

¿ERA NECESARIO CREAR EL DELITO DE FEMINICIDIO? ESTUDIO DE LOS SUPUESTOS POLÍTICOS CRIMINALES Y LA TÉCNICA LEGISLATIVA UTILIZADA POR EL LEGISLADOR PERUANO PARA LA CREACION DEL DELITO DE PARRICIDIO-FEMINICIDIO



DR. SILFREDO JORGE HUGO VIZCARO

Profesor Titular Principal de
Derecho Penal UNMSM.

SUMARIO: 1.- INTRODUCCION. 2. CUESTIONAMIENTO DE LOS FUNDAMENTOS POLITICO-CRIMINALES. 3. PARRICIDIO: CONCEPTUALIZACION. 3.1. TIPO AUTONOMO O CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE. 3.2. DESCRIPCION TIPICA. 3.3. BIEN JURIDICO PROTEGIDO. 3.4. FUNDAMENTO SOBRECriminalIZADOR. 3.5. OBJETO MATERIAL DE LA ACCION. 3.6. SUJETO ACTIVO. 3.7. SUJETO PASIVO. 3.8. ACCION TIPICA. 3.9. CARACTERISTICAS DE LA ACCION OBJETIVA. 3.10. TIPO SUBJETIVO DE LO INJUSTO. 3.11. TIPO IMPERFECTAMENTE REALIZADO. 3.12. AUTORÍA Y PARTICIPACION. 3.13. CONCURSO DE TIPOS. 3.14. PENA APLICABLE. 3.15. TIPO AGRAVADO. 3.16. TIPO ATENUADO. 4. FEMINICIDIO: ASPECTOS GENERALES. 4.1. CONCEPTUALIZACION DE LA EXPRESION FEMINICIDIO. 4.2. PRESUPUESTOS FACTICOS DEL FEMINICIDIO. 4.3. TIPOLOGIA DEL FEMINICIDIO. 4.4. EL FEMINICIDIO EN EL PERU Y EN LA LEGISLACION COMPARADA. 4.5. DESCRIPCION TIPICA. 4.6. DETERMINACION DE LA AUTONOMIA O NO DEL FEMINICIDIO. 4.7. FUNDAMENTO DE LO INJUSTO SOBRECriminalIZADO. 4.9. OBJETO MATERIAL DE LA ACCION. 4.10. SUJETO ACTIVO. 4.11. SUJETO PASIVO. 4.12. ACCION TIPICA. 4.13. CARACTERISTICAS DE LA ACCION OBJETIVA. 4.14. TIPO SUBJETIVO DE LO INJUSTO. 4.15. TIPO IMPERFECTAMENTE REALIZADO. 4.16. AUTORÍA Y PARTICIPACION. 4.17. CONCURSO DE TIPOS. 4.18. PENA APLICABLE. 4.19. TIPO AGRAVADO. 4.20. TIPO ATENUADO.

RESUMEN

Mediante Ley 29819, se modificó el artículo 107 del código penal para introducir una nueva modalidad delictiva denominada Femicidio con el objeto de asegurar una mayor protección de la mujer en el contexto de la violencia de género, que la sitúa como potencial víctima del abuso y del atentado contra su vida. Por eso se requiere un análisis e interpretación de la nueva ley.

ABSTRACT

By Law 29819, amended section 107 of the Criminal Code to introduce a new type of crime called femicide in order to ensure greater protection of women in the context of gender violence, which places it as a potential victim of abuse and attempt on his life. That is why it requires an analysis and interpretation of the new law.



PALABRAS CLAVES

Mujer-Delito-Ley

KEYWORDS

Women - Crime - Law

1.-INTRODUCCION

Luego de un prolongado debate de orden social y jurídico, en los que se expresaron fundamentos en pro y en contra (que desarrollaremos infra: feminicidio), con fecha 27 de diciembre de 2011, mediante Ley 29819, se modificó el artículo 107 del código penal, reformando la estructura de nuestro tradicional delito de parricidio, el que ahora se ve desdoblado en dos figuras delictivas (que subsisten una dentro de la otra): El parricidio propiamente dicho (que se ve afectado) y el feminicidio (como modalidad que se desprende de la figura originaria).

Artículo 107.- El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a quien es o ha sido su cónyuge, su conviviente, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurren cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108.

Si la víctima del delito descrito es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga el delito tendrá el nombre de feminicidio.

Así, conforme a la nueva redacción típica, el tipo parricida circunscribe a la conducta de quien a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo (en cuyo caso el agente puede ser tanto hombre como mujer), o a quien es o ha sido su cónyuge, su conviviente, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga (caso en el cual se sitúa como sujeto activo sólo a la mujer). Mientras que el feminicidio comprende la

conducta del varón, que a sabiendas mata a quien es o ha sido su cónyuge, su conviviente, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga.

La norma introduce circunstancias diferenciales y anómalas, ya que de hecho bifurca irrazonable y anti técnicamente el parricidio. Por ejemplo, en cuanto a la relación conyugal y convivencial: Si el varón mata a quien es o ha sido su cónyuge o conviviente, se tipificará feminicidio. Pero si es la mujer la que mata a quien es o ha sido su conviviente, se tipificará como parricidio, generándose así una suerte de "parricidio de mujeres". La condición se agrava, como explicaremos más adelante, cuando se hace referencia a que el agente, en un supuesto hombre y en el otro mujer: "esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga".

2.- CUESTIONAMIENTO DE LOS FUNDAMENTOS POLÍTICO-CRIMINALES

En principio, el debate ha de centrarse en la determinación de si es pertinente o no, de cara a los principios penales de mínima intervención y última ratio (entre otros), tipificar el denominado "feminicidio", como un delito constitutivo o como circunstancia agravante del homicidio en nuestro ordenamiento penal (en la doctrina en general, el feminicidio es el homicidio perpetrado hacia una mujer con motivo de violencia familiar, violencia sexual o discriminación de género. Se constituye en la manifestación más extrema de la violencia contra la mujer).

Quienes abonan la tesis de la tipificación del feminicidio, manifiestan que en el tiempo actual, se hace necesario combatir la violencia sistemática contra las mujeres, que se evidencia como una realidad preocupante, tanto a nivel nacional como internacional, que contemporáneamente se traduce en un evidente problema de derechos humanos. Por ello se hace necesario enfrentar tal problemática con propuestas legislativas y políticas públicas para evitar así la muerte injusta de más mujeres.



Recomiendase en este contexto, la orientación a la implementación de una forma de "protección penal reforzada", teniendo como objeto de protección a la mujer desde una perspectiva fundamentalmente de género.

Es en esta línea de pensamiento que el legislador ha introducido la figura feminicida dentro de la estructura parricida. Pero no ha quedado clara su naturaleza jurídica (y por cierto tampoco algunos de sus componentes típicos). No apreciamos con claridad si se trata de un tipo constitutivo (que represente un delito diferenciado), o una forma derivada del parricidio o una circunstancia agravante del mismo.

Esta nueva modalidad típica colisiona abiertamente con el tipo parricida, despoblando de hecho su contenido típico de manera anti técnica. El feminicidio "peruano", representa un evidente concurso con el parricidio, que así sería "mutilado" en su objeto de protección, y en tal sentido, la imputación penal sufriría una seria distorsión en su esencia.

La distorsión típica alcanzaría incluso al asesinato, ya que el texto del artículo 107 actual, refiere que: "La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurren cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108". De esta manera, si la muerte se produce en las condiciones feminicidas, y esta se realiza bajo los supuestos de: Ferocidad, lucro o por placer (1), para facilitar u ocultar otro delito (2), gran crueldad o alevosía (3) o por fuego, explosión, veneno o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas (4), ya no se tipificaría la conducta como asesinato, sino como feminicidio, generándose una circunstancia discriminatoria, que podría resumirse en que ahora tendrá que identificarse en nuestro sistema, una forma de "asesinato para hombres" y otra de "asesinato para mujeres", que en este contexto se ha de denominar "feminicidio" (¿había necesidad de esto?).

Por otro lado, es de advertirse que el

tipo introduce una flagrante circunstancia discriminatoria, la que consideramos lesiva a los principios constitucionales. Consideramos que en cuanto al homicidio no existe una situación de desigualdad entre varones y mujeres que justifique una "acción positiva diferenciadora". El establecer una protección penal reforzada, tan sólo en consideración del género, resulta discriminatoria, ya que así se excluye de esta "doble protección penal" a otros sectores sociales igualmente importantes, como el caso del mismo género masculino, los menores, los ancianos, los discapacitados, los que adolecen de enfermedad terminal y demás sujetos vulnerables. Y es que en el ámbito de la protección de la justicia penal, no debe haber desequilibrio que afecte innecesariamente el principio de igualdad (que sólo se justifica en casos de discriminación positiva), de manera que cualquier medida que tienda a favorecer a un grupo de sujetos en desmedro de otros, supone una circunstancia de discriminación negativa y el perjuicio directo para los que queden fuera (y además una medida irrazonable de castigar).

No resulta buena técnica legislativa, el introducir criterios criminalizadores o sobrecriminalizadores, en razón directa a un grupo social por consideraciones de género, función, aptitudes o comportamientos, ya que ello sería restrictivo, discriminatorio y atentatorio contra el principio de igualdad, y además peligroso para la seguridad jurídica, ya que, siguiendo esta senda, habría que crear derecho penal para sectores sociales diferenciados sin razón alguna. Dicho ello, entonces, si el legislador ha optado por tipificar sustantiva y diferencialmente los atentados contra la vida de las mujeres; por qué no proteger otros grupos sociales, en cuyo caso podríamos extender la previsión legal para tipificar por ejemplo: El homosexualicidio, el lesbianicidio, el nificidio, el viejicidio, el meritricidio, el abogadicidio, entre otros.

Lo cierto es que el tipo feminicida se fundamenta en una tendencia político-criminal que insiste sobre todo en los efectos simbólicos que con su previsión se espera conseguir,



instrumentalizando de hecho, una "función pedagógica", orientada a transmitir a la sociedad la prohibición de ejercer todo acto de violencia contra las mujeres, bajo la amenaza de una severa sanción. Pero lo real es que el incremento de la pena o la criminalización inorgánica, no pueden cambiar los patrones culturales que generan la violencia de género. Si lo que se pretende es eliminarla y procurar la reivindicación de la mujer, debería tomarse en consideración si la mejor fórmula es dotándola de una exacerbada protección penal, que la haga ver como un ser indefenso protegido por el Estado paternalista, pasando a ocupar una posición pasiva y victimaria que la perjudica en la imagen social.

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

En general, se asocia la vigencia de la norma feminicida a la necesidad de combatir la violencia de género, la que existe como fenómeno social, es decir, como un tipo específico de violencia vinculado de modo directo al sexo de la víctima (al hecho de ser

mujer) y cuya explicación se encuentra en el reparto inequitativo de roles sociales y en pautas culturales muy asentadas, que favorecen las relaciones de posesión y dominio del varón hacia la mujer. Ahora bien, es cierto que en nuestro país, la violencia de género es un fenómeno latente que afecta principalmente a las mujeres dentro del ámbito doméstico o en relaciones de pareja, porque es entonces donde se intensifican los roles de género. Sin embargo, cabe preguntarse si esta realidad justifica un tratamiento diferenciado para el homicidio de un hombre y el de una mujer; o, si por el contrario, se trata de una norma que se presenta discriminatoria hacia el género masculino.

Visto así el problema, podría decirse que aquí se aprecia una circunstancia discriminatoria, atentatoria contra el principio de igualdad en cuanto se excluye a los hombres de la tutela penal reforzada y se les sanciona más severamente cuando agreden a una mujer sin otra razón que el dato objetivo de su pertenencia al género masculino; aunque por otro lado, podría considerarse una acción positiva en cuando se le considere una medida destinada a equilibrar la situación de desventaja en que se encuentran las mujeres a consecuencia de patrones culturales sexistas.

La igualdad como derecho garantiza la no arbitrariedad de las normas y que el contenido de éstas se aplique a todos sin distinción alguna. Así, es inaceptable cualquier trato diferenciado, salvo aquellos que exclusivamente tengan base positivo-objetiva, es decir, comprobables en la realidad y que, al propio tiempo, sean razonables, esto es, constitucionalmente admisibles. Para ello, el Tribunal Constitucional ha enfatizado que la noción de igualdad ante la ley no se rife con la existencia de normas diferenciadoras, a condición de que se verifique:

- a) La existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación; b) La acreditación de una finalidad específica; y;
- c) La existencia de razonabilidad, es decir, su



admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales.

En este sentido, el mandato de no discriminación tiene dos manifestaciones, una negativa consistente en la prohibición tajante de todo acto o medida perjudicial para un miembro del colectivo discriminado que tenga como fundamento alguna de las características de identidad que distinguen al grupo y lo sitúan en una posición de subordinación social; y una positiva que se concreta en la legitimación de políticas o medidas específicas tendentes a remover los obstáculos que impiden el pleno ejercicio de derechos y libertades a los miembros de los colectivos minusvalorados.

