiva aplicación de las normas sustantivas y procesales. Ello exige que el enfoque de género, tal y como lo hemos indicado, permita analizar los roles tanto del agresor como de la víctima. De allí que no se pierda la objetividad en la actuación. No porque la víctima sea una mujer, se debe priorizar actuaciones fiscales y judiciales, solo a favor de aquélla; en sentido contrario, no siempre las acciones que se desplieguen deben orientarse a perder la objetividad en la actuación persecutoria del delito (Artículo IV del Código Procesal Penal)<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Es conveniente puntualizar que el Código Procesal Penal, establece: Artículo IV.- Titular de la acción penal: 1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad. 2. El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado (...)"

29. De otro lado, exige que la perspectiva de género, no se aplique en favor de la mujer en perjuicio de los derechos del denunciado, presunto agresor. Esto implica que la presunción de inocencia se vea enervada solo con la emisión de una sentencia condenatoria, a la que se haya llegado luego de una investigación y posterior proceso bajo los estándares procesales y de respeto a sus derechos humanos tanto sustantivos como procesales.
30. La dignidad de la persona, como ser ontológico es la piedra angular del derecho y exige que frente a la introducción de criterios de análisis de un caso donde la víctima es una mujer, no se tienda a la parcialización de posturas, pues como debe ser dentro del contenido esencial de los derechos fundamentales que se ven involucrados dentro de un proceso penal (derechos de la víctima y derechos del agresor), las autoridades fiscales y judiciales, deben valorar con criterio de objetividad y derecho.

**ii) Equidad y no discriminación como fundamento de un derecho antidiscriminatorio**

31. De acuerdo con Anders Kompass (2005, p. 95), la igualdad es la piedra angular de toda sociedad que aspire a la democracia, la justicia social y el pleno respeto de los derechos humanos. Por ello, dentro de los estándares de protección del derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido diversas sentencias que definen y comprenden los alcances de este principio-

derecho. Toda igualdad es siempre relativa, al necesitar un *tertium comparationis*. Ello implica que para que exista violación del principio de igualdad se necesita que exista un tratamiento desigual, que esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable para o incurrir en discriminación.

32. Nuestra Constitución Política del Perú, en su artículo 2, contempla el derecho – principio igualdad, y señala: “Toda persona tiene derecho: (...) 2.- A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.
33. Al respecto el Tribunal Constitucional peruano, ha desarrollado jurisprudencia donde desarrolla la igualdad consagrada en nuestra Norma Fundamental, y de manera particular en sentencia emitida en el Expediente n.º 33-2007-PI/TC (25/09/2009), fundamento jurídico 56, ha indicado:
34. “En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a

no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulte relevante (...)”

35. Así también, en el Expediente n.º 261-2003-PI/TC, ha señalado también que como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica que, como tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Y como derecho fundamental implica el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conforme del patrimonio jurídico de la persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en hechos, situaciones o hechos que en buena cuenta generen privilegios y desigualdades arbitrarias.
36. En buena cuenta, este principio – derecho coloca a las personas en un plano de equivalencia. La consideración del derecho principio igualdad, es importante para la integración del enfoque de género, pues en palabras de Susan Emmenegger (2001, p. 47) se orienta a crear un derecho verdaderamente igualitario, más aún si el proceso de generar igualdad material, es un proceso lento.
37. En tal sentido, si bien conforme lo hemos señalado, la teoría del delito lleva un diseño pétreo, que hace que su estructura sea inmodificable (conducta, típica, antijurídica y culpable); empero, tal como lo afirma

Wilhelm Gallas, 1959, p. 27) “la cambiante historia de la teoría del delito refleja contrastes materiales y metodológicos, vinculados al nacimiento de nuevas finalidades de política criminal y política general, y a la progresión del pensamiento filosófico”.

38. Por tal razón, este principio implicará una valoración de la conducta previa evaluación de los hechos. Al momento de la valoración de la conducta, y su calificación, corresponderá valorar la conducta a nivel de la tipicidad subjetiva de los delitos cualificados por la víctima mujer viene a constituir la igualdad y no discriminación como fundamento de un derecho antidiscriminatorio. Esto es así, porque como hemos desarrollado en esta investigación, el derecho por años no ha mantenido una postura neutral, y en cambio ha generado mecanismos y procedimientos jurídicos establecidos en perjuicio de las mujeres.
39. Sin embargo, esta situación ha generado, según nuestra tesis, un efecto inverso, que ha promovido cambios normativos en detrimento y afectación de principios y garantías a la hora de aplicar la ley, en perjuicio del autor del sexo opuesto. Al respecto, en el Expediente n.º 48-2004-PI/TC, el Tribunal Constitucional, en su fundamento jurídico 61, ha señalado que la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. No toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales, la igualdad solamente será

vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivos y razonables.

