

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Procesal

Probando el contexto: *reflexión sobre el análisis sustancial para la admisibilidad de una acusación respecto al delito de feminicidio y su grado de tentativa*

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Procesal

AUTOR

Patricio Ato del Avellanal Carrera

ASESOR:

Pedro Grández Castro

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20034659

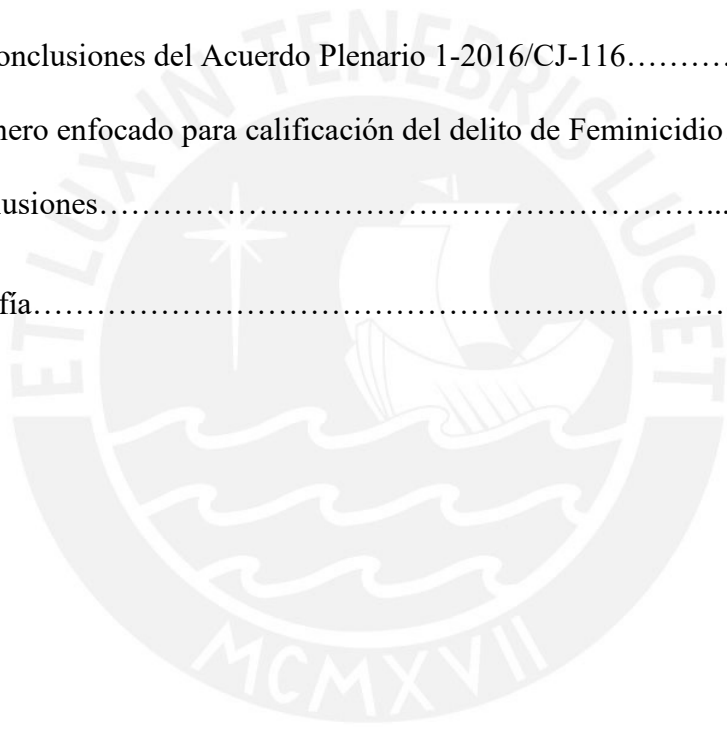
**AÑO
2019**

Resumen:

El artículo 108-B del Código Penal tipifica el delito de feminicidio indicando que la persona “que mata a una mujer por su condición de tal” será reprimida con pena privativa de la libertad. La redacción de aquel artículo ha suscitado controversia respecto a cómo entender la configuración del tipo penal. Luego de que el Fiscal cierra la etapa preparatoria con la formulación de la acusación, emite un requerimiento al juez, el cual corre traslado a las partes para que cuestionen la acusación y después de diez días el juez cita a una audiencia en donde se efectuará, en primer lugar, un control formal de la acusación. De no necesitarse subsanación formal de la acusación, el juez realizará un control sustancial de la acusación. Es en el marco del control sustancial de la acusación en donde el juez evaluará los elementos fácticos (debate sobre los hechos), jurídicos (tipificación) y probatorios (admisibilidad) para determinar si dictará un auto de sobreseimiento o de enjuiciamiento. De la presente evaluación es que se desprenden las interrogantes frente a lo que debe probar el fiscal en su acusación para crear convicción en el juez y así emita un auto de enjuiciamiento en los casos referentes a la comisión del delito de feminicidio o en su grado de tentativa.

Índice

1. Introducción: la violencia de género y el esquema legal.....	4
2. El delito de feminicidio y su grado de tentativa.....	7
2.1.Incorporación del delito de feminicidio en el Código Penal.....	8
2.2.Configuración del delito de feminicidio en grado de tentativa.....	12
2.3.Requisitos para la admisibilidad de la acusación.....	13
2.4.Conclusiones del Acuerdo Plenario 1-2016/CJ-116.....	17
3. El género enfocado para calificación del delito de Feminicidio.....	19
4. Conclusiones.....	21
Bibliografía.....	23



Probando el contexto: reflexión sobre el análisis sustancial para la admisibilidad de una acusación respecto al delito de feminicidio y su grado de tentativa

Patricio Ato del Avellanal Carrera¹

1. Introducción: la violencia de género y el esquema legal

Cuando reflexionamos sobre la discriminación y la violencia, el discurso moderno² referido a la igualdad de las personas, el cual se recoge en las constituciones³ de cada país, sigue viéndose muchas veces formalmente. La tensión entre la misoginia inmersa en nuestra cultura y el esquema legal se evidencia con el proceso de constitucionalización del derecho, en donde los rezagos del orden de la *civitas* romana⁴ entran en conflicto con mandatos constitucionales de igualdad y no discriminación. La dominación del hombre a la mujer hace que este le dé un rol y un espacio dentro de la sociedad:

"El orden social hegeliano contiene una doble separación de lo privado y lo público: la división de clase, entre sociedad civil y estado (entre el varón económico y el ciudadano, entre la empresa privada y el poder público); y la separación patriarcal entre familia privada y el mundo público o sociedad civil/estado. Es más, el carácter público de la esfera de la sociedad civil/estado es construido, y obtiene su significado, mediante lo que excluye -la asociación privada de la familia. (...) Los varones han sido vistos tanto como jefes de familia -y en tanto esposos y padres han tenido un poder otorgado legalmente sobre sus esposas e hijos- y como participantes en la vida pública. En efecto, las capacidades masculinas 'naturales' que les posibilita a ellos, pero no a sus esposas, ser jefes de familia, son las mismas capacidades que les permite, pero no a sus esposas, ocupar su lugar en la vida civil" (PATEMAN, 2, pág. 5 y 6)

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Adjunto de Docencia para los cursos de Derecho Constitucional dictados por el Profesor Abraham García Chávarri en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Miembro del Consejo Directivo del Observatorio de Género Perú, Miembro de la asociación Perspectiva Constitucional y abogado del Estudio Jurídico Ato del Avellanal.