Apreciado así el problema, el tipo feminicida (que da un trato diferenciado y más favorable a las mujeres que a los varones) sólo podrá estar legitimado y ser entendido como una acción positiva de constatarse un prerrequisito indispensable: la situación desventajosa en que se encuentre la mujer per se. ¿Pero, en realidad existe esta situación desventajosa que amerite el tratamiento punitivo diferenciado, en desmedro del principio de mínima intervención penal o de última ratio?

Por las consideraciones esgrimidas, consideramos innecesaria la modificación legislativa que introduce el feminicidio, que se representa incluso anti técnica y trasgresora de fundamentales principios constitucionales y penales: Principio de igualdad (involucra un efecto discriminatorio no justificado); Principio de subsidiaridad y mínima intervención penal (última ratio); Principio de merecimiento y eficacia de la pena; Principio de culpabilidad; y, Principio de proporcionalidad.

Al efecto, consideramos que no existe la indefensión de género aludida como fundamento de la creación del feminicidio, nuestro sistema punitivo era y es suficiente en su tipicidad, cubriendo adecuadamente la vida como objeto de protección jurídica, mediante la tipificación del homicidio en sus diversas manifestaciones atenuadas o agravadas: Homicidio, parricidio y asesinato.

3.-PARRICIDIO: CONCEPTUALIZACIÓN

Se trata de una modalidad homicida agravada en relación al vínculo de hecho o de parentesco que une a los sujetos de la acción. En el Derecho romano era tratado como un caso de homicidio particularmente grave (parricidium). La ley de las Doce Tablas restringió sus alcances a la muerte de los padres cometida por los hijos. Posteriormente, la lex pompeia lo extendió a la muerte de los demás ascendientes, de la esposa, de los sobrinos, de los primos, del suegro, del yerno, de la nuera y del amo.

En suma la noción de parricidio ha obedecido siempre a la idea de que lo agravante del homicidio, en este caso, es la violación de los deberes derivados de la relación existente entre el autor y la víctima, quedando como particularidad, para cada legislación, la determinación del vínculo a protegerse; en el caso nuestro, y conforme a la modificación introducida mediante Ley N° 29819 (feminicidio) la norma establece la protección del vínculo sanguíneo (ascendientes y descendientes en línea recta) y del vínculo legal generado por la adopción. (El C.P. venezolano extiende específicamente la protección al caso de los hermanos <Art. 409.1>. En igual sentido se pronuncia el Código colombiano en el inciso 1, del artículo 104 y el Código costarricense en el Inciso 1, del artículo 112).

Nuestro primer Código penal (1863), sancionaba con pena de muerte a quien a sabiendas matare a su padre o a su madre (Art. 231). Si la muerte se verificaba sobre cualquier otro ascendiente (que no sea el padre o la madre) o sobre sus descendientes en línea recta; o sobre su hermano; o sobre el padre, madre o hijo adoptivo; o sobre su cónyuge, se aplicaba pena de penitenciaria en cuarto grado (Art. 233).

3.1.- TIPO AUTÓNOMO O CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE

En doctrina y en la legislación comparada, se plantea también, con respecto al parricidio, la



cuestión relativa acerca de si el parricidio corresponde a un delito autónomo o por el contrario en un mero homicidio agravado o cualificado por la circunstancia de parentesco, o si en su defecto los fundamentos parricidas no constituyen mérito para su tipificación.

En la actualidad hay legislaciones que no lo contemplan, sea como un tipo constitutivo o como una modalidad agravada específica del homicidio, como el caso de los Códigos penales de España y Alemania, en los cuales no se encuentra referencia específica a esta modalidad homicida (Al respecto, nos dice Cerezo Mir, "me parece consustancial la supresión de la figura delictiva del parricidio, que tiene en España una larga tradición. Lo injusto, concretamente el desvalor de la acción, es más grave si entre el autor y la víctima existe un parentesco de sangre o un vínculo matrimonial"... "la supresión de la figura delictiva del parricidio es, por otra parte, problemática desde el punto de vista de la prevención general". Obras Completas, Tomo II, "Otros Estudios", Pág. 903).

En otras legislaciones, como la argentina (Art. 80), la colombiana (Art. 104), la venezolana (Art. 408), etc. la circunstancia parricida es colocada sólo como una modalidad más de agravación del homicidio, conjuntamente con otras, que, cotejadas con nuestro ordenamiento jurídico, constituyen formas típicas de asesinato.

Para la determinación del carácter constitutivo o no del parricidio, lo decisivo es, como afirman Quintano y Mercedes Alonso (Citados por Gracia Martín, Estudios de Derecho Penal, 2004, Pág. 450), establecer cuál es la función concreta que el parentesco desempeña en el tipo parricida, puesto que para los efectos de la criminalización, un hecho o característica, puede ser valorado legislativamente como elemento esencial o mera circunstancia.

Nosotros consideramos que el parentesco, al que el tipo se refiere, se constituye en un elemento constitutivo especial del tipo, diferente a las circunstancias agravantes típicas

del delito de asesinato. Dicho ello, y sin perder de vista que se trata también de una forma derivada agravada del homicidio (como lo es el asesinato), requiere un tratamiento y estudio especializado, justificándose así su tipificación individualizada. Este es el criterio seguido por nuestro legislador, apreciando que tanto el Código penal de 1863, como el de 1924 y el vigente de 1991, tipifican individualizadamente el parricidio.

3.2.- DESCRIPCIÓN TÍPICA

Artículo 107.- El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a quien es o ha sido su cónyuge, su conviviente, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurren cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108.

Si la víctima del delito descrito es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga el delito tendrá el nombre de feminicidio.

3.3.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Siendo el parricidio un tipo homicida, el bien jurídico protegido es la vida humana.

3.4.- FUNDAMENTOS SOBRECRI-MINALIZADORES

Antes de entrar en el análisis estructural del parricidio y los problemas dogmáticos que conlleva, resulta necesario definir el fundamento de la agravación del parricidio. Al respecto, en doctrina las posiciones se encuentran divididas, por un lado hay quienes esgrimen como fundamento una mayor culpabilidad, mientras que por el otro lado, se manifiesta que la agravación se vincula a lo injusto.

Consideramos que la determinación del



fundamento sobrecriminalizar no puede tener como eje una mayor culpabilidad, ya que no es coherente sancionar con mayor severidad basándose tan solo en el reproche personal (ex post), temiéndose tan solo como dato objetivo la relación de parentesco. Por el contrario, parece más convincente buscar el fundamento agravante teniendo en consideración el reproche que se haga de la conducta en razón al interés social que se pretenda asegurar o proteger.

En esa consideración, el plus desvalorable del que nos habla Gracia Martín (Estudios de Derecho Penal, 2004, Pág. 453), ha de referirse a una condición ex ante, en la que el reproche se manifiesta en razón a la puesta en riesgo de los deberes emanados del parentesco. En efecto, mediante la norma, el sujeto es colocado en una situación de garante de estos deberes de mutua protección, afecto y cuidado que deben guiar las relaciones parentales, por lo que el reproche se manifiesta cuando dolosamente incrementa innecesariamente el riesgo con respecto a tales deberes. Por ello lo que incrementa el reproche tiene directa relación con el mayor desvalor de la acción. De esta manera, coincidimos con Bacigalupo, en que el parricidio debe tratarse como un supuesto en el que además de la vida se protegen reales relaciones parentales generadoras de confianza y afecto entre las personas, y no la existencia de simples vínculos jurídicos ("Los Delitos de Homicidio", Monografías Jurídicas, 1989, Pág. 72).

3.5.- OBJETO MATERIAL DE LA ACCIÓN

La acción recae sobre un ser humano vivo, que guarda con el agente, los vínculos de parentesco señalados en la ley (ascendiente o descendiente, natural o adoptivo).

3.6.- SUJETO ACTIVO

Se trata de un sujeto activo cualificado (específico), que puede serlo tanto hombre como mujer (a excepción del supuesto en que la víctima sea o haya sido la cónyuge o la conviviente del autor, o haya estado ligada a él

por una relación análoga, caso en el cual se constituye el feminicidio).

Así, conforme a la nueva redacción típica, el tipo parricida circunscribe a la conducta de quien a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo (en cuyo caso el agente puede ser tanto hombre como mujer), o a quien es o ha sido su cónyuge, su conviviente, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga (caso en el cual se sitúa como sujeto activo sólo a la mujer).

3.7.- SUJETO PASIVO

Se trata de un sujeto pasivo también cualificado (específico). Puede serlo tanto un hombre como una mujer, que se encuentre ligado al agente mediante los vínculos de parentesco sanguíneos o legales ya señalados (a excepción del supuesto en que la víctima sea o haya sido la cónyuge o la conviviente del autor, o haya estado ligada a él por una relación análoga, caso en el cual se constituye el feminicidio).

En doctrina encontramos que, atendiendo al sujeto pasivo, se emplean los términos: matricidio, patricidio o filicidio, según se extinga la vida de la madre, del padre o del hijo. Nuestro Código no hace referencia a ninguna de estas figuras particulares, subsumiéndolas a todas bajo el rubro de parricidio.

3.8.- ACCIÓN TÍPICA

El parricidio, siendo un tipo lesivo, de resultado material, se consuma con la muerte de la víctima, que reúne las características de parentesco ya anotadas. La acción, que se manifiesta eminentemente dolosa, puede ser de comisión, como de comisión por omisión (caso del hijo que deja morir de hambre a su padre).

3.9.- CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN OBJETIVA

3.9.a) EXTINCIÓN DE LA VIDA HUMANA.- Observamos que ello puede lograrse utilizando cualquier medio. Pero, en la eventualidad de que el agente utilice como



medios de ejecución, el fuego, la explosión, el veneno o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas, o mate por ferocidad, por lucro o por placer, o para facilitar u ocultar otro delito, o con gran crueldad o alevosía, el tipo se agrava, pero no deja de ser parricidio (se produce un concurso de tipos con el asesinato, pero por principio de especialidad primaria la figura parricida).

3.9.b) RELACIÓN DE PARENTESCO SANGUÍNEO.- Palacio Pimentel indica que «el parentesco es la relación o conexión familiar existente entre dos o más personas, surgida de la propia naturaleza o por mandato de la ley o nacida de la religión» ("Elementos de Derecho Civil Peruano", 1979, p. 368, T.II). Para efectos de esta parte de nuestro estudio, nos interesa las dos primeras: la relación de parentesco sanguíneo y la relación de parentesco legal, producido por la adopción.

En cuanto a la relación de parentesco sanguíneo, la ley sólo ampara, para los efectos de la agravante, aquella que es en línea recta, tanto ascendente como descendente (padre, madre, abuelo, bisabuelo; hijo, nieto, bisnieto, etc.). Nosotros consideramos que merecería tomarse en cuenta la posibilidad de extender la protección penal reforzada, también a los hermanos (el Código punitivo Colombiano amplía la protección penal incluso al hermano - Inc. 1 del Art. 104 <en igual sentido el Código venezolano, Art. 409.1>). Como ya hemos manifestado, esta relación ha de ser probada con el auxilio de la ley civil. «La simple confesión del procesado de ser ascendente o descendiente de la víctima, o la sola declaración de testigos no son suficientes para admitir la existencia del delito de parricidio» (Hurtado Pozo, 1982, p.93).

3.9.c) RELACIÓN DE PARENTESCO LEGAL POR ADOPCIÓN.- Nuestra ley amplía también la esfera de protección penal, a la relación de parentesco legal originado por la adopción, en virtud de la cual, conforme a lo establecido por el artículo 377 del Código Civil, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante, y como señala Cornejo Chávez,

citado por Chunga Lamónja (1995, Pág. 420), esta institución «tiene como finalidad suprema, dar una familia a quien no la tiene», y en tal sentido nosotros consideramos que si lo que la ley quiere proteger aquí, aparte de la vida humana, es ese respeto y deber de protección que debe existir entre los parientes, la acción homicida del hijo adoptado, también se justifica dentro de la agravante constitutiva del parricidio. Quién más que él para respetar la vida de quien lo libró tal vez de un futuro incierto,

3.9.d) RELACIÓN DE PARENTESCO LEGAL POR MATRIMONIO.- Es de apreciarse, dentro de lo criticable de la modificación legislativa, que la norma ha producido una bifurcación del parricidio, ya que si es el cónyuge el que mata a su mujer, entonces se tipifica el femicidio; pero si es la mujer la que mata a su cónyuge, entonces se tipifica el parricidio. Lo dicho deja entrever que no se ha escindido completamente del parricidio la protección del vínculo matrimonial. Así, Habrá parricidio si es la mujer la que mata a quien es o haya sido su cónyuge. Hablamos aquí específicamente de un "parricidio de mujeres".

La importancia de la unión intersexual de la pareja y la consecuente procreación de los hijos (que da origen a la organización familiar, base y fundamento de la sociedad), ha motivado de antaño, que se le preste especial atención, tanto desde el punto de vista religioso, como desde la perspectiva jurídica.