40. Situación que ha generado una sobrecriminalización de las conductas donde la víctima es mujer, o desempeña ese rol, promoviendo una orientación en perjuicio de la equidad y no discriminación hacia la criminalización de conductas, en perjuicio de la población masculina. De allí que, incluir como criterio jurídico la promoción de conductas equitativas, se promoverán prácticas que orienten el análisis de manera amplia y no sesgadas, en perjuicio de un sexo, nos lleva a la arbitrariedad.
  
41. De acuerdo con lo ya mencionado con Barreré Unzueta (2014), el derecho antidiscriminatorio fue resultado de la evidencia de desigualdades, planteado por las minorías que veían afectados sus derechos civiles por la “raza”, para luego también considerar entre otros aspectos el sexo. Sin embargo, desde la impartición de justicia e incluso desde el nivel de la investigación del delito, obliga que actualmente desde el enfoque de género, se deba contextualizar los hechos en procura de generar prueba, pero también de promover igualdad material. Al respecto Peyatos i Matas (2017, p. 180) señala:

42. “Hay dos formas de impartir justicia: hacerlo formal y mecánicamente y hacerlo de forma contextualizada con equidad y perspectiva de género. La primera perpetúa las sistemáticas asimétricas sociales entre sexo, la segunda, en cambio, camina hacia una sociedad igualitaria. Una justicia sin perspectiva de género, no es justicia”.

**iii) Metodología y/o procedimiento que evidencia un reconocimiento de la víctima, su contexto, antecedentes y hechos debidamente acreditados.**

43. Un tercer criterio jurídico a incorporar, es la “metodología y/o procedimiento que evidencia un reconocimiento de la víctima, su contexto, antecedentes y hechos debidamente acreditados”.

44. Llegado este punto, es necesario señalar que este criterio se presenta con relación a la víctima, debido a que en la parte general del Código Penal – capítulo-, desde el artículo 45 hasta el artículo 46 E, el legislador contempla una serie de presupuestos relacionados con la aplicación de la pena, siempre en función, por tanto, con el autor del delito. Y en este sentido, señala los presupuestos para fundamentar y determinar la pena (artículo 45°), consideraciones para la individualización de la pena (artículo 45° -A), circunstancias de atenuación y agravación (articulación 46), circunstancia agravante por condición del sujeto activo (artículo 46° -A), entre otros aspectos: Sin embargo, no existe un capítulo dedicado a las consideraciones o aspectos que el juzgador debe tener respecto a la víctima.

45. Entonces, el punto de partida para analizar el delito, es, tener en cuenta la realidad vivida por la víctima y que además se relaciona con el móvil. En este punto Susan Emmenegger (200, p. 44), señala en alusión al estudio de los métodos de las críticas feministas, que, aunque es una cuestión parcial y subjetiva, limitada a las experiencias de una población limitada (en este caso de las víctimas), es necesario tener presente “la cuestión femenina”.
46. Concordamos al respecto, pues es necesario conocer si el derecho aborda la realidad social femenina de la misma forma como lo hace con la realidad social masculina. La que en la mayoría de las veces parte por abordar los hechos desde los prejuicios machistas. De allí que tal como lo señala Payatos i Matos (2017, p. 174), en alusión a la importancia de juzgar con perspectiva de género, “debe partirse de los estereotipos, prejuicios y roles sexistas como base de la discriminación contra las mujeres”.
47. Esta cuestión femenina, que en palabras de Katharine T. Bartlett (2011, p.32), no es más que formular “la pregunta por la mujer”, implica puntualizar que “una pregunta se convierte en un método cuando es formulada con regularidad”. En el caso de esta pregunta por la mujer, o la cuestión femenina, se busca conocer el contexto en el que la víctima mujer sufre el delito, lo cual implica conocer sus antecedentes, que generen la orientación de la intervención de la autoridad, a efecto de recabar los elementos probatorios que acrediten el delito. Poyatos I

Matas, citando a Alphonse Bertillon (2017, p. 174), nos recuerda que “solo se ve lo que se mira y solo se mira lo que se está preparado para ver”.