² En 1789, Francia daba La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en la cual se proclaman los derechos de primera generación, entre los cuales se proclamaba la igualdad de derechos entre los ciudadanos. Ver en: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

³ Karl Loewenstein explica que existen varios tipos de constituciones. Una de ellas es la constitución nominal, la cual se da con la finalidad de que los lineamientos que se plasmen en ella sirvan de guía para llegar a la situación que ella propugna, convirtiéndose a futuro en una constitución normativa. Al respecto leer (LOEWENSTEIN, 1975, págs. 216-222)

⁴ Esta manera de concebir estas relaciones es un rezago del Derecho Romano. Un claro ejemplo se observa en las Institutas de Justiniano que es parte del Corpus Iuri Romano (Libro I Título IX, 4): "Así, pues, el que nace de ti y de tu esposa se halla bajo tu potestad. También el que nace de tu hijo y de su esposa, es decir tu nieto o tu nieta, y de la misma manera tu biznieto y biznieta, y así los demás. Mas el que nace de tu hija no se halla bajo tu potestad, sino bajo la de su padre"

El mundo contemporáneo está expuesto a una *cultura del miedo*⁵ que genera patologías sociales, las cuales se manifiestan en una cantidad de fobias que nos llevan, en el común de los casos, a discriminar a los otros, y en los casos más extremos a recurrir a la violencia⁶. Uno de los miedos más grandes y a la vez encubiertos es el miedo al quiebre del *binomio falocéntrico* (MELONI, pág. 77), concepción asociada al dualismo universal con roles asignados a hombres como a mujeres; el cual ha regido durante muchos años y le ha dado sentido a la manera en que vivimos⁷.

“(…) conviene precisar que la discriminación que afecta a las mujeres o al sexo femenino, en cuanto grupal, presenta características propias y específicas. La discriminación por 'ser mujer' es siempre un añadido, un plus al resto de las otras posibles discriminaciones. (...) Las mujeres como grupo discriminado presentan asimismo otro rasgo específico y que, aun siendo discriminadas como grupo, socialmente no constituyen ninguna minoría, sino que son, al menos, el mismo número que el 'grupo discriminador'. (...) el prejuicio en el que se basa la misma está revestido de un carácter 'benigno'; con otros términos, se trata de una discriminación que, para ser considerada tal, necesita romper con roles y estereotipos asignados a las mujeres con un pretendido afán protector y deferente hacia su especial naturaleza” (BARRERE, pág. 28 y 29)

El trato discriminatorio sostenido en el tiempo genera diversas manifestaciones de

5 Escritores críticos como Noam Chomsky en: (GIRALDO, 1996) y documentalistas como Michael Moore (Bowling for Columbine, 2002) exponen como es que la cultura del miedo evoluciona a nivel mundial.

6 Un ejemplo de los años ochenta en el Perú puede encontrarse en (PORTOCARRERO, 1991)

7 “En el inicio de los tiempos modernos, en Europa occidental, antijudaísmo y caza de brujas coincidieron. No por casualidad. Lo mismo que el judío, la mujer fue identificada entonces como un peligroso agente de Satán; y no solo por hombres de la Iglesia, sino también por jueces laicos. Este diagnóstico tiene una larga historia, pero fue formulado con una malevolencia particular -y sobre todo difundido como nunca lo había sido antes gracias a la imprenta- por una época en que, sin embargo, el arte, la literatura, la vida de corte y la teología protestante parecían llevar a cierta promoción de la mujer. Hemos de aclarar esta compleja situación y, además, seguir, mediante un nuevo ejemplo, la transformación por la cultura dirigente de un miedo espontáneo en un miedo reflejo.

La actitud masculina respecto al 'segundo sexo' siempre ha sido contradictoria, oscilando de la atracción a la repulsión, de la admiración a la hostilidad. El judaísmo bíblico y el clasicismo griego expresaron a su tiempo estos sentimientos opuestos. (...) Esta veneración del hombre por la mujer se ha visto contrapesada, a lo largo de las edades, por el miedo que ha experimentado ante el otro sexo, particularmente en las sociedades con estructuras patriarcales. Un miedo que durante mucho tiempo no se ha querido estudiar y que el psicoanálisis mismo ha subestimado hasta la época reciente. Sin embargo, la hostilidad recíproca que opone a los dos componentes de la humanidad parece haber existido siempre y 'lleva todas las señales de un impulso inconsciente'. (...)

En el inconsciente del hombre, la mujer suscita la inquietud, no solo porque ella es juez de su sexualidad, sino porque él la imagina insaciable, comparable al fuego que hay que alimentar sin cesar, devoradora como una mantis religiosa. (...) de todos modos, el hombre nunca gana en el duelo sexual. La mujer resulta 'fatal'. Ella impide ser él mismo, realizar su espiritualidad, encontrar el camino de su salvación. Esposa o amante, es carcelera del hombre. Este, al menos en vísperas o en el cumplimiento de las grandes hazañas, ha de resistir las seducciones femeninas. (...) Mal magnífico, placer funesto, venenoso, engañoso, la mujer ha sido acusada por el otro sexo de haber introducido en la tierra el pecado, la desgracia y la muerte. Pandora griega o Eva judaica, ha cometido el pecado original abriendo la urna que contenía todos los males o comiendo el fruto prohibido. El hombre ha buscado un responsable al sufrimiento, al fracaso, a la desaparición del paraíso terrestre, y ha encontrado a la mujer ¿Cómo no temer a un ser que no es nunca tan peligroso como cuando sonrío? La caverna sexual se ha convertido en la fosa viscosa del infierno” (DELUMEAU, págs. 397-392)

violencia⁸. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH):

“207. (...) estima que la violencia basada en el género, es decir la violencia dirigida contra una mujer por ser mujer o la violencia que afecta a la mujer de manera desproporcionada, es una forma de discriminación en contra de la mujer, tal como han señalado otros organismos internacionales de protección de derechos humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el CEDAW. Tanto la Convención de Belém do Pará (preámbulo y artículo 6) como el CEDAW (preámbulo) han reconocido el vínculo existente entre la violencia contra las mujeres y la discriminación. En el mismo sentido, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Estambul, 2011) afirma que ‘la violencia contra las mujeres es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación’, así como que ‘la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género’”⁹