Así, nuestra Constitución consagra, protege y promueve el matrimonio como una institución natural y fundamental de la sociedad (Art. 4º: De los Derechos Sociales y Económicos). Su definición y normatividad jurídica, así como la formalidad del matrimonio y sus causales de separación y disolución, se encuentra en nuestra legislación civil, propiamente en el Libro III de nuestro código Civil, que norma acerca del "Derecho de Familia", donde se define al matrimonio como la "unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada



con sujeción a las disposiciones del Código civil, a fin de hacer vida común" (Art. 234. C.C.).

Se puede apreciar entonces, que el matrimonio es un acto jurídico voluntario efectuado en un tiempo y lugar determinado, ante un funcionario municipal. Se le puede definir como "el acto jurídico complejo, estatal, que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer" (Aguilar Carbajal... "Curso de Derecho Civil", 1975, Pág. 66). Como estado matrimonial, el matrimonio es una situación general y permanente, que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida (Cit. Bautista Toma y Herrero Pons... "Manual de Derecho de Familia, 2006, Pág. 65). Su unidad está expresada en la forma monogámica de su constitución (Palacio Pimentel... "Compendio de Derecho Civil Peruano", 1991, Pág. 659).

Desde la perspectiva de los alcances conceptuales, que como elemento normativo se inserta en el tipo, apreciamos que la expresión jurídica "cónyuge", alude a la institución matrimonial, que al efecto debe cumplir, y en todo caso, haber cumplido con todos los requisitos legales que exige la ley civil para su validez formal y temporal (aunque adolezca de nulidad todavía no declarada judicialmente).

Por otro lado, y de cara a la redacción típica, si a quien se mata es al actual cónyuge de la autora, consideramos que el plus desvalorable, ha de referirse a una condición *ex ante*, en la que el reproche se manifiesta en razón a la puesta en riesgo de los deberes emanados de ese tipo de parentesco. En efecto, mediante la norma, la mujer es colocada en una situación de garante de estos deberes de mutua protección, afecto y cuidado que deben guiar las relaciones conyugales, por lo que el reproche se manifiesta cuando dolosamente incrementa innecesariamente el riesgo con respecto a tales deberes. Por ello lo que incrementa el reproche tiene directa relación con el mayor desvalor de la acción. Claro está que este fundamento es válido en cuanto exista una verdadera relación

conyugal (estado matrimonial), pero no parece claro en cuanto la pareja haya disuelto de hecho su relación (como aquellos que llevan quince años separados y ya no tienen contacto ni físico ni afectivo). En todo caso, la ley no hace distinción de condición alguna (lo que a nuestro parecer podría traer el peligro de una responsabilidad objetiva, tan sólo por el mero resultado).

Por el otro lado, si la mujer mata a su ex cónyuge, la situación se complica, ya que no aparece con claridad el fundamento del injusto sobrecriminalizado. La expresión normativa hace referencia que "ha sido su cónyuge", situación que nos coloca en el contexto de dos situaciones: Si se produce el divorcio y si se declara la nulidad del matrimonio.

Si se produce el divorcio (dentro del marco regular que norma nuestra ley civil), el estado civil que se genera es el de divorciado (y por tanto ex cónyuges), que si se ajustaría a la previsión del tipo. Pero subsiste la duda en cuanto al fundamento del reproche penal, máxime si como lo señala el artículo 348 del C.C., el divorcio pone fin al vínculo del matrimonio cesando de esta manera las obligaciones que surgieron de éste, entre las cuales se encuentran las personales, como la alimentación (Art. 287 C.C.), la fidelidad y asistencia (Art. 288 C.C.), la de hacer vida en común (Art. 289 C.C.), entre otras. En este contexto, la previsión penal estaría extendiendo irrazonablemente este débito conyugal. Al parecer el fundamento del injusto tendría relación sólo con una exigencia social de respeto por una condición que fue, sin señalar modalidad ni temporalidad alguna, lo que evidencia una sin razón y un peligro para la seguridad jurídica, introduciendo de hecho una responsabilidad meramente objetiva (P. ej., si Juana mata a su ex cónyuge y también a su cónyuge actual, se le imputaría dos patricidios?).

Si se produce la declaración de nulidad absoluta del matrimonio, que conforme a nuestra jurisprudencia, "significa la existencia de un vicio que afecta la validez del acto mismo del



matrimonio, insanable, que determina su inexistencia..." (Cas. N° 1641-96-Lambayeque, El Peruano, 05-07-1998, Pág. 1390). Nos encontraremos en un supuesto en el que el matrimonio nunca existió y por tanto no se puede hablar de "ex cónyuge". Si por el otro lado, el matrimonio es disuelto por concurrir causales de anulabilidad, tampoco se puede hablar de "ex cónyuge", en el sentido típico del delito, aunque civilmente es posible hablarse de la validez de ciertos efectos generados durante su vigencia (Art. 284 del C.C.). Claro está, que habría que tomarse en cuenta que la norma contenida en el artículo 285 del C.C., que indica: "El matrimonio invalidado produce los efectos de un matrimonio válido disuelto por divorcio, frente a los terceros que hubieran actuado de buena fe". Nosotros consideramos que la norma citada, contiene una previsión aplicable a ciertos efectos jurídicos de naturaleza civil-patrimonial, pero que no pueden asimilarse a la expectativa de protección penal, para hablar de ex cónyuge, lo contrario sería admitir una analogía *in malam partem*.

3.9.e) RELACIÓN DE CONVIVENCIA.- Es de apreciarse que en este caso también, la norma ha producido una bifurcación del parricidio, ya que si es el conviviente el que mata a su pareja, entonces se tipifica el feminicidio, pero si es la mujer la que mata a su conviviente, entonces se tipifica el parricidio. Lo dicho deja entrever que en el parricidio no se ha dejado de dar protección a la unión convivencial. Así, Habrá parricidio si es la mujer la que mata a quien es o haya sido su conviviente. Hablamos también aquí específicamente de un "parricidio de mujeres".

A diferencia de lo normado en nuestro derogado Código penal de 1924, el legislador de 1991 extendió la protección penal en el parricidio, al vínculo generado por la unión de hecho (concubinato), denominado también «matrimonio de hecho». Esta especial relación tuvo su consagración legislativa en nuestra Constitución de 1979 (artículo 9) y actualmente mantiene su vigencia en virtud de lo establecido por el artículo quinto de nuestra vigente carta

política, que establece: "la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable".

Al parecer la orientación político criminal, que fundamentó la creación de la norma, se mantiene en la misma línea de extender protección penal a este sector social tan sensible y que constituye la mayoría de las uniones familiares. Pero apreciamos que el texto penal hace referencia a si la víctima es o ha sido su "conviviente". Habrá que interpretar entonces, que debe entenderse por "conviviente" desde la perspectiva normativa.

Tanto la Constitución (Art. 5°), como el Código Civil (Arts. 326 y 402 Inc. 3), hacen referencia indistintamente a "hogar de hecho", "unión de hecho" y/o "concubinato". Por tanto la expresión "conviviente", no se ajusta técnicamente a la previsión protectora de la norma penal. En todo caso, reconduciendo la interpretación, tendremos que entender que, el objeto de protección tendrá que ser la "unión de hecho" o "concubinato" (más precisamente las relaciones personales que surgen de dicha comunidad de hecho).

Etimológicamente el término «concubinato» deriva del latín «*concubinatus*», del verbo infinitivo «*concubere*», que significa "dormir juntos o comunidad de lecho" (se trata de una situación fáctica que consiste en la cohabitación de un varón y de una mujer para mantener relaciones sexuales estables). Siendo una institución ancestral y arraigada en nuestras costumbres, el concubinato no es patrimonio exclusivamente peruano, éste es un fenómeno social que tiene vigencia ancestral, histórica y universal (se le conocía desde épocas bíblicas y lo encontramos incluso legislado en el Código de Hammurabi).

La existencia de dicha relación convivencial, requiere, por expreso mandato constitucional (Art. 5 C.E.), la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que



Forman un hogar de hecho (circunstancia fáctica que origina, como derecho, el origen de una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable de acuerdo a la ley civil). En tal sentido, dicho enunciado comprendería sólo al concubinato propio, excluyendo el impropio.

Pero, como bien lo aprecia Peralta Andía ("Derecho de Familia en el Código Civil", 1995, Pág. 93), esta exclusión constitucional, sin embargo no ha sido óbice para que los codificadores le reconozcan a nivel de legislación civil, algunos efectos jurídicos al denominado concubinato impropio.

Así, nuestro Código civil define ambas clases de concubinato:

1) Concubinato propio: El artículo 326 establece que la unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

2) Concubinato impropio: Que conforme a lo establecido en el inciso 3° del artículo 402, se entiende el simple hecho de hacer vida de casados sin estarlo ("para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales").

En este sentido, la norma modificada no es clara al establecer su objeto de protección, siendo que al parecer se orienta en general a proteger todo tipo de relación convivencial o de hecho (concubinato impropio). Esta circunstancia introduce un nuevo elemento problemático e incluso contradictorio, que se aprecia al tratar de definir el fundamento del injusto, máxime, si como en el caso anterior, se protege la condición de quien "es o fue el conviviente de la agente".

Consideramos que si el concubinato es actual, por sus propias características de unión familiar de hecho, el fundamento del reproche se asimila al expresado para el caso del matrimonio actual, cuyo plus desvalorable se refiere a una condición *ex ante*, en la que el reproche se manifiesta en razón a la puesta en riesgo de los deberes emanados de tal situación. En efecto, mediante la norma, el sujeto es colocado en una situación de garante de estos deberes de mutua protección, afecto y cuidado que deben guiar este tipo de relaciones familiares. Por ello lo que incrementa el reproche tiene directa relación con el mayor desvalor de la acción.

El problema interpretativo se presenta cuando el texto del parricidio, extiende la autoría en el caso que la víctima haya sido el conviviente de la autora. En este supuesto, y como ya lo expresamos para el caso del ex cónyuge, al parecer el fundamento del injusto tendría relación sólo con una exigencia social de respeto por una condición que fue, sin señalar modalidad ni temporalidad alguna, ni tener en consideración que conforme a lo establecido por el artículo 326 del Código Civil, la relación convivencial termina o por mutuo acuerdo, o por ausencia o por decisión unilateral de los concubinos, lo que evidencia una *sin razón* y un peligro para la seguridad jurídica, introduciendo de hecho una responsabilidad meramente objetiva (nos preguntamos cómo sobrecriminalizar la conducta de la mujer que mata a su ex conviviente, cuando la separación fue voluntaria y ya hace mucho tiempo).

3.9.e) RELACIÓN ANÁLOGA.- Referirse a una relación análoga, es hacer referencia a una forma de unión parental o familiar parecida al matrimonio o al concubinato. Análoga, parecida, pero no igual.

Es justamente en este extremo de la previsión legal, que se revela su deficiencia técnica, ya que no se precisa, ni la forma ni las condiciones ni el fundamento del reproche agravado. Esto porque entendemos que en el matrimonio y en el concubinato existe un reproche orientado a la protección de vínculos familiares, que se



fundamentan en la ley o en una situación afectiva de hecho, pero con cierto ámbito de permanencia y solidez, enmarcados dentro del espíritu constitucional, que avala estas uniones como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (Art. 5° C.E.).

En este sentido, si no es matrimonio y si no es una unión de hecho, qué nos queda. Acaso el legislador propone las furtivas relaciones amorosas, los contubernios, el *servinakuy*, las relaciones extramatrimoniales, las relaciones homosexuales, las relaciones incestuosas. Y por otro lado, la norma se manifiesta bastante imprecisa, sólo refiere a que, con respecto a la víctima, la agente esté sosteniendo o haya sostenido "una relación análoga", sin definir condición o formalidad alguna.

Todo lo dicho, nos lleva a concluir que en este extremo el ordenamiento penal estaría extendiendo irrazonablemente su reproche. Al parecer, nuevamente observamos que el fundamento del injusto tendría relación sólo con una exigencia social de respeto por una condición que fue, sin señalar modalidad ni temporalidad alguna, lo que evidencia una sin razón y un peligro para la seguridad jurídica, introduciendo de hecho una responsabilidad meramente objetiva.

3.10.- TIPO SUBJETIVO DE LO INJUSTO

El delito de parricidio exige como elemento subjetivo del tipo legal, que el agente de muerte «a sabiendas», a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo; es decir, que el agente tenga conocimiento, le conste, sepa del vínculo que lo une con el sujeto pasivo (Se requiere un conocimiento cierto, que no se da, por supuesto, en los casos en que media ignorancia, aunque se haya originado en la propia culpa del agente). No es posible, por ello, la configuración del parricidio culposo (caso del hijo que al retroceder su vehículo da muerte a su madre, que en esos momentos se había agachado a recoger el llavero que se le había caído).

El saber, pues, no se equipara aquí al deber de

saber (Creus, 1990, p. 15). Es justamente en ello que reside el agravamiento de esta figura, siendo un tipo netamente doloso (dolo directo o dolo eventual <siempre y cuando, en este último caso, concorra la especial circunstancia de que el agente continúe su accionar, tomando conciencia de la posibilidad del resultado letal que se cieme sobre su pariente, constándole tal relación, y no obstante continúa conformándose con el resultado>).