48. Al respecto, como se ha podido señalar el enfoque de género, permitirá precisar un procedimiento respecto al análisis de aquellos delitos donde la víctima es una mujer, exige que se analice el factor subjetivo distinto al dolo que implica analizar el contexto que rodea los hechos vinculados a la historia de la víctima y del agresor, sus antecedentes vinculados a aquellos elementos fácticos que rodean los hechos generan el delito; que se encuentren acreditados con métodos o procedimientos técnicos (peritajes antropológicos, psicológicos, físicos, etc.) y documentales (declaraciones testimoniales, referenciales, videos, documentos. o en el contexto, antecedentes y hechos debidamente acreditados).
49. El enfoque de género dentro del abordaje de delitos vinculados a una víctima mujer; implica entonces reconocer como un criterio jurídico el contexto de la víctima que genere un marco de actuación de las autoridades vinculadas con la precisión a principios básicos del derecho penal (principio de legalidad penal, taxatividad de la ley penal y ley cierta) y derecho procesal penal (debido proceso, presunción de inocencia, objetividad).
50. Nótese la importancia de este criterio, ya que “la pregunta por la mujer”, o la “cuestión femenina”, desde nuestra postura, servirá también para que el investigado como autor del delito, ejerza un adecuado derecho

de defensa, en clave de interdicción de la arbitrariedad. Y es más, servirá para tipificar adecuadamente los hechos, evitando la ilegal decisión de encuadrar hechos en tipos penales que no corresponden, ello en consonancia con los principios penales ya indicados.

51. Es más, partir por evaluar los estereotipos y prejuicios en la acción ilícita, también permitirá conocer al autor del delito, y evaluar igualmente su precisión a principios básicos del derecho penal (Principio de legalidad penal, taxatividad de la ley penal, mínima intervención) y derecho procesal penal (debido proceso, presunción de inocencia, objetividad).
  
52. El enfoque de género, podría generar en una primera lectura contradicción frente a los principios de legalidad penal, taxatividad de la ley penal mínima intervención; y posible vulneración si no se actúa con objetivo, a principios y garantías constitucionales como el debido proceso, presunción de inocencia y objetividad en el razonamiento valorativo de la prueba. Al respecto, concordamos con Ferrajoli (1995), cuando en libro *Derecho Razón*, expone que en el ejercicio de la función jurisdiccional, los jueces cuentan con poderes discrecionales o arbitrarios (aquí se pueden incluir a las posturas discriminatorias, sexistas y prejuiciosas), lo que hace que el Juez determine el sentido de una norma; sin embargo, como se ha podido verificar desde la redacción de los tipos penales que se van incorporando al catálogo penal, se advierte la forma cómo la norma va dirigiendo la actuación de

la autoridad desde la asunción de un caso, teniendo como resultado que se considere que el acceso a la tutela judicial efectiva implique asumir como verdad lo que se denuncie.

**iv) Precisión a principios básicos del derecho penal (Principio de legalidad penal, taxatividad de la ley penal, mínima intervención) y derecho procesal penal (debido proceso, presunción de inocencia, objetividad)**

53. Como cuarto criterio, se expone aquel relacionado con el análisis de los principios básicos del derecho penal. Ya que el enfoque de género lejos de generar en una primera lectura contradicción frente a los principios de legalidad penal, taxatividad de la ley penal mínima intervención; más bien, impide la posible vulneración si no se actúa con objetividad y consideración a principios y garantías constitucionales como el debido proceso, presunción de inocencia y objetividad en el razonamiento valorativo de la prueba.
54. Al respecto, concordamos con Ferrajoli (1995), cuando en libro Derecho Razón, expone que en el ejercicio de la función jurisdiccional, los jueces cuentan con poderes discrecionales o arbitrarios (aquí se pueden incluir a las posturas discriminatorias, sexistas y prejuiciosas), lo que hace que el Juez determine el sentido de una norma; sin embargo, como se ha podido verificar desde la redacción de los tipos penales que se van incorporando al catálogo penal, se advierte la forma cómo la norma va

dirigiendo la actuación de la autoridad desde la asunción de un caso, teniendo como resultado que se considere que el acceso a la tutela judicial efectiva implique asumir como verdad lo que se denuncie.

55. En este estadio, consideramos muy importante no perder el principio de objetividad, precisamente para que la dignidad como criterio jurídico no se vea perjudicado en el caso del agresor; principio que se recoge muy claramente en el Código Procesal Penal (artículo IV), y que obliga procesalmente al titular de la acción penal (el fiscal penal), a “a actuar con objetividad”, indagando los hechos constitutivos del delito, así como también, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado.
  
56. Cabe señalar, que existe una tendencia a utilizar en enfoque de género como herramienta de análisis solo en casos donde la víctima es mujer, cuando, tomando los criterios precedentes, también podría ser utilizado cuando la agresora o sujeto agente es una mujer; con lo cual se promovería la interdicción de la arbitrariedad para evitar la afectación a los principios y garantías de connotación constitucional. En este criterio se debe tener especial atención a los principios de legalidad penal, (taxatividad de la ley penal, mínima intervención) y derecho procesal penal (debido proceso, presunción de inocencia, objetividad); propios de un Estado Democrático de Derecho donde la importancia a la dignidad de la persona y su libertad, poseen un sentido moral más que jurídico, ya que la perspectiva no solo debe ser tutelar a la víctima sino también abordar la realidad del autor.