El *Protocolo Interinstitucional de Acción frente al Femicidio, Tentativa de Femicidio y Violencia de Pareja de Alto Riesgo*¹⁰, indica que la expresión más grave de violencia se manifiesta con el feminicidio. En el mismo sentido, Monserrat Sagot y Ana Carcedo (2000) indican que:

“El femicidio es una expresión extrema de la violencia contra las mujeres que comparte con estas formas de agresión las razones estructurales que lo causan. Sin embargo, tiene sus propios factores que lo fomentan. Los de mayor peso son la tolerancia hacia la violencia cotidiana que se ejerce contra las mujeres, la falta de voluntad política para enfrentar en forma específica y adecuada la violencia contra las mujeres basada en la inequidad de género, y la impunidad del agresor y de las autoridades que no cumplen su cometido, lo que constituye un círculo vicioso que cerca a las mujeres que demandan protección y justicia” (pág. 66)

Es importante resaltar que desde inicios del año 2019 hasta la fecha se contabilizan 141 feminicidios en el Perú¹¹. El artículo 108-B del Código Penal tipifica el delito de feminicidio indicando que la persona "*que mata a una mujer por su condición de tal*" será reprimida con pena privativa de la libertad. La redacción de aquel artículo ha suscitado

⁸ Respecto a la pluralidad de violencias recomiendo la lectura del libro (Violencias contra las mujeres: la necesidad de un doble plural, 2019) editado por Wilson Hernández Breña.

⁹ Ver definición en: Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014.

¹⁰ Protocolo Interinstitucional de Acción frente al Femicidio, Tentativa de Femicidio y Violencia de Pareja de Alto Riesgo, emitido a través del Decreto Supremo N°001-2018-MIMP, En: https://peru.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/MIMP%20resumen_protocolo%20en%20femicidio.pdf

¹¹ Ver noticia del 4 de noviembre de 2019 en: <https://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/femicidios-2019-uno-uno-crimenes-contra-mujeres-n353912>

controversia respecto a cómo entender la configuración del tipo penal¹². La Corte Suprema, en el fundamento 48 del Acuerdo Plenario No 001-2016/CJ-116, interpreta “*por su condición de tal*” como un elemento subjetivo que aparentemente no tendría que estar relacionado con el dolo. Sería un elemento adicional a tener en cuenta a la hora de evaluar la configuración del delito. Sin embargo, el dolo en este caso debería entenderse como la intención de matar debido a que la víctima no se deja subordinar de acuerdo al pensamiento patriarcal¹³. En ese sentido ¿cabría la necesidad de probar aquel móvil en el marco de la calificación del caso?

2. El delito de feminicidio y su grado de tentativa

En el Perú se viene investigando sobre el feminicidio desde año 2001: colectivos como DEMUS y Flora Tristán, a partir de la campaña “*Ni Una Muerte Más*” por los crímenes realizados en Ciudad de Juárez, implementaron registros de casos de feminicidio hasta el año 2009, en donde tanto el Ministerio Público, la Fiscalía de la Nación, así como el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables crearon sus propios observatorios, tomando información oficial de expedientes judiciales y casos atendidos en los Centros de Emergencia Mujer (AAVV, 2013, pág. 8 y 9). Asimismo, en 2006, DEMUS presenta un informe sobre feminicidio en el Perú en la audiencia temática “Feminicidio en América Latina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴, con lo cual el Perú se vio obligado a entregar información al respecto y con ello asumir, por lo menos, el estudio del feminicidio en el país.

¹² “Los detractores de la figura del feminicidio plantean ¿es necesaria la regulación del delito de feminicidio? La respuesta a la interrogante planteada es un No, que tiene como argumento dos hipótesis: La primera de ellas, es que atribuyen que los problemas de violencia contra la mujer con subsecuencia de muerte pueden subsumirse a los tipos penales que se encuentran establecidos en el Código Penal. La segunda hipótesis que argumentan es que con la regulación del delito de feminicidio se ha vulnerado el principio de culpabilidad y de mínima intervención, así como el de subsidiariedad y última ratio. En el contexto internacional también se ha cuestionado la regulación del delito de feminicidio, señalando ‘que estas iniciativas conllevarían a una discriminación- en contra de los hombres- inaceptable desde una perspectiva constitucional y de derechos humanos, al sancionar más gravemente el homicidio de una mujer que el de un hombre concurriendo aparentemente las mismas circunstancias (...)’” (PEREZ RUIZ, 2014, pág. 4)

¹³ “En los últimos años, la teoría que ha tomado más importancia para la explicación del feminicidio es la teoría de género. Esta teoría señala el carácter histórico de sometimiento al que se ha visto expuesta la mujer, respecto del hombre, en diferentes ámbitos de la realidad; reprimiendo su papel en la sociedad, así como sus intereses individuales, reduciendo sus oportunidades de independencia. Como parte de este proceso histórico de subordinación femenina, se establecieron un conjunto de roles designados para la mujer, dictaminados y perpetuados de manera tradicional mediante una cultura hegemónica que sitúa a la mujer en una relación desigual frente al hombre, restringiendo su manera de comportarse y prescribiendo cómo es que debe normar sus pensamientos, su sexualidad e inclusive su cuerpo; quedando sujetas a un mandato cultural denominado como ‘patriarcalismo’” (MINJUS, pág. 24)

¹⁴ Para mayor información, revisar:

https://www.demus.org.pe/wp-content/uploads/2015/06/b32_feminicidio_en_america_latina.pdf

“Con respecto al rol de las organizaciones no gubernamentales feministas, se puede inferir que estas contribuyeron a la visibilización del feminicidio como fenómeno social y en los últimos seis años han sido un actor clave para incidir en la promulgación de la ley del feminicidio y sus respectivas modificaciones, no obstante no propiciaron espacios de debate y reflexión sobre los enfoques teóricos tanto en el plano social como en el jurídico, dejando a la noción de género sin un contenido material. A ello se añade la poca vinculación con la academia en la producción de conocimiento sobre el fenómeno y su posterior discusión” (AAVV, 2013, pág. 10)