La tipicidad subjetiva del injusto parricida, determina la relevancia del elemento "a sabiendas", que se integra al elemento cognitivo del dolo, siendo determinante e irremplazable para los fines de la imputación (dolo reforzado). En tal sentido, la concurrencia del error de tipo puede ser determinante a los fines de una adecuada tipificación. Conforme a las reglas contenidas en el artículo 14, de existir error invencible sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, se excluye la responsabilidad o la agravación; si el error es vencible, la imputación será a título culposo si existe el tipo correspondiente; (puede ser, por ejemplo, que el agente desconozca la existencia o vigencia del vínculo de parentesco protegido por la ley <hijo que nunca conoció a su padre pero que fue inscrito en provincia>).

En otros supuestos, el error, in personae vel in objeto, como en el caso en el que el agente quiere matar a su padre, pero equivocadamente dispara y da muerte a un tercero muy parecido (que puede ser su hermano que se parece mucho al padre), adquiere relevancia para determinar o no la agravación de la conducta. En este caso se produciría una especial circunstancia de un concurso ideal, generado por la acción del agente, en la que con respecto al parricidio se presentaría una tentativa inidónea (ya que de cara al tipo, no se habría dado muerte al pariente), mientras que con respecto a la muerte del tercero, se presentaría un homicidio doloso, ya que el agente actuó con dolo de matar y desde la perspectiva del bien jurídico protegido, se habría producido la lesión determinante del injusto.



Pero no es correcto aplicar esa solución, nos indica Creus (1990, p.16), cuando el error in personam ha hecho recaer la acción sobre otra persona también vinculada con el agente (por ejemplo, quien creyendo matar a su ascendiente mata, en realidad, a un descendiente), puesto que entonces los requisitos objetivos y subjetivos del tipo agravado se conjugan, aunque la acción se haya dirigido equivocadamente.

El error en el golpe <aberratio ictus>, caso en el cual el error se produce en el proceso ejecutivo del delito, puede, asimismo, determinar dos efectos: En primer lugar, cuando el agente, queriendo matar a un extraño, por un defecto en el mecanismo del arma, por impericia en su manejo o por mala puntería, causa la muerte a su pariente. Aquí estaríamos frente a un concurso ideal, en virtud del cual la acción del agente se imputaría como tentativa de homicidio doloso, con respecto a la víctima proyectada y como homicidio culposo en relación a la muerte del pariente por la ausencia del elemento "a sabiendas" (existe en este supuesto una omisión del deber de cuidado por parte del agente, a quien la norma le exige preservar la seguridad de sus semejantes. El agente debió prever que su conducta podría ocasionar daño ajeno).

En segundo lugar, tenemos el caso del agente, que queriendo matar a su pariente, por error en el golpe, produce la muerte de un extraño. Se presenta en este supuesto un resultado menos grave que el proyectado, pero que a su vez determina la presencia de un concurso ideal, en el que la acción del agente se imputaría como tentativa de parricidio y homicidio culposo con respecto a la muerte del extraño (concorre también una circunstancia de omisión del deber de cuidado).

Pueden concurrir en la acción, otras circunstancias motivadoras o desencadenantes de tipo subjetivo, que evidentemente no condicionan la configuración del tipo, pero que pueden denotar la presencia de elementos atendibles, para una regulación gradual de la pena, a modo de circunstancias atenuantes

genéricas, como el caso del móvil de piedad; la muerte del padre a manos del hijo condicionada por todo un largo historial de abusos y malos tratos contra la madre; La muerte de los hijos por parte de la madre por hallarse en total estado de miseria y desamparo; etc. O agravantes también genéricas, como el caso de la madre que mata al hijo por no poder soportar su llanto o por que perturba sus relaciones íntimas con el marido; o el caso del padre que por celos a su mujer, mata a su hijo para vengarse de ella, etc.

3.11.- TIPO IMPERFECTAMENTE REALIZADO

Siendo un tipo de resultado material, la tentativa es perfectamente configurable.

3.12.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Apreciamos como característica de este delito, que constituye un tipo especial propio (cualificado), que el círculo de autores está circunscrito solamente a un grupo de sujetos que reúnen la cualidad exigida en el tipo (intrañeus).

En esta perspectiva se discute cómo deben aplicarse las reglas de la autoría y la participación en estos delitos especiales, cuando participan en la ejecución de los hechos tanto sujetos que reúnen la cualidad exigida por el tipo penal como otros que no la poseen. Es esta "participación de extraneus" la que genera una serie de controversias sobre el título de la imputación que éste debe tener, lo cual se reflejará también, en algunos casos, en el título de imputación del intrañeus. Al respecto, existen las siguientes teorías explicativas:

- a) La teoría de la ruptura del título de imputación.
- b) La teoría de la unidad del título de imputación.
- a) La teoría de la ruptura del título de imputación.- Según ella, los tipos penales de delitos especiales solamente se refieren a los intrañeus, por lo tanto, los extraneus solamente



serán punibles sobre la base de los tipos penales comunes que concurren (cada uno responde de su propio injusto) (se basa en la teoría de la incommunicabilidad de circunstancias personales -Art. 26 C.P.-). Es el caso por ejemplo del hijo que mata a su padre con la ayuda de un amigo no pariente. El hijo comete parricidio, mientras que el amigo cometerá homicidio, simple o agravado según el caso.

Teóricamente siempre habría impunidad del extraneus con respecto al delito de parricidio cometido. Pero, además, el defecto esencial de esta teoría está en que atenta contra la "accesoriedad" de la participación, pues, en los casos en que quien tuvo dominio del hecho fue el intraneus, la punibilidad del partícipe extraneus no va a depender del "hecho principal" punible (delito especial), sino de otro que en realidad no se ha cometido (el "delito común").

b) La teoría de la unidad del título de imputación.- Para esta tesis, el extraneus sí puede ser partícipe del delito especial, pues si bien no es ni puede ser considerado como "autor" del delito especial impropio, nada impide que lo pueda ser como "cómplice" o "instigador" de ese mismo delito. Según esta posición la norma subyacente en el tipo especial también se dirige al extraneus, pues se trata de proteger un interés determinado (bien jurídico) y la protección no solamente es en interés de todos, sino que crea el deber de hacerlo en todos.

Esta tesis refuta la ruptura del título de la imputación en razón de la no comunicabilidad de circunstancias personales (Art. 26), consagrando la tesis de la "accesoriedad" de la participación respecto de la autoría, de tal manera que el partícipe siempre lo será en relación con un hecho punible cometido por el autor y no con otro distinto que en realidad no se ha cometido (evita la impunidad del extraneus).

La imputación (única) de la autoría (sobre cuya base se construye la participación) dependerá de quién haya ejecutado los actos con "dominio del hecho". Si lo hizo el intraneus y el extraneus

solamente colaboró, éste último será "partícipe" del primero en el delito especial.

Ahora bien, conviene dejar en claro que la solución aportada por la teoría de la unidad del título de imputación, tiene relevancia en la comisión de aquellos delitos que importan la trasgresión del deber, como los que refieren al ámbito de los delitos de función o contra la administración pública (deber normativo de cuidado y respeto en general por la correcta administración pública, que le atañe tanto a particulares como a servidores públicos).

En consecuencia, teniendo en consideración que en el parricidio también se trasgrede un "deber", es de tenerse en cuenta que este se refiere a una obligación personalísima, que obliga sólo a los parientes entre sí, y que no se puede extender a terceros no parientes, por lo que la solución a los problemas de autoría y participación han de resolverse teniendo en consideración la tesis de la ruptura del título de imputación (Art. 26).

Así, si un tercero, que no guarda vínculo de parentesco con la víctima, colabora en la ejecución del homicidio perpetrado por un pariente de éste, se configurará, para aquél, complicidad en un homicidio, mientras que el pariente sí estará cometiendo parricidio. Si el sujeto intraneus realiza la muerte de su pariente conjuntamente con el extraneus, la solución será imputar parricidio al intraneus y homicidio al extraneus. Si quien mata es un extraneus instigado por un sujeto cualificado, como en el caso de la mujer que instiga, mediante el ofrecimiento de dinero al amante para que de muerte a su esposo, la solución se presenta complicada, siendo la orientación de nuestra jurisprudencia la de imputar al extraneus como asesino y al intraneus por instigación al parricidio.

3.13.- CONCURSO DE TIPOS

Como ya hemos dicho, de hecho la redacción típica del texto actual de este delito, genera inicialmente un concurso aparente de leyes penales, que inmediatamente es resuelto por la



misma ley. Así, de arranque, la tipificación parricida engloba la conducta de quien a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a quien es o ha sido su cónyuge, su conviviente, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga, pero a reglón seguido precisa que si la víctima es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga el delito tendrá el nombre de feminicidio. En este caso el feminicidio se presenta subsidiario con respecto al parricidio.

Eventualmente es posible la configuración del concurso de tipos, sobre todo en relación a las figuras de homicidio simple e infanticidio (artículos 106 y 110); e incluso puede presentarse cuando el parricida utiliza alguna de las modalidades o medios constitutivos del asesinato (artículo 108) (P. ej. matar al padre utilizando veneno). La solución se determina por especialidad en favor del parricidio (que en este caso se agrava conforme al nuevo texto). Puig Peña, manifiesta que este crimen es independiente de toda circunstancia agravante. La premeditación, por ejemplo, o la alevosía, que transforman el homicidio en un asesinato, no modifican esencialmente el parricidio (Derecho Penal, T. III, Parte Especial 1955, Pág. 395).

3.14.- PENA APLICABLE

Pena privativa de la libertad no menor de quince ni mayor de treinta y cinco años.

3.15.- TIPO AGRAVADO

Conforme a la nueva redacción típica, se puede apreciar la inserción de circunstancias agravantes que no se contemplaban en el texto modificado. Así, apreciamos en la nueva figura parricida, la confluencia de circunstancias calificativas de un hecho homicida que ya es agravado en relación al homicidio simple que es su figura matriz.

De esta manera, cuando en el acto parricida, concorra cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4

del artículo 108 (asesinato), la pena será privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años.

Así, el tipo agravado parricida se presentará, cuando el agente a sabiendas, mata a su ascendiente o descendiente, natural o adoptivo, concurriendo alguno de los móviles, modos o medios de acción siguientes:

- 1) Por ferocidad, por lucro o por placer
- 2) Para facilitar u ocultar otro delito
- 3) Con gran crueldad o alevosía
- 4) Por fuego, explosión, veneno o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas.

Al respecto, y desde la perspectiva del principio de mínima intervención, no apreciamos fundamentos técnicos que avalen la inserción de estas agravantes, siendo solo suficiente apelar al criterio de conciencia y eficacia de la prueba penal, para la imposición de una pena más severa por parte del operador penal, en casos de tal gravedad, ya que el parricidio se sanciona con pena entre quince a treinta y cinco años de privación de libertad.

3.16.- TIPO ATENUADO

La segunda parte del artículo 109, nos trae la figura del parricidio por emoción violenta, describiendo la conducta del agente que da muerte a su pariente (en los alcances establecidos en el tipo parricida), bajo el imperio de una emoción violenta que las circunstancias hacen excusable. En igual sentido, el Código penal de 1924 normaba análogamente esta circunstancia atenuante del parricidio en el artículo 154, que se constituye en fuente directa del tipo en estudio.

El Código penal de 1863 también establecía circunstancias atenuantes para el parricidio, que aunque no se basaban específicamente en condicionamientos subjetivos de estado emocional y objetivos de que las circunstancias hicieran excusable el origen de tal estado emocional, permiten apreciar cierta tendencia a ello. Así el artículo 234 del código acotado



establecía: "El cónyuge que sorprendiendo en adulterio a su consorte, dá muerte en el acto a este ó a su cómplice ó a los dos juntos, sufrirá cárcel en tercer grado". En igual sentido, el artículo 235 disponía que: "Los padres y los hermanos mayores que dan muerte a los que yacen con sus hijas ó hermanas menores de 21 años, en acto de sorprenderlos infraganti, sufrirán cárcel en quinto grado. "Lo dispuesto en los dos artículos precedentes, no aprovecha a los que hubieren promovido, causado ó tolerado la prostitución de sus mujeres, de sus hijas ó de sus hermanas (Art. 236).

Este tipo delictivo nos presenta la convergencia y sobreposición de una circunstancia atenuante sobre otra agravante. Así, se requiere la concurrencia, de un homicidio agravado como es el parricidio, circunstanciado por una atenuante, derivada del estado emocional del agente a la hora de perpetrar la acción criminal. Los fundamentos atenuantes, en este caso, se basan en los mismos criterios objetivos, subjetivos y condicionales fundamentadores del tipo de homicidio por emoción violenta (nos remitimos a su estudio), y que en esta forma delictiva, se presentan en relación con el parricidio.

En cuanto a si el vínculo que une a los sujetos de la acción, es o no fundamento para la mayor o menor magnitud de la penalidad, hay quienes indican que tal vínculo «no representa una contención mayor para la fuerza emocional y que tal no debería primar para los efectos de la penalidad» (Núñez, 1961, p. 44).