**v) Recurrencia al derecho penal ante hechos de reproche social intolerable por su impacto en la convivencia pacífica**

57. Tal como se ha podido analizar hasta aquí, la recurrencia al derecho penal, denota una utilización de esa característica simbólica, en tanto colabora a reconocer o hacer visibles aquellos problemas con carga de negatividad para las mujeres pues son las víctimas principalmente (por ejemplo casos de abuso sexual); conduciendo a la criminalización de conductas en tipos penales con denominación propia como el "feminicidio", que en buena cuenta no limitan el incremento de actos delictivos, pero que en el plano formal permitiría pensar que un problema social tan complejo como la violencia contra la mujer, podría en clave de protección a bienes jurídicos penales, encontrar una solución. Se recurre al derecho penal, por la amenaza o coerción que significa la existencia de un tipo penal a través del cual se impone una penal no simbólica, a la que se le agrega la imposibilidad de que su autor una vez sancionado merezca beneficios penitenciarios.
58. Este criterio jurídico, tiene que ver con un principio fundamental del derecho penal, relacionado con el "Principio de mínima intervención". García-Pablos De Molina (2009, p.506), sostiene y con razón que "en definitiva uno de los objetivos prioritarios de las Ciencias Penales y Criminológicas de nuestro tiempo, es verificar la racionalidad y coste social de los medios que utiliza el Estado para el control de la delincuencia, sometiendo a límites rigurosos el empleo del más

devastador de todos: “la pena” y agrega, limitar con rigor el ius puniendi, es el reto más claro que tiene la Ciencia Penal.

59. En este sentido, con relación a los delitos cualificados por la víctima mujer, hemos podido advertir en la presente investigación de cómo el derecho penal y procesal penal, han sufrido modificatorias e impactos trascendentes en su contenido, en procura de no generar vías alternativas cuando se comenten actos antisociales en perjuicio de las mujeres, y más bien se opte por un solo camino: sancionar penalmente todo acto que tenga al sexo femenino en la consideración de víctima.
60. Han generado exigencias para que todos aquellos actos por más mínimos que puedan concebirse, pasen por el tamiz del derecho penal a través de la intervención represiva de la policía o fiscalía; pese a que un principio del Estado social, que busca el mayor bienestar con el menor coste social (García-Pablos De Molina, 2009, 507), es la “intervención mínima” del derecho penal como un ulterior límite político criminal de este ius puniendi del Estado.
61. No obstante ello, y como lo hemos señalado, llegado este momento, no corresponde retroceder en la integración del enfoque de género a nivel de la teoría del derecho penal, y por ende una postura cerrada del Derecho Penal frente a los tipos penales que vayan exigiendo una mirada desde la desigualdad, pues existe un sistema convencional de protección a los derechos humanos que así lo exige pues la violencia

en cualquiera de sus manifestaciones se ha dirigido a conculcar y afectar sinceramente, derechos de las mujeres, que desde la perspectiva del derecho penal, ha terminado lesionando bienes jurídicos, objetivo del derecho penal.