2.1. Incorporación del delito de feminicidio en el Código Penal

La Ley 29819, publicada el 27 de diciembre de 2011, fue la primera norma que incorpora al feminicidio dentro de nuestra legislación penal¹⁵. Aquel artículo 107, en el cual se tipificaba también el delito de parricidio, indicaba al final lo siguiente: “*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*”. Esta regulación termina siendo insuficiente porque reduce el problema de la violencia de género a un ámbito individual, cuando se entiende que las causas que la originan se deben a un problema público, dada la existencia de una discriminación estructural¹⁶. Sobre este concepto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos complementa que:

“Una concepción más amplia del principio de no discriminación se vincula con la idea de terminar con la subordinación de las mujeres como grupo. Esta concepción (que en esta luz algunos llaman principio de antisubordinación) condena las prácticas que tienen el efecto de crear o perpetuar en nuestra sociedad una posición subordinada para ciertos grupos desaventajados, como es el caso de las mujeres. En esta concepción la discriminación de las mujeres no sólo debe ser rechazada porque presupone un trato injusto para algunas personas individualmente consideradas, sino porque, además, tiene por función subordinar a las mujeres como grupo para de este modo crear y perpetuar

¹⁵ Ley 29819: Artículo 107. Parricidio / Feminicidio

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.

¹⁶ “(...) si bien muchas veces el acto discriminatorio se visibiliza en su manifestación individual frente a una persona o personas determinadas, el concepto de discriminación estructural busca enfatizar que el fenómeno que genera la ocurrencia del acto discriminatorio tiene como base una cuestión colectiva de subordinación (Salomé, 2017, p. 52). Ello debido a que, como se mencionó, anteriormente existen prácticas y estructuras sociales que ordenan a las personas según los grupos a los cuales pertenecen, perpetuando de esta manera la posición subordinada de algunos de ellos —y la privilegiada, de algunos otros (Barrere y Morondo, 2011, p. 7; Valega, 2019, p. 43)—. Además, cada acto discriminatorio individual refuerza el sistema subordinante de discriminación estructural frente a determinados grupos sociales (Barrere y Morondo, 2011, p. 43)” (AAVV, 2019, pág. 27)

una jerarquía de género. La discriminación es considerada uno de los tantos procesos sociales responsables del orden jerárquico de los sexos que coloca a las mujeres en la base de dicha pirámide”¹⁷

El 18 de julio de 2013, con la Ley 30068, se estableció la tipificación del delito de Femicidio, creándose el artículo 108-B¹⁸. Con aquella nueva formulación se entiende que lo que prima es el hecho en función de la acción y el contexto. El 7 de mayo de 2015, con el artículo 1 de la ley 30323, se incorpora al final que, en caso el agente tuviera hijos con la víctima, sería reprimido con la pena establecida en el inciso 5 del artículo 36 del Código Penal, que se refiere a la incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, curatela o tutela.

La reflexión respecto a una reforma que implemente el enfoque de género en el Poder Judicial recién presenta en el año 2016. Los casos de Lady Guillen y de Arlette Contreras fueron los desencadenantes de la multitudinaria marcha #NiUnaMenos. En aquella marcha se denunció que los jueces terminaban sancionando a los acusados por lesiones en vez de ser condenados por el delito de femicidio en grado de tentativa. Es así que el Poder Judicial decide reaccionar y emite el Acuerdo de Sala Plena N°141-2016 en el cual se crea la Comisión de Justicia de Género e instituye “*el ‘enfoque de género’ como una política a ejecutar por el Poder Judicial en todos sus niveles y estructuras organizacionales*”¹⁹. Esta

¹⁷ Comisión IDH, 20/01/2007, informe Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, párr. 75

¹⁸ Ley 30068, artículo 2: (...) Artículo 108°-A.- Femicidio

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:

1. Violencia familiar;
2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual;
3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente;
4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concorra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

1. Si la víctima era menor de edad;
2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación;
3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente;
4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación;
5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima padeciera cualquier tipo de discapacidad;
6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas;
7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108.

¹⁹ Ver el Acuerdo de Sala Plena N°141-2016 en:

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3c36e580441fad139f64df01a4a5d4c4/Acuerdo%2BN%C2%B0141-2016_21-07-2016.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3c36e580441fad139f64df01a4a5d4c4

comisión emitirá el Plan de Trabajo 2017-2021²⁰ en el cual se plantearán cuatro objetivos estratégicos:

- La transversalización del enfoque de género.
- Aprobación de la normatividad e implementación de políticas institucionales que promuevan la igualdad entre mujeres y hombres.
- El fortalecimiento de capacidades de Juezas y Jueces, personal jurisdiccional y administrativo incorporando el enfoque de género.
- El desarrollo de un sistema de información que brinde insumos para la implementación de Políticas Institucionales.

Por otro lado, mediante la publicación del Decreto Legislativo 1323, el 6 de enero de 2017, se incluyeron tres agravantes al delito de feminicidio:

- El hecho de que la víctima fuera adulta mayor.
- Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas u otro tipo de explotación humana.
- Si cuando se cometió el delito estaban presentes hijas, hijos, niñas, niños o adolescentes.

El 13 de julio de 2018, con la publicación de la Ley 30819, se modificó el tipo penal de feminicidio²¹ agravándose las penas (no menos 20 años por la comisión del delito y no

²⁰ Ver el Plan de Trabajo 2017-2021 de la Comisión de Justicia de Género en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3f31d600441fad139f66df01a4a5d4c4/Plan+de+Trabajo_CJG-2017-2021.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3f31d600441fad139f66df01a4a5d4c4

²¹ Ley 30819, artículo 1: (...) Artículo 108-B.- Feminicidio
Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:

1. Violencia familiar.
2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual.
3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente.
4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

La pena privativa de libertad será no menor de treinta años cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

1. Si la víctima era menor de edad o adulta mayor.

menos de 30 cuando se concurra con agravantes) y añadiendo dos agravantes:

- Si el agente actúa en estado de ebriedad, bajo efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas.
- Si el agente actúa en presencia de cualquier niña, niño o adolescente.