Criterio diferente sostiene Roy Freyre, quien indica que si es necesario remitirse al vínculo de parentesco, y que tal es el fundamento de la mayor penalidad del parricidio emocional, en relación con la figura de homicidio por emoción violenta.

Nosotros coincidimos en que el menosprecio por la vida de quien es su ascendiente o descendiente natural o adoptivo, determina que la particular circunstancia psíquica que fundamenta la emoción, sea menos excusable. Es verdad que la existencia del vínculo no

representa de por sí «una contención mayor para la fuerza emocional», pero también es cierto que si debería representarla.

Tratándose de una figura atenuada de parricidio, la penalidad que se ha establecido es de pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

4.- FEMINICIDIO: ASPECTOS GENERALES

Autoras como Ana Elena Badilla, Sonia Montañó y Nieves Rico, sostienen que la violencia contra la mujer surge como consecuencia de las relaciones desiguales de poder entre varones y mujeres, las cuales tienen como base un orden socialmente construido donde, jerárquicamente, los varones son colocados en una posición de superioridad con respecto a las mujeres (cit. *Feminicidio en el Perú: Estudios de expedientes judiciales*, Defensoría del Pueblo, Informe N° 04-2010/DP-ADM, Pág. 33).

Desde que nacen, hombres y mujeres participan en procesos de socialización diferentes. De esta manera, al formar parte de un sistema socialmente construido sobre la base de desigualdades notorias de trato y educación, la violencia contra la mujer no se presenta como un hecho aislado donde sólo algunas mujeres son víctimas de violencia. La falta de un sistema de protección efectivo para las víctimas de violencia, determina que muchas de ellas se vean obligadas a permanecer en este ambiente nocivo donde su vida, su salud y su integridad se ven afectadas y su existencia se enfrenta a un peligro permanente. Así, está demostrado que la condición de mujer en nuestra sociedad, es considerada como un factor que incrementa el riesgo de convertirla en víctima.

Como se ha señalado en el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer (ONU, 6 de julio del 2006), en los casos más graves, la violencia contra la mujer culmina con la muerte de ésta.



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

La violencia contra la mujer cuya expresión más grave es el feminicidio, sigue siendo un tema prioritario en nuestro país, donde, según datos aportados por el Ministerio de la mujer y la Fiscalía de la nación, la magnitud de la misma afecta de manera negativa la vida de muchas peruanas. Según revela un estudio realizado por la Defensoría del Pueblo, basado en la revisión de expedientes de los distritos judiciales de Ayacucho, Junín, Lima, Puno y San Martín relacionados con este tipo de casos, los agresores tienden a responsabilizar a las víctimas y justificar su actuación argumentando una supuesta infidelidad, celos, la negativa al mantenimiento de relaciones sexuales o a continuar con la relación o simplemente por no servirle el almuerzo.

Conceptualmente el feminicidio es el homicidio perpetrado hacia una mujer con motivo de violencia familiar, violencia sexual o discriminación de género (homicidio de mujeres por "violencia de género"). Es la manifestación más extrema de la violencia contra la mujer.

4.1.- CONCEPTUALIZACIÓN DE LA EXPRESIÓN FEMINICIDIO

El término "feminicidio" deriva de "femicide", cuya traducción es "femicidio", que es el homólogo a "homicidio de mujeres". Desde la perspectiva castellana se ha preferido utilizar la expresión "feminicidio" para denominar esta nueva categoría de estudio, término dentro del cual se pueden abarcar las especificaciones de esta clase de crímenes contra las mujeres. Su antecedente directo se encuentra en la voz inglesa "femicide", expresión desarrollada inicialmente en el área de los estudios de género y la sociología.

Diane Russell fue la primera feminista en utilizar el término feminicidio durante su intervención en el Tribunal Internacional sobre Crímenes en Bruselas (1976). Sin embargo, no fue hasta 1992 en que, con la publicación de "Femicide: The politics of women killing", propuso con Jill Radford el concepto de feminicidio como el referido al asesinato de las mujeres a manos de los hombres, por el solo hecho de ser mujeres. Las autoras explican, además, cómo estos asesinatos se convierten en el último capítulo en un continuum de violencia y terror contra las mujeres, presentes a lo largo de toda la historia, bajo diversas manifestaciones: violación sexual, tortura, trata, hostigamiento sexual, mutilación genital, esterilización forzada o maternidad forzada (Cit. Informe de Defensoría del Pueblo: *Feminicidio en el Perú...*, Pág. 36. Fuente: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. "I Informe Regional: situación y análisis del feminicidio en la región centroamericana". Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos. San José, Agosto 2006. P. 33-34).

En este sentido, existe coincidencia en la doctrina en el sentido de que la construcción de los términos "femicidio" o "feminicidio", responde a la necesidad de diferenciar estos crímenes de los homicidios comunes (simples o agravados). Es decir, mientras se considera que homicidio es un término neutral, el feminicidio o el femicidio logran evidenciar las características que subyacen estos crímenes, donde las mujeres que, de alguna manera, cuestionan las relaciones de poder que las mantienen subordinadas a la dominación masculina, terminan siendo asesinadas (Informe de Defensoría, ob. Cit., Pág. 38).

En América Latina, países como Costa Rica, Honduras y el Ecuador han adoptado el concepto de "femicidio", mientras que en México, Panamá, República Dominicana y ahora en el Perú, se utiliza el término "feminicidio". Por su parte, en El Salvador, Guatemala, Bolivia y Paraguay, se utilizan ambos términos.



4.2.- PRESUPUESTOS FÁCTICOS DEL FEMINICIDIO

Como ya se ha especificado, el feminicidio es la manifestación más extrema de la violencia contra la mujer, en cuya perpetración convergen una diversidad de aspectos, que son fuente de tipificación en las diversas legislaciones que lo tipifican.

Así, el feminicidio, en general, se presenta asociado con las siguientes circunstancias:

- a) La violencia de género;
- b) La violencia sexual;
- c) Relaciones de poder o confianza;
- d) Dominación y control;
- e) Violencia intrafamiliar;
- f) La discriminación;
- g) Factores económicos;
- h) Condiciones honoris causa
- i) Circunstancias pasionales

Cabe precisar que el uso de la expresión "violencia de género", es tan reciente como el propio reconocimiento de la realidad del maltrato a las mujeres. Conforme a lo preceptuado en el artículo 1° de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, se entiende como "violencia de género", "toda acción o conducta, basada en su género, que cause la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público o privado".

En igual sentido, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ha definido como "violencia contra la mujer": "Todo acto de violencia sexista que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada, y que abarca, sin limitarse a estos actos, la violencia doméstica, los delitos cometidos por cuestiones de honor, los crímenes pasionales, la trata de mujeres y niñas, la prácticas tradicionales nocivas para la mujer

y la niña, incluida la mutilación genital femenina, el matrimonio precoz y forzado, el infanticidio de niñas, los actos de violencia y los asesinatos relacionados con la dote, los ataques con ácido y la violencia relacionada con la explotación sexual comercial y con la explotación económica (Resolución 2005/41, de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer).

Como se advierte, la violencia de género surge en una relación de desigualdad entre el hombre y la mujer, que atenta contra los derechos humanos de las mujeres. El Consejo Centro Americano de Procuradores de Derechos Humanos, en un trabajo sobre la situación y análisis del feminicidio en la Región de Centro América, haciendo referencia a Kislinger, señala que "la violencia de género contra las mujeres, se origina en las relaciones desiguales de poder entre mujeres y hombres, las cuales responden a un orden socialmente construido, que determina una jerarquía y un poder distintos para ambos sexos. Este orden subordina a las mujeres con respecto a los hombres, quienes ejercen poder sobre ellas de distintas maneras, utilizando la violencia como manifestación de ese poder. Además, esta violencia sirve como instrumento para perpetuar la desigualdad".

La declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, de 20 de diciembre de 1993, reconoce que ésta "constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre". Por su parte, la Resolución del Parlamento Europeo, sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres (16 de setiembre de 1997), vincula la violencia de género "al desequilibrio en las relaciones de poder entre los sexos en los



ámbitos social, económico, religioso o político...”

4.3.- TIPOLOGÍA DEL FEMINICIDIO

En doctrina y legislación comparada, es posible apreciar que en su evolución el feminicidio presenta una diversidad de formas que luego constituyen su tipología, que responde fundamentalmente a las relaciones entre el agresor y la víctima. De esta manera, de acuerdo a los estudios desarrollados por Jill Radford y Diana Russell, se han propuesto los siguientes tipos de feminicidio (Cit. Informe de Defensoría del Pueblo: "Feminicidio en el Perú...". Pág. 39):

- a) Feminicidio íntimo: Describe los crímenes que cometen los hombres con quienes la víctima tiene o tuvo una relación de pareja, de convivencia, familiar o afines a cualquiera de éstas.
- b) Feminicidio no íntimo: En cuyo caso no existió una relación de pareja, de convivencia, familiar, o afín a éstas, previa al homicidio. Frecuentemente en estos casos, los hechos se producen como consecuencia de un ataque sexual.
- c) Feminicidio por conexión: Ocurre contra mujeres que tenían una relación familiar o de amistad contra otra mujer, a quien el agresor intentaba precisamente eliminar. Estas mujeres terminan muertas ya sea porque intentaron evitar los hechos de violencia o como una forma de venganza del agresor contra otra mujer.

La incidencia de cada una de las tipologías presentadas varía en cada país. En el Perú, al parecer, el feminicidio íntimo es el más frecuente. A diario, los medios de comunicación informan sobre nuevos casos en que mujeres son cruelmente asesinadas por sus parejas, convivientes o esposos, o por hombres con quienes sostuvieron alguna relación. Estas noticias presentadas como "crímenes pasionales" son un reflejo de los estereotipos que colocan a las mujeres en una posición de subordinación y desvalorización con respecto a los varones (Informe de Defensoría del Pueblo: "Feminicidio en el Perú", Pág. 40).

4.4.- EL FEMINICIDIO EN EL PERÚ Y EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Como ya ha quedado dicho, el feminicidio es la máxima expresión de violencia contra la mujer, y contemporáneamente constituye un problema de grandes proporciones que afecta a las mujeres de diversos países.

Conforme a los datos aportados por el Informe N° 04-2010, de la Defensoría del Pueblo sobre el Feminicidio en el Perú (ob. Cit., Pág. 51 y ss), según la Organización Mundial de la Salud (OMS), los datos de diferentes países indican que la violencia en la pareja es la causa de un número significativo de muertes por asesinato entre las mujeres.

En el Perú, la visibilización de la muerte de mujeres, asociada a las diversas situaciones de violencia de género es reciente. Fueron las Organizaciones no Gubernamentales (ONG), las entidades que contribuyeron en un primer momento a su identificación y reconocimiento como un grave problema social, asociado a las relaciones de inequidad entre mujeres y hombres. Entre ellas, el Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán trabajó, en el año 2005 en la sistematización de casos de homicidios de mujeres recogidos por la prensa, registrando un total de 265 casos: 124 en el 2003, 100 en el 2004 y 41 en el 2005.

Los primeros datos registrados en el Perú dan cuenta de una característica muy representativa, que se presenta en los homicidios de mujeres: en su mayoría son perpetrados por las parejas, ex parejas o familiares cercanos. El Centro Flora Tristán señala que "más del 64 % de víctimas en el momento de la agresión mantenía una relación sentimental, afectiva o íntima con su agresor.

Esta situación impulsó la creación de sendos registros oficiales de feminicidio en el Perú, los mismos que aunados a la Fiscalía de la Nación, Ministerio de la Mujer y la Defensoría del Pueblo, aportan datos que revelan una alta incidencia de crímenes contra mujeres en relación al género y a relaciones íntimas.



Esta situación y los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano, emanados fundamentalmente de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, entre otros, determinó la necesidad de prever medidas de naturaleza pública, que permitieran a las mujeres un ámbito de seguridad y justicia.

Al efecto, la opción político criminal asumida por los legisladores fue la de proyectar una nueva legislación penal represiva del feminicidio, postulándose varios proyectos de ley, que luego determinaron la vigencia del texto que actualmente rige.

El primer proyecto de ley N° 3654/2009-CR, fue presentado por la congresista Karina Julissa Beteta Rubin, quien proponía introducir un nuevo artículo 107-A, referido al feminicidio, con el siguiente texto:

El que mata a una mujer con quien tiene relación conyugal, convivencial, amical u otro vínculo semejante de pareja será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 15 años.

La pena no será menor de 15 ni mayor de 25 años, cuando concurren cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

1. Por ferocidad, por placer o lucro de los bienes de la víctima.
2. Para facilitar el incumplimiento de sus obligaciones materiales conyugales o convivenciales u ocultar otro delito.
3. Con gran crueldad o alevosía.
4. Abusando de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas y/o insumos químicos o fármacos contra la víctima.

El segundo proyecto de ley N° 3971/2009-CR, presentado por la Congresista Olga Cribilleros Shigihara, pretendió también incorporar conjuntamente con el parricidio, el delito de Feminicidio, con el siguiente texto:

Art. 107-A: El que por su condición de género mata a una mujer, con quien le une algún lazo de parentesco, amistad u otro vínculo que le permita tener cercanía con la víctima, ya sea que haya llevado una relación de pareja sentimental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

La pena privativa de libertad será no menor de 25 años, cuando concurren de las circunstancias previstas en los numerales 1°, 2°, 3° y 4° del artículo 108 del Código Penal".