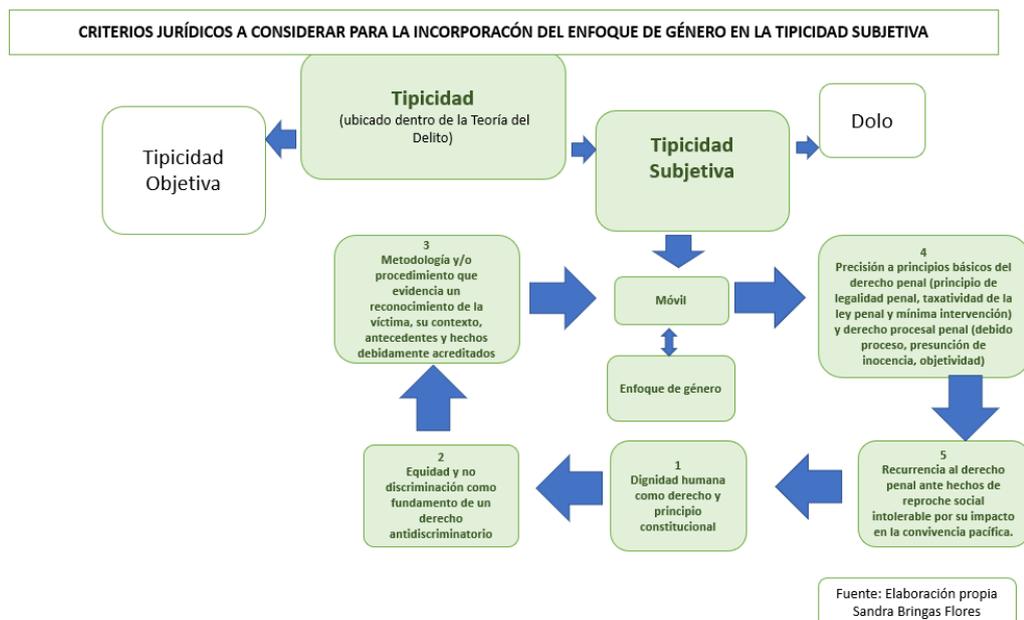
62. Por ello, este último criterio que se ha propuesto en esta investigación, es la recurrencia al derecho penal ante hechos de reproche social intolerable por su impacto en la convivencia pacífica. Al respecto, se parte por reconocer que la finalidad del derecho penal no es educar; sino más bien, imponer la fuerza del Estado frente a un hecho que quebranta la convivencia pacífica por actos que se hacen insoportables en la convivencia dentro de una comunidad. De allí que su recurrencia, sea de última ratio, y cuando los otros medios de control social han fallado. Tal como lo propone García -Pablos De Molina (2009, p. 509), no se trata de proteger todos los bienes jurídicos de cualquier clase de peligro que les amenace, ni de recurrir la fuerza más poderosa del Estado, sino de programar un control razonable de la criminalidad; ya que el Derecho Penal no es la solución al problema del crimen, más si se tiene en cuenta el impacto negativo de aquél en las personas.
63. Sin duda, resulta conveniente, traer a colación un estudio realizado por la Dra. Sofia Rivas La Madrid, cuando en el Pleno del Acuerdo Plenario, expuso la importancia de determinar conflicto de violencia (2019). La citada magistrada, expuso a propósito de la discusión sobre aplicación del principio de oportunidad y acuerdo reparatorio, la distinción de estos

conceptos, apelando a valoraciones que tiendan a un enfoque restaurativo, que exige primero la distinción de las violencias que pueda sufrir la mujer, de aquellos conflictos que puedan presentarse en el seno de la familia.

64. De ese análisis, se puede concluir que solo en aquellos casos que existe un contexto de violencia con un desvalor de acción y vulneración a un bien jurídico (principio de lesividad) se debe recurrir a la aplicación del principio de oportunidad. O en dependiendo de la gravedad, se buscaría la respuesta punitiva del Estado.

## 2.5. DIAGRAMA DE UBICACIÓN DE LA PROPUESTA

Para efectos de poder diagramar nuestra propuesta y su ubicación dentro de la teoría del delito, presentamos el siguiente esquema:



### **III. DECISIÓN**

ESTABLECER como doctrina legal vinculante los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos xx a xx del Acuerdo Plenario.

PRECISAR, que los parámetros teóricos que comprende la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces y juezas de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo, del artículo 22 de la L.O.P.J., aplicable exclusivamente a los Acuerdos Plenarios, al amparo del artículo 116 del citado Estatuto Orgánico.

DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de consolidar la seguridad jurídica, la gobernanza en la gestión y solución la seguridad jurídica, la gobernanza en la gestión y solución de los conflictos jurídicos y el principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse expresamente de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan de manera debidamente fundamentada, nuevas y distintas apreciaciones jurídicas, respecto de las rechazadas o desestimadas, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario, en el Diario Oficial El Peruano. Hágase saber.

S.S.

xxxxxx

## CONCLUSIONES

- A. Existe base constitucional, de derecho convencional y filosófico para determinar la especial relevancia del enfoque de género en la Política Criminal de nuestro país, que le da sustento a la modificación de la ley penal, para sancionar aquellas conductas que, por el desvalor de la acción o la conducta del sujeto agente, justifica el poder punitivo del Estado. Sin embargo, la comprensión limitada de sus alcances relacionados con el derecho-principio de igualdad, ha conllevado a la criminalización de conductas que podrían representar una mínima lesividad de bienes jurídicos, trastocando principios penales sustantivos de un Estado democrático, social de derecho: mínima intervención, proporcionalidad y humanidad de penas.
- B. En enfoque de género, es una herramienta importante que permite analizar y criticar el derecho, desde una perspectiva no neutral, pero objetiva. Por ello, para que sea parte de la dogmática de la teoría del delito, a nivel de tipicidad subjetiva en los delitos donde la víctima es mujer, requiere como sustento la consideración de circunstancias particulares que le dan contexto a aquellos delitos cuya valoración diferenciada es obligatoria (vrg. feminicidio, agresiones en contra la mujer y los integrantes de del grupo familiar, violencia sexual y lesiones contra la mujer y los integrantes del grupo familiar). Ello sobre la base a los derechos-principios de dignidad e igualdad entre las personas.