En el mismo año, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables emite el *Protocolo Interinstitucional de Acción frente al Femicidio, Tentativa de Femicidio y Violencia de Pareja de Alto Riesgo*²², a través del Decreto Supremo 001-2018-MIMP, en el cual, el feminicidio es categorizado en tres tipos:

- 1) **Íntimo:** Cometido por un hombre con quien la víctima tenía o tuvo una relación o vínculo íntimo: marido, exmarido, novio, exnovio o amante. Se incluyen el supuesto del amigo que asesina a una mujer –amiga o conocida– que rechazó entablar una relación íntima con este y los casos de muerte de mujeres a manos de un miembro de la familia, como el padre, el padrastro, el hermano o el primo.
- 2) **No íntimo:** Cometido por un hombre desconocido con quien la víctima no tenía ningún tipo de relación: violencia o agresión sexual que culmina en asesinato de una mujer a manos de un extraño. También consideramos feminicidio no íntimo el caso del vecino que mata a su vecina sin que existiera entre ambos, algún tipo de relación o vínculo. Puede darse en escenarios de trata de personas, hostigamiento sexual, discriminación de género y misoginia.

2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación.

3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente.

4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación.

5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima tiene cualquier tipo de discapacidad.

6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas o cualquier tipo de explotación humana.

7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108.

8. Si, en el momento de cometerse el delito, estuviera presente cualquier niña, niño o adolescente.

9. Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.25 gramos-litro, o bajo efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas.

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

En todas las circunstancias previstas en el presente artículo, se impondrá la pena de inhabilitación conforme a los numerales 5 y 11 del artículo 36 del presente Código y los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes, según corresponda.

²² Protocolo Interinstitucional de Acción frente al Femicidio, Tentativa de Femicidio y Violencia de Pareja de Alto Riesgo, emitido a través del Decreto Supremo N°001-2018-MIMP, En: https://peru.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/MIMP%20resumen_protocolo%20en%20femicidio.pdf

- 3) **Por conexión:** Cuando una mujer es asesinada “en la línea de fuego” de un hombre que intenta o mata a otra mujer. Puede tratarse de una amiga, una pariente de la víctima, madre, hija u otra; o una mujer extraña que se encontraba en el mismo escenario donde el victimario atacó a la víctima.

Formalmente, al parecer, cambios se avistaban, pero en julio del 2018 el Instituto de Defensa Legal, bajo la dirección de Gustavo Gorriti, publica una serie de audios que destapa una red de corrupción dentro del sistema de justicia, llevándose parte del protagonismo consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura, así como magistrados del Poder Judicial. Entre ellos, el juez Hinostroza Pariachi, el cual negociaba en un caso con la parte acusada para absolverlo por haber violado a una menor de edad²³.

2.2. Configuración del delito de feminicidio en grado de tentativa:

De acuerdo al *Plan Nacional contra la violencia de género 2016-2021* se señala que entre las distintas expresiones de violencia hacia las mujeres se encuentra el feminicidio:

“Es el acto último y más grave de violencia contra las mujeres, producto del fracaso de los intentos de someterlas y controlarlas. Puede ocurrir en contextos diversos: en situación de violencia familiar por parte de la pareja o ex pareja, como producto de hostigamiento o acoso sexual, o de abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente, o en el contexto de cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente”²⁴

Montserrat Sagot y Ana Carcedo (2000) indican que el asesinato de mujeres por razones asociadas a su género se da por el deseo de obtener dominación o control²⁵. Sin embargo, el

²³ Ver la noticia sobre los audios del juez Hinostroza Pariachi en: <https://ojo-publico.com/758/juez-cesar-hinostroza-creo-precedente-para-reducir-pena-violadores-de-menores>

²⁴ Plan Nacional contra la violencia de género 2016-2021, DECRETO SUPREMO N° 008-2016-MIMP, publicado el 26 de julio de 2016 en el Diario El Peruano: <http://www.mimp.gob.pe/normatividad/normaspdf/server/php/files/ds-008-2016-mimp.pdf>

²⁵ “El feminicidio es la forma más extrema de violencia de género, entendida ésta como la violencia ejercida por los hombres contra las mujeres en su deseo de obtener poder, dominación o control. Incluye los asesinatos producidos por la violencia intrafamiliar y la violencia sexual. El feminicidio puede tomar dos formas: feminicidio íntimo o feminicidio no íntimo” (SAGOT & CARCEDO, 2000, pág. 11)

delito de feminicidio en este caso debe ser leído con el artículo 16 del Código Penal²⁶. En ese sentido, en la primera sentencia emitida por el Juzgado Penal Colegiado de Huamanga respecto al caso de tentativa de feminicidio hacia Arlette Contreras, Expediente 01641-2015-93-0501-JR-PE-01, se indicó lo siguiente en el fundamento 11:

“La tentativa se conoce como el inicio de ejecución de un delito por medio de actos directamente encaminados a su consumación. **Pero no se produce por causas independientes de la voluntad del agente.** Para analizar si hubo tentativa, en cada caso concreto, debe analizarse si el autor, de acuerdo con el plan propuesto, se puso en actividad inmediata para la realización del tipo. **La intención del agente se puede deducir de actos que la evidencien**” (énfasis agregado)

Asimismo, el *Protocolo Interinstitucional de Acción frente al Feminicidio, Tentativa de Feminicidio y Violencia de Pareja de Alto Riesgo*²⁷ indica los criterios para determinar la tentativa de feminicidio cuando no se puede determinar la intención de feminicidio:

- Vulnerabilidad de la zona atacada del cuerpo de la víctima
- Presencia de acciones de violencia previa
- Tipo de motivaciones para el ataque y razonamiento del agresor
- Dolo o intención de matar
- Eficacia del arma o procedimiento del ataque

Si bien los criterios del *Protocolo Interinstitucional de Acción frente al Feminicidio, Tentativa de Feminicidio y Violencia de Pareja de Alto Riesgo* son emitidos el año 2018, estos no son nuevos, dado que son recogidos del *Protocolo Interinstitucional de Acción frente al Feminicidio* (2015), el cual fue elaborado por representantes de la Mesa de Trabajo Intersectorial contra el Feminicidio, instalada el 19 de julio de 2012, en el marco del Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer 2009-2015. Los jueces toman conciencia tardíamente de aquellos criterios porque recién se empieza a ver su utilización a raíz de las manifestaciones del colectivo #NiUnaMenos en 2016.