En su proyecto de ley, la congresista Cribilleros ensaya una definición de feminicidio: "Para efectos de la presente ley se entiende por feminicidio, la muerte intencional ocasionada a una mujer, por su condición de género. Pudiendo ser el autor de dicha muerte, un varón u otra mujer, cuyo móvil para la realización del hecho punible en contra de la víctima, se haya basado en aspectos discriminatorios por su condición de mujer".

Asimismo, el referido proyecto de ley postuló también la modificación del artículo 109 del C.P., excluyendo al feminicidio de la atenuante de la emoción violenta.

En igual sentido, la congresista Luisa María Cucubiza Torres, presentó el proyecto de ley N° 08/2011, que a diferencia de los dos proyectos anteriores, postula incorporar el tipo penal de feminicidio como una modalidad de asesinato, proyectando el siguiente texto: "Si la víctima es una mujer con quien el agente mantiene o mantuvo vínculo sentimental".

Finalmente, con fecha 27 de diciembre de 2011, aparece publicada en el Diario Oficial El Peruano, la Ley N° 29819, que modifica el artículo 107 del Código Penal (parricidio), incorporando el feminicidio al catálogo punitivo nacional con el siguiente texto:

"El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a quien es o ha sido su cónyuge, su conviviente, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga será reprimido con pena privativa de



libertad no menor de quince años.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurren cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108.

Si la víctima del delito descrito es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga, el delito tendrá el nombre de feminicidio¹¹.

En el ámbito del Derecho comparado, podemos anotar que ya existen países que han incluido en su sistemática punitiva la circunstancia feminicida, sea de manera directa o indirecta.

Costa Rica fue el primer país que incorporó este delito al que se denominó "feminicidio". Al efecto, mediante una legislación especial introducida por Ley N° 8589 (30-05-07), referida a la penalización de la Violencia Contra la Mujer, se tipificó tal conducta con el siguiente texto: "Se le impondrá pena de prisión de veinte a treinta y cinco años a quien dé muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no".

En su marco general, dicha legislación tiene como fin proteger los derechos de las víctimas de violencia y sancionar las formas de violencia física, psicológica, sexual y patrimonial contra las mujeres mayores de edad, como práctica discriminatoria por razón de género, específicamente en una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no. Cuando las víctimas sean mujeres mayores de quince años y menores de dieciocho, siempre que no se trate de una relación derivada del ejercicio parental.

En Guatemala, mediante Decreto N° 22-2008 (07-05-08), entró en vigencia, mediante una legislación especial, la "Ley Contra el Feminicidio y otras formas de violencia contra la mujer". El objetivo declarado de esta norma es el de "garantizar la vida, la libertad, la integridad, la dignidad, la protección y la igualdad de todas las mujeres ante la ley, y de la

ley, particularmente cuando por condición de género, en relaciones de poder o confianza, en el ámbito público o privado; quien agrede, cometa en contra de ellas prácticas discriminatorias, de violencia física, psicológica, económica o de menosprecio a sus derechos". Esta legislación busca promover e implementar disposiciones orientadas a la erradicación de la violencia física, psicológica, sexual, económica o cualquier tipo de coacción en contra de las mujeres, garantizándoles una vida libre de violencia. Esta ley se aplica cuando sea vulnerado el derecho de la mujer a una vida libre de violencia en sus diferentes manifestaciones, tanto en el ámbito público como en el privado.

El artículo 2°, literal f) de la referida legislación, define al feminicidio como la muerte violenta de una mujer, ocasionada en el contexto de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, en ejercicio del poder de género en contra de las mujeres. El literal g) señala que las relaciones de poder son manifestaciones de control o dominio que conducen a la sumisión de la mujer y a la discriminación en su contra.

En el artículo 6° de la acotada ley sanciona el delito de feminicidio, conminándolo con pena de prisión de veinticinco a cincuenta años: Comete el delito de feminicidio quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer, por su condición de mujer, valiéndose de cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) Haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.
- b) Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo o relación laboral.
- c) Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima.
- d) Como resultado de ritos grupales usando o no armas de cualquier tipo.
- e) En menosprecio del cuerpo de la víctima para



satisfacción de instintos sexuales; o cometiendo actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación.

f) Por misoginia.

g) Cuando el hecho se cometa en presencia de las hijas o hijos de la víctima.

h) Concurriendo cualquiera de las circunstancias de calificación contempladas en el artículo 132 del C.P.

En el 2010, Chile se unió a los países que incluyen el feminicidio en su catálogo delictivo. Mediante Ley N° 20480, modificó el artículo 390 de su Código penal, tipificando el delito de la siguiente manera: El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, o cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. "Si la víctima del delito descrito... es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio".

En España, si bien es cierto no se tipifica específicamente el feminicidio, es posible apreciar una orientación definida hacia la protección de la mujer. Así, mediante la expedición de la Ley 01/2004, sobre "medidas de protección contra la violencia de género", se busca como objetivo actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia, además de establecer medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas.

4.5.- DESCRIPCIÓN TÍPICA

Teniendo en consideración la "peculiar" técnica legislativa utilizada en la modificación

del artículo 107 del C.P., la identificación típica del feminicidio sólo se ha logrado mediante una técnica de "extracción" o "exclusión", ya que no se le ha dado un contorno definido. Así, el mismo texto indica que si la víctima del delito descrito es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga el delito tendrá el nombre de feminicidio.

En todo caso, dejando señaladas estas deficiencias técnicas de legislación, el feminicidio típicamente se representará de la siguiente manera:

Art. 107: El varón, que a sabiendas, mata a una mujer que es o ha sido su cónyuge, su conviviente, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurren cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108.

4.6.- DETERMINACIÓN DE LA AUTONOMÍA O NO DEL FEMINICIDIO

Resulta claro que el feminicidio es concebido como una forma homicida agravada, resultando ahora necesario establecer si con respecto al parricidio guarda una relación de dependencia o se constituye en una figura diferente.

Teniendo en consideración la "peculiar" técnica legislativa utilizada en la modificación del artículo 107 del C.P., la identificación típica del feminicidio sólo se ha de lograr mediante una técnica de "extracción" o "exclusión", ya que no se le ha dado un contorno definido. Así, el mismo texto indica inicialmente, que será reprimido el que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a quien es o ha sido su cónyuge, su conviviente, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga; para luego, a reglón seguido, introducir un cláusula de exclusión, al precisar que si la víctima del



"delito descrito" es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga el delito tendrá el nombre de feminicidio (determinando también por exclusión, que este delito sólo lo comete un hombre sobre una mujer).

Pero nos preguntamos: ¿a qué delito se refiere inicialmente? Evidentemente lo será al parricidio, y en tal circunstancia la misma ley genera y soluciona un concurso aparente, siendo así el feminicidio subsidiario al parricidio. Lo cierto es que, salvando nuestra crítica y posición contraria a la tipificación de este delito, se le debió legislar en un tipo diferenciado al parricidio, como fue la orientación de los proyectos de ley iniciales (ver: *infra*).

4.7.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Por la orientación político-criminal que ha fundamentado su tipificación y por su ubicación legislativa, es evidente que el bien jurídico que se protege mediante el feminicidio es la vida humana, en relación a las relaciones de parentesco, afectividad, convivencia u otra relación de pareja, conforme lo señala el tipo.

4.8.- FUNDAMENTO DE LO INJUSTO SOBRECriminalIZADO

En la comparación y como ya hemos hecho referencia, el plus desvalorable que fundamenta la sobrecriminalización del parricidio se refiere a una condición *ex ante*, en la que el reproche se manifiesta en razón a la puesta en riesgo de los deberes emanados del parentesco. En efecto, como ya se dijo, mediante la norma el sujeto es colocado en una situación de garante de estos deberes de mutua protección, afecto y cuidado que deben guiar las relaciones parentales, por lo que el reproche se manifiesta cuando dolosamente incrementa innecesariamente el riesgo con respecto a tales deberes. Por ello lo que incrementa el reproche tiene directa relación con el mayor desvalor de la acción.

A partir de ello nos queda por establecer el fundamento político-criminal, que orientó al legislador peruano a insertar el feminicidio como una forma agravada de homicidio, que como ya hemos observado, se representa diferencial al parricidio. Ello, teniendo en consideración que en general, el feminicidio se presenta asociado con las siguientes circunstancias, que en el contexto del Derecho comparado, son tomadas como fundamentos del mayor reproche penal:

- a) La violencia de género;
- b) La violencia sexual;
- c) Relaciones de poder o confianza;
- d) Dominación y control;
- e) Violencia intrafamiliar;
- f) La discriminación;
- g) Factores económicos;
- h) Condiciones honoris causa
- i) Circunstancias pasionales

En general, se asocia la vigencia de la norma feminicida a la necesidad de combatir la violencia de género, que en nuestro país es un fenómeno latente que afecta principalmente a las mujeres dentro del ámbito doméstico o en relaciones de pareja, porque es entonces donde se intensifican los roles de género. Sin embargo, cabe preguntarse si esta realidad justifica un tratamiento diferenciado para el homicidio de un hombre y el de una mujer; o: si por el contrario, se trata de una norma que se presenta discriminatoria hacia el género masculino.

Analizado así el problema, podría decirse que aquí se aprecia una circunstancia discriminatoria, atentatoria contra el principio de igualdad en cuanto se excluye a los hombres de la tutela penal reforzada y se les sanciona más severamente cuando agreden a una mujer sin otra razón que el dato objetivo de su pertenencia al género masculino; aunque por otro lado, podría considerarse una acción positiva en cuanto se le considere una medida destinada a equilibrar la situación de desventaja en que se encuentran las mujeres a consecuencia de patrones culturales sexistas.



La igualdad como derecho garantiza la no arbitrariedad de las normas y que el contenido de éstas se aplique a todos sin distinción alguna.

Así, es inaceptable cualquier trato diferenciado, salvo aquellos que exclusivamente tengan base positivo-objetiva, es decir, comprobables en la realidad y que, al propio tiempo, sean razonables, esto es, constitucionalmente admisibles. En este sentido, el mandato de no discriminación tiene dos manifestaciones, una negativa consistente en la prohibición tajante de todo acto o medida perjudicial para un miembro del colectivo discriminado que tenga como fundamento alguna de las características de identidad que distinguen al grupo y lo sitúan en una posición de subordinación social; y una positiva que se concreta en la legitimación de políticas o medidas específicas tendentes a remover los obstáculos que impiden el pleno ejercicio de derechos y libertades a los miembros de los colectivos minusvalorados.

Visto así el problema, el tipo feminicida (que da un trato diferenciado y más favorable a las mujeres que a los varones) sólo podrá estar legitimado y ser entendido como una acción positiva de constatarse un prerequisite indispensable: la situación desventajosa en que se encuentre la mujer per se. ¿Pero, en realidad existe esta situación desventajosa que amerite el tratamiento punitivo diferenciado, en desmedro del principio de mínima intervención penal o de última ratio?

En todo caso y teniendo a la vista el texto punitivo, que por lo ya dicho exige la concurrencia como autor de un varón que mata a una mujer, a sabiendas de que es o ha sido su cónyuge, su conviviente, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga, permite identificar que ese "plus desfavorable", se refiere fundamentalmente a un desvalor de la conducta relacionada al género.

En este sentido, podemos agregar que, conforme al texto legal peruano, subyace también, dentro de la protección penal, la

trasgresión de deberes familiares de pareja (semejantes al fundamento parricida), cuando se refiere a la condición de cónyuge o conviviente actual; mientras que en los casos de ex cónyuges, ex convivientes o parejas sentimentales, el desvalor se aprecia en relación a exigencias sociales que tienen que ver con el respeto que debe existir o debe quedar, con respecto de las mujeres con las que se tuvo ese tipo de relación (al parecer por ser mujeres y porque socialmente merecen respeto <?>). A las que se quiere librar de circunstancias de abuso.

Como vemos, los factores más resaltantes que tienen que ver con el fundamento sobrecriminalizado del injusto feminicida se basan en: Violencia de género, violencia sexual, relaciones de poder o confianza, dominación y control, violencia intrafamiliar, discriminación, factores económicos, condiciones honoris causa y violencia pasional, entre otros.

4.9.- OBJETO MATERIAL DE LA ACCIÓN

La acción recae específicamente sobre una mujer, que con respecto al autor, es o haya sido su cónyuge o su conviviente, o haya estado ligada a él por una relación análoga.

4.10.- SUJETO ACTIVO

Se trata de un sujeto activo cualificado (específico). Sólo puede ser autor de este delito un sujeto de sexo masculino y que con respecto a la víctima sea o haya sido su cónyuge o su conviviente, o haya estado ligada a ella por una relación análoga.

4.11.- SUJETO PASIVO

Se trata también de un sujeto cualificado o específico. Sólo puede serlo la mujer, que con respecto al agente sea o haya sido su cónyuge o su conviviente, o haya estado ligada a él por una relación análoga.