- C. La dinámica creadora de tipos penales (a nivel de derecho penal parte especial), como acto de Política Criminal, es casi siempre un acto de desafío a la Teoría del Delito. Esta estructura, se compone de los elementos de acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; postulados que son inmovibles. Es el tipo penal el que debe ser evaluado, a través de la intervención del fiscal y el juez, en las secuencias preestablecidas por la norma procesal penal. Lo deben hacer desde la base constitucional, convencional y bajo dogmática penal. El resultado del tipo penal, que es conmovido por el enfoque de género tiene que ser, por verificación, en resultados probatorios del delito. Es decir, casi siempre se verifica a partir de la comisión de un acto delictivo.
- D. De cara al abordaje de los delitos donde la víctima es mujer, requiere que el enfoque de género sea introducido en la tipicidad subjetiva, analizando la acción no desde el dolo, sino desde el factor discriminación, como un elemento distinto al dolo, pero de carácter subjetivo, que evidencia la relación asimétrica entre la víctima y el agresor.
- E. El enfoque de género, necesita sustentarse en criterios jurídicos para que permita que el operador jurídico pueda evaluar una conducta en el plano de la tipicidad; a efecto de evitar la sobre criminalización de conductas. Estos criterios jurídicos permiten garantizar derechos de la víctima como del agresor, desde la etapa de la investigación del hecho, durante el proceso y juzgamiento.

- F. La aplicación adecuada del enfoque de género, a nivel de Política Criminal, permitirá que el Derecho Penal (así también el Derecho Procesal Penal), sea considerado como un mecanismo de sanción solo en aquellos casos en los que los otros medios de control social hayan fracasado. Esto implica que, su comprensión debe darse en la real dimensión tanto para el agresor como para la víctima; en procura de lograr que la recurrencia al derecho penal se de en casos en donde la vulneración al bien jurídico se convierta en intolerable.

## RECOMENDACIONES

- A. Se recomienda al Poder Judicial, para que, a través de la Sala Plena de la Corte Suprema, promueva la elaboración de acuerdos plenarios, que puntualicen y delimiten el uso del enfoque de género en el derecho penal y en particular en el procesal penal, cuando se trate de abordar los delitos donde la víctima es una mujer en su rol de tal, bajo un contexto de violencia de género. Este abordaje de ser eminentemente dogmático- teórico bajo el marco de los principios que informan el derecho penal (mínima intervención, proporcionalidad, humanidad de las penas) en el marco de un Estado de Derecho.
  
- B. Se recomienda que las instancias de capacitación de la Policía Nacional, Ministerio Público y Poder Judicial, a través de sus centros de investigación, escuelas de capacitación de sus integrantes, promuevan el abordaje del enfoque de género, desde una perspectiva constitucional, convencional y de dogmática penal, para que se pueda comprender su influencia a nivel de la teoría del delito, puntualmente en la tipicidad subjetiva en los delitos cualificados por la víctima mujer. Ello permitirá la comprensión de esta herramienta a nivel del poder punitivo del Estado, en procura de comprender la necesidad una Política Criminal con base en el programa penal de la Constitución.
  
- C. Se recomienda que los criterios jurídicos que permitan la integración del enfoque de género a la teoría del delito, a nivel de tipicidad subjetiva de los tipos penales que tienen preferentemente a una víctima mujer que se han propuesto en la investigación dentro de un Acuerdo Plenario, sean acogidos en

lineamientos institucionales tanto del Ministerio Público como del Poder Judicial, pues permitirán informar e ilustrar a los magistrados fiscales y jueces en el uso adecuado y oportuno del enfoque de género dentro del derecho penal, y sus consecuencias para la víctima y el agresor.

- D. Se recomienda al Congreso de la República, que desarrolle el contenido de la Política Criminal peruana, a fin de conocer las directrices, objetivos prioritarios y lineamientos específicos para que, conociendo su contenido, se pueda transversalizar el enfoque de género. Ello permitirá entender que la tipificación de conductas delictivas donde la víctima es predominantemente una mujer, y la imposición de penas, se elaborarán sobre la base de principios penales como mínima intervención de la ley penal, legalidad, taxatividad y respeto a los derechos-garantías de ambas partes.
  
- E. Se recomienda a las universidades públicas y privadas, en sus facultades de Derecho, incorporar en la formación universitaria de Derecho Penal la perspectiva de género en el análisis de la teoría del delito, por la especial trascendencia que tiene desde su componente estructural en la consideración del sujeto agente y de víctima. Así como también, que su utilidad permite tener un análisis de tipos penales diversos, especialmente donde la víctima es mujer.