²⁶ Código Penal peruano:

Artículo 16: En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

²⁷ Protocolo Interinstitucional de Acción frente al Feminicidio, Tentativa de Feminicidio y Violencia de Pareja de Alto Riesgo, emitido a través del Decreto Supremo N°001-2018-MIMP, En: https://peru.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/MIMP%20resumen_protocolo%20en%20feminicidio.pdf

2.3. Requisitos para la admisibilidad de la acusación

La etapa procesal en la que se evalúa la admisibilidad de las acusaciones viene a ser la etapa intermedia. Luego de que el Fiscal cierra la etapa preparatoria con la formulación de la acusación, emite un requerimiento al juez, el cual corre traslado a las partes para que cuestionen la acusación²⁸.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída sobre el expediente N°6167-2005-PHC/TC, indicará la pauta que la acusación deba seguir:

“(…) el grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.”

Después de diez días, el juez de la investigación preparatoria cita a una audiencia²⁹ en donde se efectuará, en primer lugar, un control formal de la acusación³⁰. De no necesitarse

²⁸ Código Procesal Penal: Artículo 350:

1. La acusación será notificada a los demás sujetos procesales. En el plazo de diez días éstas podrán:
 - a) Observar la acusación del Fiscal por defectos formales, requiriendo su corrección;
 - b) Deducir excepciones y otros medios de defensa, cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos;
 - c) Solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción o la actuación de prueba anticipada conforme a los artículos 242° y 243°, en lo pertinente;
 - d) Pedir el sobreseimiento;
 - e) Instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad;
 - f) Ofrecer pruebas para el juicio, adjuntando la lista de testigos y peritos que deben ser convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate. Presentar los documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos;
 - g) Objetar la reparación civil o reclamar su incremento o extensión, para lo cual se ofrecerán los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral; o,
 - h) Plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio.
2. Los demás sujetos procesales podrán proponer los hechos que aceptan y que el Juez dará por acreditados, obviando su actuación probatoria en el Juicio. Asimismo, podrán proponer acuerdos acerca de los medios de prueba que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados. El Juez, sin embargo, exponiendo los motivos que lo justifiquen, podrá desvincularse de esos acuerdos; en caso contrario, si no fundamenta especialmente las razones de su rechazo, carecerá de efecto la decisión que los desestime.

²⁹ Código Procesal Penal: Artículo 351:

1. Presentados los escritos y requerimientos de los sujetos procesales o vencido el plazo fijado en el artículo anterior, el Juez de la Investigación Preparatoria señalará día y hora para la realización de una audiencia preliminar, la que deberá fijarse dentro de un plazo no menor de cinco días ni mayor de veinte días. Para la instalación de la audiencia es obligatoria la presencia del Fiscal y el defensor del acusado. No podrán actuarse diligencias de investigación o de prueba específicas, salvo el trámite de prueba anticipada y la presentación de prueba documental, para decidir cualquiera de las solicitudes señaladas en el artículo anterior.

³⁰ “(…) si se recuerda que la acusación es una petición fundada dirigida al órgano jurisdiccional, para que imponga una pena a una persona por un hecho punible que se afirma ha cometido, entonces el ‘control formal’ exige que la petición cumpla los requisitos mínimos para la respuesta a esa petición; debemos estar en condiciones de evaluar, a partir del acto

subsanación formal de la acusación, el juez, al constatar que se cumplen las formalidades, realizará un control sustancial de la acusación³¹:

“En el *control sustancial* de la acusación, el órgano jurisdiccional fiscaliza la procedencia de las *razones* en las que se apoya la pretensión de condena, es decir, la razonabilidad de los elementos de la pretensión procesal; al punto, que dicho control puede conducir incluso a una resolución anticipada del conflicto sin un debate previo, el juicio, al que ha instalado el MP como lugar natural para resolver la controversia” (DEL RIO, pág. 169)

Es en el marco del control sustancial de la acusación en donde el juez evaluará los elementos fácticos (debate sobre los hechos), jurídicos (tipificación) y probatorios (admisibilidad) para determinar si dictará un auto de sobreseimiento o de enjuiciamiento³².

“La información obtenida como resultado de los actos de investigación se ordena utilizando el método de la teoría del caso, para la construcción de la tesis de imputación del hecho punible. En esta etapa el método de la teoría del caso es más riguroso, pues afronta otro escenario procesal más exigente, y de control jurídico más exhaustivo. ‘La teoría jurídica’ correspondiente a la teoría del caso, se configura con los presupuestos previstos en el art. 344 del CPP. Es claro que el propio método de la teoría del caso se ajusta rigurosamente a la formulación de una ‘tesis’ de imputación de hecho punible, con base en una causa probable. La no aplicación del método de la teoría del caso, para la construcción de la tesis de imputación, determina una práctica intuitiva y empírica, que por lo general tienen como resultado imputaciones difusas insostenibles en el plenario del juicio oral” (MENDOZA, La imputación concreta y el método de la teoría del caso, 2016)

postulatorio, si es posible atribuir el hecho punible a determinada persona, y si además, es posible aplicar una pena como resultado de la declaración de responsabilidad.