4.12.- ACCIÓN TÍPICA



El feminicidio, siendo un tipo lesivo, de resultado material, se consuma con la muerte de la víctima, que reúne las características ya anotadas; es decir, que sea o haya sido la cónyuge o la conviviente del agente, o haya estado ligada a él por una relación análoga.

La acción, que se manifiesta eminentemente dolosa, puede ser de comisión, como de comisión por omisión (caso del sujeto deja morir de hambre a su cónyuge).

4.13.- CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN OBJETIVA

Se aprecia la construcción de un tipo cualificado (tipo especial propio), de naturaleza lesivo-material, que evidencia el reproche de un comportamiento regido por un dolo reforzado, en el que el sujeto activo manifiesta un *animus necandi* dirigido específicamente sobre una mujer (género), con pleno conocimiento de las relaciones de parentesco, afecto o afinidad que el tipo especifica

Como forma homicida, el presupuesto fáctico es el hecho de la muerte y en tal sentido el verbo rector está representado por la expresión "mata" a una mujer.

El tipo reclama como presupuestos materiales de la imputación:

4.13.a) EXTINCIÓN DE LA VIDA HUMANA.- Observamos que ello puede lograrse utilizando cualquier medio. Pero, en la eventualidad de que el agente utilice como medios de ejecución, el fuego, la explosión, el veneno o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas, o mate por ferocidad, por lucro o por placer, o para facilitar u ocultar otro delito, o con gran crueldad o alevosía, el tipo se agrava, pero no deja de ser feminicidio (se produce un concurso de tipos con el asesinato, pero por principio de especialidad primaria la figura feminicida).

4.13.b) RELACIÓN MATRIMONIAL.- La importancia de la unión intersexual de la pareja y la consecuente procreación de los hijos (que

da origen a la organización familiar, base y fundamento de la sociedad), ha motivado de antaño, que se le preste especial atención, tanto desde el punto de vista religioso, como desde la perspectiva jurídica.

Así, nuestra Constitución consagra, protege y promueve el matrimonio como una institución natural y fundamental de la sociedad (Art. 4º: De los Derechos Sociales y Económicos). Su definición y normatividad jurídica, así como la formalidad del matrimonio y sus causales de separación y disolución, se encuentra en nuestra legislación civil, propiamente en el Libro III de nuestro Código Civil, que norma acerca del "Derecho de Familia", donde se define al matrimonio como la "unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones del Código civil, a fin de hacer vida común" (Art. 234, C.C.).

Se puede apreciar entonces, que el matrimonio es un acto jurídico voluntario efectuado en un tiempo y lugar determinado, ante un funcionario municipal. Se le puede definir como "el acto jurídico complejo, estatal, que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer" (Aguilar Carbajal... "Curso de Derecho Civil", 1975, Pág. 66). Como estado matrimonial, el matrimonio es una situación general y permanente, que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida (Cit. Bautista Toma y Herrero Pons... "Manual de Derecho de Familia, 2006, Pág. 65). Su unidad está expresada en la forma monogámica de su constitución (Palacio Pimentel... "Compendio de Derecho Civil Peruano", 1991, Pág. 659).

Desde la perspectiva de los alcances conceptuales, que como elemento normativo se inserta en el tipo, apreciamos que la expresión jurídica "cónyuge", alude a la institución matrimonial, que al efecto debe cumplir, y en todo caso, haber cumplido con todos los requisitos legales que exige la ley civil para su validez formal y temporal (aunque adolezca de



nulidad todavía no declarada judicialmente).

Al respecto de ello, el texto punitivo constituye como feminicida a quien mata a la que es o ha sido su cónyuge.

Si a quien se mata es la actual cónyuge del agente, consideramos que el plus desvalorable, ha de referirse a una condición *ex ante*, en la que el reproche se manifiesta en razón a la puesta en riesgo de los deberes emanados de ese tipo de parentesco. En efecto, mediante la norma, el sujeto es colocado en una situación de garante de estos deberes de mutua protección, afecto y cuidado que deben guiar las relaciones conyugales, por lo que el reproche se manifiesta cuando dolosamente incrementa innecesariamente el riesgo con respecto a tales deberes. Por ello lo que incrementa el reproche tiene directa relación con el mayor desvalor de la acción. Claro está que este fundamento es válido en cuanto exista una verdadera relación conyugal (estado matrimonial), pero no parece claro en cuanto la pareja haya disuelto de hecho su relación (como aquellos que llevan quince años separados y ya no tienen contacto ni físico ni afectivo). En todo caso, la ley no hace distinción alguna (lo que a nuestro parecer podría traer el peligro de una responsabilidad objetiva, tan sólo por el mero resultado).

Por el otro lado, si a quien se mata es a su ex cónyuge, la situación se complica, ya que no aparece con claridad el fundamento del injusto sobrecriminalizado. La expresión normativa hace referencia que "ha sido la cónyuge", situación que nos coloca en el contexto de dos situaciones: Si se produce el divorcio y si se declara la nulidad del matrimonio.

Si se produce el divorcio (dentro del marco regular que norma nuestra ley civil), el estado civil que se genera es el de divorciado (y por tanto ex cónyuges), que si se ajustaría a la previsión del tipo. Pero subsiste la duda en cuanto al fundamento del reproche penal, máxime si como lo señala el artículo 348 del C.C., el divorcio pone fin al vínculo del matrimonio cesando de esta manera las

obligaciones que surgieron de éste, entre las cuales se encuentran las personales, como la alimentación (Art. 287 C.C.), la fidelidad y asistencia (Art. 288 C.C.), la de hacer vida en común (Art. 289 C.C.), entre otras. En este contexto, la previsión penal estaría extendiendo irrazonablemente este débito conyugal. Al parecer el fundamento del injusto tendría relación sólo con la condición de género y una exigencia social de respeto por una condición que fue, sin señalar modalidad ni temporalidad alguna, lo que evidencia una sin razón y un peligro para la seguridad jurídica, introduciendo de hecho una responsabilidad meramente objetiva.

Si se produce la declaración de nulidad absoluta del matrimonio, que conforme a nuestra jurisprudencia,¹⁰ significa la existencia de un vicio que afecta la validez del acto mismo del matrimonio, insanable, que determina su inexistencia... (Cas. N° 1641-96-Lambayeque, El Peruano, 05-07-1998, Pág. 1390). Nos encontraremos en un supuesto en el que el matrimonio nunca existió y por tanto no se puede hablar de "ex cónyuge". Si por el otro lado, el matrimonio es disuelto por concurrir causales de anulabilidad, tampoco se puede hablar de "ex cónyuge", en el sentido típico del delito, aunque civilmente es posible hablarse de la validez de ciertos efectos generados durante su vigencia (Art. 284 del C.C.). Claro está, que habría que tomarse en cuenta que la norma contenida en el artículo 285 del C.C., que indica: "El matrimonio invalidado produce los efectos de un matrimonio válido disuelto por divorcio, frente a los terceros que hubieran actuado de buena fe". Nosotros consideramos que la norma citada, contiene una previsión aplicable a ciertos efectos jurídicos de naturaleza civil-patrimonial, pero que no pueden asimilarse a la expectativa de protección penal, para hablar de ex cónyuge, lo contrario sería admitir una analogía *in malam partem*.

4.13.b) RELACIÓN DE CONVIVENCIA.- A diferencia de lo normado en nuestro derogado Código penal de 1924, el legislador de 1991 extendió la protección penal en el



particidio, al vínculo generado por la unión de hecho (concubinato), denominado también «matrimonio de hecho». Esta especial relación tuvo su consagración legislativa en nuestra Constitución de 1979 (artículo 9) y actualmente mantiene su vigencia en virtud de lo establecido por el artículo quinto de nuestra vigente carta política, que establece: "la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable".

Al parecer la orientación político criminal, que fundamentó la creación del feminicidio, se mantiene en la misma línea de extender protección penal a este sector social tan sensible y que constituye la mayoría de las uniones familiares. Pero apreciamos que el texto penal hace referencia a si la víctima es o ha sido la "conviviente" del autor. Habrá que interpretar entonces, que debe entenderse por "conviviente" desde la perspectiva normativa.

Tanto la Constitución (Art. 5^o), como el Código Civil (Arts. 326 y 402 Inc. 3), hacen referencia indistintamente a "hogar de hecho", "unión de hecho" y/o "concubinato". Por tanto la expresión "conviviente", no se ajusta técnicamente a la previsión protectora de la norma penal. En todo caso, reconduciendo la interpretación, tenderemos que entender que, el objeto de protección tendrá que ser la "unión de hecho" o "concubinato" (más precisamente las relaciones personales que surgen de dicha comunidad de hecho).

Etimológicamente el término «concubinato» deriva del latín «concupinatus», del verbo infinitivo «concupere», que significa "dormir juntos o comunidad de hecho" (se trata de una situación fáctica que consiste en la cohabitación de un varón y de una mujer para mantener relaciones sexuales estables). Siendo una institución ancestral y arraigada en nuestras costumbres, el concubinato no es patrimonio exclusivamente peruano; éste es un fenómeno social que tiene vigencia ancestral, histórica y universal (se le

conocía desde épocas bíblicas y lo encontramos incluso legislado en el Código de Hammurabi).

La existencia de dicha relación convivencial, requiere, por expreso mandato constitucional (Art. 5 C.E.), la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho (circunstancia fáctica que origina, como derecho, el origen de una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable de acuerdo a la ley civil). En tal sentido, dicho enunciado comprendería sólo al concubinato propio, excluyendo el impropio

Pero, como bien lo aprecia Peralta Andía ("Derecho de Familia en el Código Civil", 1995, Pág. 93), esta exclusión constitucional, sin embargo no ha sido óbice para que los codificadores le reconozcan a nivel de legislación civil, algunos efectos jurídicos al denominado concubinato impropio.

Así, nuestro Código civil define ambas clases de concubinato:

1) Concubinato propio: El artículo 326 establece que la unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

2) Concubinato impropio: Que conforme a lo establecido en el inciso 3^o del artículo 402, se entiende el simple hecho de hacer vida de casados sin estarlo ("para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales").

En este sentido, la norma feminicida no es clara al establecer su objeto de protección, siendo que al parecer se orienta en general a proteger todo tipo de relación convivencial o de hecho (concubinato impropio). Esta circunstancia



introduce un nuevo elemento problemático e incluso contradictorio, que se aprecia al tratar de definir el fundamento del injusto, máxime, si como en el caso anterior, se protege la condición de quien "es o fue la conviviente del agente".

Consideramos que si el concubinato es actual, por sus propias características de unión familiar de hecho, el fundamento del reproche se asimila al expresado para el caso del matrimonio actual, cuyo plus desvalorable se refiere a una condición *ex ante*, en la que el reproche se manifiesta en razón a la puesta en riesgo de los deberes emanados de tal situación. En efecto, mediante la norma, el sujeto es colocado en una situación de garante de estos deberes de mutua protección, afecto y cuidado que deben guiar este tipo de relaciones familiares. Por ello lo que incrementa el reproche tiene directa relación con el mayor desvalor de la acción.

El problema interpretativo se presenta cuando el texto del feminicidio, extiende la autoría en el caso que la víctima haya sido la conviviente del autor. En este supuesto, y como ya lo expresamos para el caso de la ex cónyuge, al parecer el fundamento del injusto tendría relación sólo con la condición de género y una exigencia social de respeto por una condición que fue, sin señalar modalidad ni temporalidad alguna ni tener en consideración que conforme a lo establecido por el artículo 326 del Código Civil, la relación convivencial termina o por mutuo acuerdo, o por ausencia o por decisión unilateral de los concubinos, lo que evidencia una sin razón y un peligro para la seguridad jurídica, introduciendo de hecho una responsabilidad meramente objetiva (igualmente que en el caso pariente, nos preguntamos cómo sobrecriminalizar la conducta del que mata a su ex conviviente, cuando la separación fue voluntaria y ya hace mucho tiempo).

4.13.e) RELACIÓN ANÁLOGA.- Referirse a una relación análoga, es hacer referencia a una forma de unión parental o familiar parecida al matrimonio o al concubinato. Análoga,

parecida, pero no igual.

Es justamente en este extremo de la previsión legal, que se revela su deficiencia técnica, ya que no se precisa, ni la forma ni las condiciones ni el fundamento del reproche agravado. Esto porque entendemos que en el matrimonio y en el concubinato existe un reproche orientado a la protección de vínculos familiares, que se fundamentan en la ley o en una situación afectiva de hecho, pero con cierto ámbito de permanencia y solidez, enmarcados dentro del espíritu constitucional, que avala estas uniones como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (Art. 5° C.E.).

En este sentido, si no es matrimonio y si no es una unión de hecho, qué nos queda.