## LISTA DE REFERENCIAS

### Referencias bibliográficas

- Aguiló Regla, Josep. Positivismo y pospositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. Doxa. (2007). Cuadernos de Filosofía del Derecho. 30 ISSN: 0214-8676, pp. 665 – 675.
- Alexy, Robert. (2008). El concepto y la naturaleza del derecho. Madrid. España Marcial Pons.
- Bacigalupo, Enrique. (2005). Derecho Penal y el Estado de Derecho. Editorial Jurídica de Chile.
- Barberis, Mauro. (2015). Introducción al estudio del Derecho. Primera edición en castellano. Palestra Editores. Marzo. Lima – Perú.
- Barlett Katharine T., Alvites Alvites, Elena, Montoya Vivanco, Yvan (2011). Métodos Feministas en el Derecho: aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana. Editores Marisol Fernández, Félix F.Morales. Luna Morales. Palestra Editores.
- Barrére Unzueta, María de los Ángeles (2014). El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites. Especial referencia a la perspectiva iusfeminista. Editorial Jurídica Grijley. N° 7. Colección Derecho & Tribunales. Lima – Perú.
- Bechara Llanos, Abraham Zamir. Estado Constitucional de Derecho, Principios y Derechos Fundamentales en Robert Alexy. Saber, Ciencia y Libertad. ISSN 1794-7454
- Bergalli, Roberto & Boleón, Encarna (1992) La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico. Anuario de Filosofía del Derecho IX.

- Bernal Pulido, Carlos. 2005. El Derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. ISBN 9789586169028
- Bricola, Franco. (1973). Teoría Generale del Reato en Novísimo digesto italiano, vol. XIX. UTET, Torino. En colección Maestros del Derecho Penal, N° 38
- Calsamiglia, Albert. (1998). Postpositivismo. En revista Doxa (24). Páginas 671-687
- Carnevali Rodríguez, Raúl. (2008) Dignidad humana y derecho penal: una difícil convergencia. Aproximación al contenido constitucional de la norma rectora del artículo 1 del Código Penal colombiano.
- Caro Coria, Dino Carlos. (2001). Acerca de la "Discriminación de género" en el Código Penal de 1991. En Derecho Penal y Discriminación de la Mujer. Anuario de Derecho Penal 1999-2000. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 2001.
- Carmona Cuenca, Encarna. (2015). La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos. Cuadernos y Debates. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Castillo Alva, José Luis. (2004). Principios del Derecho Penal Parte General. Gaceta Jurídica.
- Emmenegger, Susan. (2001). Perspectivas de género de derecho. En Derecho Penal y Discriminación de la Mujer – Anuario de Derecho Penal. 1999-2000. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 2001. Universidad de Friburgo Suiza.
- Ferrajoli, Luigi (2006). Garantismo Penal. La fuente del sistema acusatorio. Colección Lecturas Jurídicas. Primera edición. Universidad Nacional Autónoma de México. 2016.

- Ferrajoli, Luigi (1989). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Colección Series y Procesos. Editorial Trotta.
- Gallas, Wilhelm. La Teoría del Delito en su momento actual. Colección Maestros del Derecho Penal n.º 52. I.S.B.N. 9789974745-59-9 Editorial Montevideo.
- García Figueroa, Alfonso. (2014). Argumentación Jurídica. Obra colectiva, coordinadora Gascón Abellán, Marina. Editorial Tirant lo Blanch.
- García Pablos De Molina, Antonio. (2009). Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Centro de Educación Continua. Editorial Universitaria Ramón Areces. Lima. Perú.
- Gascón Abellán, Marina (2014). Argumentación Jurídica. Obra colectiva. Editorial Tirant lo Blanch.
- Garaycot Orellana, Norman Orlando. (2012). Política Criminal en la Constitución Política del Perú. Análisis crítico sobre la ausencia de Política Criminal como sistema en la Constitución Política del Perú.
- Hurtado Pozo, José. (2001). Derecho Penal y Discriminación de la Mujer. Anuario de derecho penal 199-2000. Primera edición. Junio. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
- Husak, Douglas. (2013). Sobrecriminalización. Los límites del Derecho Penal, Madrid Marcial Pons.
- Jiménez Cano, Roberto M. (2008). Una metateoría del positivismo jurídico. Marcial Pons. Madrid – Barcelona – Buenos Aires.
- Kompas, Anders. (2005). Violencia, género y derecho. Femicidio, justicia de Derecho. Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, LIX Legislatura.
- Mantilla Falcón. Julissa (2017). Manual Curso Protección contra la violencia de género y el grupo familiar. Academia de la Magistratura. Lima- Perú.