En esa línea, el control formal de la acusación se vincula al cumplimiento de los requisitos del art. 349.1 NCPP. Puede observarse la acusación fiscal cuando: no están los datos que permitan identificar al acusado, o cuando los datos sean insuficientes; no exista una relación clara y precisa del hecho que se le atribuye al acusado; no se describan por separado los hechos independientes; no se detallen los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio; no se describa la participación del acusado; no se fije el monto de la reparación civil -siempre que no exista un actor civil apersonado- ni se identifique los bienes embargados e incautados al acusado (o tercero civil); no se especifique qué persona deber ser la beneficiada por el pago de la reparación civil, y **cuando el Fiscal no ofrezca medios de prueba para su actuación en la audiencia**. También deberá devolverse la acusación cuando no se especifique el artículo de la ley penal que tipifica el hecho ni se solicite en forma específica la cuantía de la pena, entre otros” (DEL RIO, pág. 163 y 164)

³¹ Código Procesal Penal: Artículo 352:

2. Si los defectos de la acusación requieren un nuevo análisis del Ministerio Público, el Juez dispondrá la devolución de la acusación y suspenderá la audiencia por cinco días para que corrija el defecto, luego de lo cual se reanudará. En los demás casos, el Fiscal, en la misma audiencia, podrá hacer las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que corresponda, con intervención de los concurrentes. Si no hay observaciones, se tendrá por modificado, aclarado o saneado el dictamen acusatorio en los términos precisados por el Fiscal, en caso contrario resolverá el Juez mediante resolución inapelable.

³² “La configuración de la teoría del caso y de la imputación de un hecho punible tiene esos tres componentes: jurídico, fáctico y probatorio. Esta elemental y básica relación es decisiva en la operatividad de la “teoría del caso” y la modelación y configuración de la imputación concreta. Esta metodología requiere como herramienta [4] básica, la elaboración de papeles de trabajo; este instrumento simplifica y organiza la información, en un esquema triádico elemental [5]. La propuesta de este instrumento que grafica la información jurídica, fáctica y probatoria, es de central importancia para los diferentes objetivos que corresponden a cada una de las etapas procesales” (MENDOZA, La imputación concreta y el método de la teoría del caso, 2016)

Para efectos de las pruebas presentadas en la acusación, el Código Procesal Penal indica en el inciso 5 del artículo 352 lo siguiente:

La admisión de los medios de prueba ofrecidos requiere:

- a) Que la petición contenga la especificación del probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso; y
- b) Que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil. En este caso se dispondrá todo lo necesario para que el medio de prueba se actúe oportunamente en el Juicio. El pedido de actuación de una testimonial o la práctica de un peritaje especificará el punto que será materia de interrogatorio o el problema que requiere explicación especializada, así como el domicilio de los mismos. La resolución que se dicte no es recurrible.

De la presente evaluación se desprenden las interrogantes frente a lo que debe probar el fiscal en su acusación para crear convicción en el juez³³ y así emita un auto de enjuiciamiento en los casos referentes a la comisión del delito de feminicidio o en su grado de tentativa.

“Una vez que los sujetos procesales -incluido el Fiscal- han especificado en la audiencia cuál es el aporte que se pretende con el ofrecimiento de cada uno de los medios de prueba; entonces, el Juez se encuentra en condiciones de analizar la *pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba*. (...)

El principio de pertinencia exige una relación lógica entre el medio y el hecho por probar, medio de prueba pertinente será aquel que de alguna manera haga referencia al hecho que constituye el objeto del proceso. (...) Para calificar una prueba como conducente, se exigen dos requisitos: que el medio respectivo esté en general autorizado y no prohibido expresa o tácitamente por la ley, o que el Juez los considere revestidos de valor probatorio, y que el medio solicitado o presentado, válido en general como instrumento de prueba, no esté prohibido por la ley, para el hecho que con él se pretende probar, que no exista prohibición legal expresa para el caso concreto. (...) El requisito de utilidad del medio de prueba exige que sea útil desde el punto de vista procesal, es decir, debe presentar algún servicio, ser necesario o, por lo menos, conveniente, para ayudar a obtener la convicción del Juez respecto de los hechos principales o accesorios” (DEL RIO, pág. 187 y 188)

Por un lado, el Tribunal Constitucional indica, en el fundamento 16 de la Sentencia del

³³ “(...) Los hechos no se incorporan en los procedimientos judiciales en su realidad empírica o material: en general ya han ocurrido y, por lo tanto, pertenecen al pasado. De modo que los hechos no pueden ser percibidos por el Juez (excepto algunos elementos de prueba circunstanciales), así que tienen que ser reconstruidos por el Juzgador de los hechos tomando como base los medios de prueba disponibles. De este modo, los hechos se toman en consideración de una forma muy especial: en forma de enunciados acerca de ese hecho. Cuando hablamos de la verdad de un hecho, en realidad hablamos de la verdad de un enunciado acerca de ese hecho. En consecuencia, lo que se prueba o demuestra en el proceso judicial es la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio (...)” (TARUFFO, 2008, pág. 19)

Exp. 0019-2009-AI/TC del 21 de marzo del 2011, que

"(...) en los términos de los artículos 22° y 80° inciso 4 del Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el ejercicio de su función jurisdiccional la Corte Suprema tiene competencia para fijar principios jurisprudenciales; sin embargo, si bien estos principios son de obligatorio cumplimiento para todas las instancias judiciales, por excepción, los jueces y magistrados pueden apartarse de dicho criterio, para lo cual están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan"

Por otro lado, el artículo 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial regula la realización de Acuerdos Plenarios por parte de las Salas Penales de las Salas Supremas Especializadas y Salas Superiores con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En ese sentido, el artículo 301° - A del Código de Procedimientos Penales introducido por el Decreto Legislativo 959 estableció que la Sala Penal de la Corte Suprema será la que determine las sentencias que constituyen precedente vinculante, con la exigencia de fijar el extremo de su efecto normativo. Es por ello que un elemento que debe tener presente el juez para efectos de una acusación por el delito de feminicidio o tentativa del mismo es el Acuerdo Plenario 1-2016/CJ116, particularmente los fundamentos 48 a 51, que en el siguiente punto abordaré.