En este sentido, si no es matrimonio y si no es una unión de hecho, qué nos queda? Acaso el legislador propone las furtivas relaciones amorosas, los contubernios, el *servinaky*, las relaciones extramatrimoniales, las relaciones homosexuales, las relaciones incestuosas. Y por otro lado, la norma se manifiesta bastante imprecisa, sólo refiere a que, con respecto a la víctima, el agente esté sosteniendo o haya sostenido "una relación análoga", sin definir condición o formalidad alguna (¿qué pasaría si el agente mata a quien fue su enamorada meses antes de cumplir la mayoría de edad y con la que ya terminó?).

Todo lo dicho, nos lleva a concluir que en este extremo el ordenamiento penal estaría extendiendo irrazonablemente su reproche. Al parecer, nuevamente observamos que el fundamento del injusto tendría relación sólo con la condición de género y una exigencia social de respeto por una condición que fue, sin señalar modalidad ni temporalidad alguna, lo que evidencia una sin razón y un peligro para la seguridad jurídica, introduciendo de hecho una responsabilidad meramente objetiva.

4.14.- TIPO SUBJETIVO DE LO INJUSTO

El feminicidio se representa como un tipo eminentemente doloso, que a modo de "dolo



reforzado", exige como elemento subjetivo del tipo legal, que el agente de muerte «a sabiendas», a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, o si estuvo ligada a él por una relación análoga (por tanto no es típico un pretendido "femicidio culposo").

El saber, pues, no se equipara aquí al deber de saber como bien dice Creus, al referirse al parricidio ("Derecho Penal. Parte Especial", Tomo I, 1990, Pág. 15). El delito abarca tanto al dolo directo como al dolo eventual (siempre y cuando concorra la especial circunstancia de que el agente continúe su accionar, tomando conciencia de la posibilidad del resultado letal que se cierne sobre su víctima, constándole tal relación; y no obstante continúa conformándose con el resultado).

La tipicidad subjetiva del injusto femicidio determina la relevancia del elemento "a sabiendas", que se integra al elemento cognitivo del dolo, siendo determinante e irremplazable para los fines de la imputación. En tal sentido, y como en el caso del parricidio, la concurrencia del error de tipo puede ser determinante a los fines de una adecuada tipificación (ver infra).

En el femicidio es posible apreciar también la concurrencia del error, in personae vel in objeto, como en el caso en el que el agente quiere matar a su esposa, pero equivocadamente dispara y da muerte a otra mujer muy parecida (que puede ser su hermana p.e.), circunstancia que adquiere relevancia para determinar o no la agravación de la conducta. En este caso se produciría una especial circunstancia de un concurso ideal, generado por la acción del agente, en la que con respecto al femicidio se presentaría una tentativa inidónea (ya que de cara al tipo, no se habría dado muerte a la esposa), mientras que con respecto a la muerte de la otra mujer, se presentaría un homicidio doloso, ya que el agente actuó con dolo de matar y desde la perspectiva del bien jurídico protegido, se habría producido la lesión determinante del injusto.

El error en el golpe <aberratio ictus>, caso en el cual el error se produce en el proceso ejecutivo del delito, puede, asimismo, determinar dos efectos: En primer lugar, cuando el agente, queriendo matar a un extraño, por un defecto en el mecanismo del arma, por impericia en su manejo o por mala puntería, causa la muerte a su concubina. Aquí estaríamos frente a un concurso ideal, en virtud del cual la acción del agente se imputaría como tentativa de homicidio doloso, con respecto a la víctima proyectada y como homicidio culposo en relación a la muerte de la conviviente por la ausencia del elemento "a sabiendas".

Igualmente, tenemos el caso del agente, que queriendo matar a quien fue su conviviente, por error en el golpe, produce la muerte de una extraña. Se presente en este supuesto un resultado menos grave que el proyectado, pero que a su vez determina la presencia de un concurso ideal, en el que la acción del agente se imputaría como tentativa de femicidio y homicidio culposo con respecto a la muerte del extraño.

Puede concurrir en la acción, otras circunstancias motivadoras o desencadenantes de tipo subjetivo, que evidentemente no condicionan la configuración del delito, pero que pueden denotar la presencia de elementos atendibles, para una regulación gradual de la pena, a modo de circunstancias atenuantes genéricas, como el móvil de piedad, la desesperación por carencias económicas etc. O agravantes también genéricas, como el caso de matar a la cónyuge para librarse de ella, por venganza, por celos, por abuso de poder o dominación, etc.

4.15.- TIPO IMPERFECTAMENTE REALIZADO

Siendo un tipo de resultado material, la tentativa es perfectamente configurable en todas sus modalidades.

4.16.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Apreciamos, como característica de este delito,



que constituye un tipo especial propio (cualificado), en el que la calidad de autor está reservada sólo al varón, que a sabiendas mata a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, o estuvo ligada a él por una relación análoga (sujeto intraneus).

Así, teniendo como referencia lo sostenido para el parricidio, la solución a los problemas de autoría y participación han de resolverse teniendo en consideración la tesis de la ruptura del título de imputación (Art. 26).

Así, si un tercero, que no guarda con la víctima la relación que el tipo exige, colabora en la ejecución de la muerte perpetrada por el sujeto cualificado, se configurará, para aquél, complicidad en un homicidio, mientras que el intraneus sí estará cometiendo feminicidio. Si el sujeto intraneus realiza la muerte de su víctima conjuntamente con el extraneus, la solución será imputar feminicidio al intraneus y homicidio al extraneus. Si quien mata es un extraneus instigado por un sujeto cualificado, la solución se presenta complicada, pero, siguiendo la orientación de nuestra jurisprudencia para el caso parricida, se imputará al extraneus como asesino y al intraneus por instigación al feminicidio.

4.17.- CONCURSO DE TIPOS

Como ya lo hemos dicho para el caso del parricidio, de hecho la redacción típica del texto actual de este delito, genera de arranque un concurso aparente de leyes penales, que inmediatamente es resuelto por la misma ley. Así, inicialmente, la tipificación parricida engloba la conducta de quien a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a quien es o ha sido su cónyuge, su conviviente, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga, pero a reglón seguido precisa que si la víctima es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga el delito tendrá el nombre de feminicidio. En este caso el feminicidio se presenta subsidiario con respecto al parricidio.

4.18.- PENA APLICABLE

Pena privativa de la libertad no menor de quince ni mayor de treinta y cinco años.

4.19.- TIPO AGRAVADO

Conforme a la nueva redacción típica, se puede apreciar la inserción de circunstancias agravantes que no se contemplaban en el texto modificado. Así, apreciamos la confluencia de circunstancias calificativas de un hecho homicida como lo es el feminicidio, que ya es agravado en relación al homicidio simple que es su figura matriz.

De esta manera, cuando en el feminicidio, concurre cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108 (asesinato), la pena será privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años.

Así, el tipo agravado feminicida se presentará, cuando el agente a sabiendas, mata a su ascendiente o descendiente, natural o adoptivo, concurrendo alguno de los móviles, modos o medios de acción siguientes:

- 1) Por ferocidad, por lucro o por placer
- 2) Para facilitar u ocultar otro delito
- 3) Con gran crueldad o alevosía
- 4) Por fuego, explosión, veneno o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas.

Entendemos que en la modalidad de lucro, la agravante se presentaría si el feminicida comete el delito instigado o motivado por un móvil lucrativo (fue contratado para matar a su propia esposa). No sería este el supuesto en el que el sujeto contrata al sicario para que mate a su concubina.

Al respecto, y desde la perspectiva del principio de mínima intervención, no apreciamos fundamentos técnicos que avalen la inserción de estas agravantes, siendo solo suficiente apelar al criterio de conciencia y eficacia de la prueba penal, para la imposición de una pena



más severa por parte del operador penal, en casos de tal gravedad, ya que el feminicidio se sanciona con pena entre quince a treinta y cinco años de privación de libertad.

4.20.- TIPO ATENUADO

Siguiendo con la tradición iniciada por el legislador de 1924, nuestro codificador penal de 1991, introdujo en la segunda parte del artículo 109, la figura del "parricidio por emoción violenta", describiendo la conducta del agente que da muerte a su pariente (en los alcances establecidos en el tipo parricida), bajo el imperio de una emoción violenta que las circunstancias hacen excusable. En igual sentido, el Código penal de 1924 normaba análogamente esta circunstancia atenuante del parricidio en el artículo 154, que se constituye en fuente directa del tipo en estudio.

Su aplicación para el caso parricida es innegable, siendo necesario establecer si la condición atenuante alcanza también al feminicidio, dado que el texto de la segunda parte del artículo 109, precisa que: "Si concurre algunas de las circunstancias previstas en el artículo 107. ...". Al respecto, debemos apreciar que dicho texto no hace específica referencia al "parricidio", sino a las circunstancias que prevé el artículo 107, que como hemos visto, actualmente contiene al feminicidio, por lo que la interpretación nos lleva a concluir que efectivamente, dicha circunstancia atenuante, si procede para el supuesto feminicida, por lo que resulta válido hablar también de un "feminicidio por emoción violenta".

Este tipo delictivo nos presenta la convergencia y sobreposición de una circunstancia atenuante sobre otra agravante. Así, se requiere la concurrencia, de un homicidio agravado como es el feminicidio, circunstanciado por una atenuante, derivada del estado emocional del agente a la hora de perpetrar la acción criminal. Los fundamentos atenuantes, en este caso, se basan en los mismos criterios objetivos, subjetivos y condicionales fundamentadores del tipo de homicidio por emoción violenta (nos remitimos a su estudio).

En cuanto a si el vínculo que une a los sujetos de la acción, es o no fundamento para la mayor o menor magnitud de la penalidad, ya nos hemos pronunciado al tratar el parricidio, en que el menosprecio por la vida de quien en este caso es o ha sido su cónyuge o conviviente o haya tenido alguna relación homóloga, determina que la particular circunstancia psíquica que configura la emoción, sea menos excusable. Es verdad que la existencia del vínculo no representa de por sí «una contención mayor para la fuerza emocional», pero también es cierto que si debería representarla.

Tratándose de una figura atenuada de feminicidio, la penalidad que se ha establecido es de pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

CONCLUSIONES

Del estudio realizado hemos podido llegar a las siguientes conclusiones:

1. La violencia de género es una realidad que se cimenta como peligro contra la integridad y la vida de las mujeres.
2. El Estado está en la obligación de brindar un mayor manto de protección a las mujeres en la sociedad.
3. Los legisladores han creado una modalidad delictiva denominada Feminicidio que no se ajusta a los principios que rigen el Derecho Penal como son el de igualdad, proporcionalidad y mínima intervención.
4. La respuesta no es punitiva sino preventiva. El Estado debe motivar un ámbito de respeto a las mujeres pero apelando a la educación y los valores sociales.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo... "Curso de Derecho Civil". Tercera edición. México, Edit. Porrúa, 1975.
- BACIGALUPO, Enrique... "Manual de Derecho Penal, Parte General", Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1989.
- BACIGALUPO, Enrique... "Los Delitos de Homicidio", Monografías Jurídicas, Editorial



- Temis, Bogotá - Colombia 1989
- BAGIGALUPO, Enrique... "Estudios Sobre la Parte Especial del Derecho Penal", 2da Edición, Editorial Akai, Madrid 1994.
- BAUTISTA TOMA, Pedro y HERRERO PONS, Jorge... "Manual de Derecho de Familia", Ediciones Jurídicas, Lima - Perú, 2006.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio... "Temas de Derecho Penal", Cultural Cuzco Editores, Lima - Perú 1993.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan... "Manual de Derecho Penal: Parte Especial", Editorial Ariel S.A., Barcelona 1986.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos... "Derecho penal: Concepto y Principios Constitucionales", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia España, 1995.
- CEREZO MIR, José... "Obras Completas, Tomo II: "Otros Estudios", Ara Editores EIRL, Lima, Perú 2006.
- CREUS, Carlos... "Derecho Penal: Parte Especial", Tomo I, 3ª Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1990.
- GRACIA MARTÍN, Luis... "Estudios de Derecho Penal", Editorial IDEMSA, Lima, Perú 2004
- PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo... «Elementos de Derecho Civil Peruano», Lima-Perú, Tercera Edición, Tomo Segundo, Tipografía Sesator, 1979.
- PUIG PEÑA, Federico... "Derecho Penal", Tomo III, Parte Especial, Cuarta Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid - España, 1955.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, VALLE MUÑIZ, José Manuel... "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal", Aranzadi Editorial, Pamplona-España, 1996.
- ROY FREYRE, Luis E... «Derecho Penal Tomo I, Parte Especial, Delitos contra la vida el cuerpo y la salud, delitos contra el honor», 2o Edición - Editorial y Distribuidora de Libros S.A-Lima-1986.
- ROXIN, Claus... "Problemas Básicos del Derecho Penal", Editorial Reus S.A., Madrid 1976.
- ROXIN, Claus... "La Imputación Objetiva en el Derecho Penal", Editorial Idemsa, Lima 1997.
- VILLA STEIN, Javier... "Derecho Penal Parte especial I - A: Delitos Contra La Vida, el Cuerpo y la Salud", Editorial San Marcos, Lima 1997
- INFORME N° 04-2010/DP-ADM, Defensoría del Pueblo: Femicidio en el Perú: Estudio de expedientes judiciales, Primera Edición: Lima, Perú, diciembre del 2010