- Mayer, Max Ernst (2007). Derecho Penal- Parte General. Maestros del Derecho Penal. Julios César Faira. Editor. Editorial IB de F.
- McDowell, Linda. (2009). La definición de género. El género en el derecho. Ensayos Críticos. Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos. Serie Justicia y Derechos Humanos. Neconstitucionalismo y Sociedad.
- Montoya Vivanco, Yvan. (2000). Discriminación sexual y aplicación de la Ley. Volumen IV. Derecho Penal Derecho Constitucional. Defensoría del Pueblo.
- Mosquera. Susana (2017). Mujer y género en el derecho internacional de los derechos humanos. Mujer y Constitución – Revista Peruana de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales – Tribunal Constitucional del Perú. Lima-Perú.
- Olsen, Frances. (2009). El sexo del derecho. El género en el derecho. Ensayos críticos. Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos. Serie Justicia y Derechos Humanos Neconstitucionalismo y Sociedad.
- Parma, Carlos. (2017). Temas de la Teoría del delito. Bolivia. Ulpiano Editores. Grupo Editorial Ulpiano.
- Poyatos i Matas, Gloria. (2017). Sentencia pionera en España que define jurídicamente y aplica la técnica de "juzgar con perspectiva de género". Mujer y Constitución. Revista peruana de Derecho Constitucional.
- Pérez López, Jorge. Derecho Penal. (2021). Parte general. Instituto Pacífico
- Puceiro Ripoll, Roberto. (s/f). Las normas de jus cogens ¿Fenómeno exclusivamente universal o también eventualmente regional?
- Ramírez Huaroto, Beatriz. (2011). Cuando la muerte se explica por el género. Problematizando la tipificación del feminicidio/femicidio. Lima: Gaceta Constitucional.

- Ramírez Huarato, Beatriz. (2017). "La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de igualdad y no discriminación: los casos de la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas", en *Mujer y Constitución – Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales – Tribunal Constitucional del Perú. Lima- Perú.
- Rivas La Madrid, Sofía. (2018). Interpretación sistemática al tipo penal de agresiones entre los integrantes del grupo familiar. *Actualidad Penal*. Número 50. Agosto 2018. p. 123-151. ISSN 2313-268X. Instituto Pacífico.
- Rivas La Madrid, Sofía. (2019). ¿La calidad de la víctima o las relaciones de poder y sometimiento? Un análisis sobre cuál es el desvalor de la conducta en los delitos de violencia de género y contra los integrantes del grupo familiar. *Actualidad Penal*. Número 58. Abril 2019. Pp 185-200. ISSN 2313-268X. Instituto Pacífico.
- Rivas La Madrid, Sofía. (2020). Los Avances en la interpretación de la otra pandemia: la violencia familiar. *Comentarios al Recurso de Nulidad N° 2030-2019 – Lima. Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 134. ISSN: 2075-6305. Pp. 11-28. Editorial Gaceta Jurídica
- Ródenas, Ángeles. (2012). ¿Qué queda del positivismo jurídico?. En revista *Doxa*.
- Rojas Vargas, Fidel (2007). *Delitos contra la Administración Pública*. Cuarta Edición. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima. Perú.
- Ruiz Bravo, Patricia (1998). "Una aproximación al concepto de género". En: *Sobre género, derecho y discriminación*. Pontificia Universidad Católica del Perú - Defensoría del Pueblo. Lima.
- Sánchez, Luis Manuel (s/f). *Después del Positivismo. Re-sustantivando el derecho*. Editorial Fontamara.

- Tiedemann, Klaus. (2003). Constitución y Derecho Penal. Serie Derechos y Garantías. N° 7. Primera Edición, enero.
- Villanueva Flores, Rocío. (2011). Tipificar el Femicidio: ¿La huída simplista al derecho penal? En Contribuciones al debate sobre la tipificación Penal del Femicidio/femicidio. Susana Chiarotti. Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer. CLADEM
- Toledo Vásquez, Patsilí. (2010). Tipificación del feminicidio/feminicidio: Otra vía hacia el abandono de la neutralidad de género en el Derecho penal frente a la violencia contra las mujeres. En Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas/coord. Por Daniela Heim, Encarna Bodelón, Vol. 2, 2010, ISBN 978-84-692-9191-7, págs. 163-178
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Aliaga Alejandro y Slokar Alejandro. (2005). Manual de Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2009). El discurso feminista y el poder punitivo. En género en el derecho. Ensayos críticos. Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito. Ecuador.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Bailone Matías y Mavila León, Rosa. (2017). Dogmática Penal y Criminología Cautelar. Una introducción a la criminología cautelar con especial énfasis en la criminología mediática. Editado por taller de Ciencias Penales. Ideas Solución Editorial.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2011). La palabra de los muertos. Conferencias de Criminología Cautelar. Primera Reimpresión. Buenos Aires Argentina.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2017). Dogmática Penal y Criminología Cautelar. Ideas Solución Editorial. Octubre. Lima.