2.4. Conclusiones del Acuerdo Plenario 1-2016/CJ-116

En el año 2018, el presidente Vizcarra crea la Comisión Consultiva para la Reforma del Sistema de Justicia, la cual emite un informe³⁴ recomendando que se cree el Sistema Nacional Especializado de Justicia para la Protección y Sanción de Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar. El sistema se creó a través del Decreto Legislativo N°1368³⁵. Sin embargo, para efectos del tercer objetivo estratégico planteado por la Comisión de Justicia de Género -el fortalecimiento de capacidades de Juezas y Jueces, personal jurisdiccional y administrativo incorporando el enfoque de género- toda capacitación para comprender el real alcance del enfoque de género queda eclipsado por el

³⁴ Ver Informe de la Comisión Consultiva para la Reforma del Sistema de Justicia en: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/176814/INFORME_COMISION_CONSULTIVA_REFORMA_DE_LA_JUSTICIA.pdf

³⁵ Ver Decreto Legislativo 1368 en: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-crea-el-sistema-nacional-especializa-decreto-legislativo-n-1368-1674963-2/>

Acuerdo Plenario 1-2016/CJ-116³⁶, el cual presenta varias deficiencias. Solo partiendo de lo señalado en el punto 38 tenemos problemas graves: “No existen razones esenciales o sustentadas en la naturaleza de las cosas para que se entienda que la vida del hombre o de la mujer deba tener mayor valor y, por ende, ser más protegidas”.

Una de las primeras críticas tiene que ver con la calificación del sujeto activo del delito de feminicidio:

“33. (...) Pero la estructura misma del tipo, conduce a una lectura restringida. Solo puede ser sujeto activo de este delito un hombre, en sentido biológico, pues la muerte causada a la mujer es por su condición de tal. Quien mata lo hace, en el contexto de lo que es la llamada violencia de género; esto es, mediante cualquier acción contra la mujer, basada en su género, que cause la muerte. Así las cosas, solo un hombre podría actuar contra la mujer, produciéndole la muerte, por su género o su condición de tal. Esta motivación excluye entonces que una mujer sea sujeto activo”.

“34. (...) Solo los hombres pueden cometer este delito, entendiendo por hombre o varón a la persona adulta de sexo masculino. Se trata de un elemento descriptivo que debe ser interpretado, por tanto, en su sentido natural. No es un elemento de carácter normativo que autorice a los jueces a asimilar dicho término al de identidad sexual. Tal interpretación sería contraria al principio de legalidad”

La Defensoría del Pueblo indica que existen casos como los de la mutilación genital de mujeres en África que son usualmente cometidos por otras mujeres, los cuales que pueden ser considerados como feminicidio cuando producen la muerte de estas mujeres³⁷. Por otro lado, ONU Mujeres también menciona casos de madres que matan a sus hijas mujeres por ser lesbianas, casos de muertes de mujeres en contextos de trata o proxenetismo que puedan ser ocasionadas por mujeres³⁸. Si se acata el Acuerdo Plenario solo se estaría tomando una versión restringida del tipo penal.

Otra crítica está relacionada con el sujeto pasivo del delito de feminicidio:

“35. (...) La conducta homicida del varón recae sobre una mujer. Ella es igualmente la

³⁶ Ver Acuerdo Plenario 1-2016/CJ-116 en: <https://legis.pe/wp-content/uploads/2017/10/LEGIS.PE-Acuerdo-Plenario-N%C2%B0-001-2016-CJ-116-Alcances-tipicos-del-delito-de-feminicidio.pdf>

³⁷ Ver (p. 66 y 67) Informe de la Defensoría del Pueblo en: <https://peru.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Informe-Defensorial-N-173-FEMINICIDIO-INTIMO.pdf>

³⁸ Ver (p. 46) ONU Mujer, Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género, en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/ProtocoloLatinoamericanoDeInvestigacion.pdf>

titular del bien jurídico tutelado (...) Tampoco es posible, por exigencia del principio de legalidad, que se la identifique con la identidad sexual”

¿Qué debe entenderse por identidad sexual? Al parecer, el sujeto pasivo se restringiría a mujeres *cisgénero*. La Corte Suprema procuraría indicar que los feminicidios serían cometidos fundados en la genitalidad de las mujeres; cuando, en realidad, estos se cometen en base a estereotipos y roles de género en donde se subordina lo femenino. En la línea de la Corte Suprema, una mujer trans no podría ser víctima de un delito de feminicidio.

Finalmente, el Acuerdo Plenario se pronuncia también sobre el móvil para la configuración del delito de feminicidio:

“48. (...) Para que la conducta del hombre sea feminicidio no basta con que haya conocido los elementos del tipo objetivo (condición de mujer, idoneidad lesiva de la conducta, probabilidad de la muerte de la mujer, creación directa de un riesgo al bien jurídico), sino que además haya dado muerte a la mujer “por su condición de tal”. Para la configuración del tipo penal al conocimiento de los elementos del tipo objetivo, se le agrega un móvil: el agente la mata motivado por el hecho de ser mujer. El feminicidio deviene así en un delito de tendencia interna trascendente”

“49. Se advierte que, con el propósito de darle especificidad al feminicidio, de poner en relieve esa actitud de minusvaloración, desprecio, discriminación por parte del hombre hacia la mujer, se ha creado este tipo penal (...)”

“50. Ahora bien, el agente no mata a la mujer sabiendo no solo que es mujer, sino precisamente por serlo. **Esta doble exigencia -conocimiento y móvil- complica más la actividad probatoria que bastante tiene ya con la probanza del dolo de matar (...)**” (énfasis agregado)

El mismo Acuerdo Plenario reconoce la dificultad probatoria respecto a lo que debe entenderse la muerte “*por su condición de tal*”. Por ello, finalmente se acuerda que la condición de la víctima debe interpretarse de acuerdo al contexto en el que se lleve a cabo la muerte o, en el caso de tentativa, el intento de dar muerte:

“51. El móvil solo puede deducirse de otros criterios objetivos que precedieron o acompañaron el acto feminicida. En este sentido, el contexto situacional en el que se produce el delito es el que puede dar luces de las relaciones de poder, jerarquía, subordinación o de la actitud sub estimatoria del hombre hacia la mujer. Podría considerarse como indicios contingentes y precedentes del hecho indicado: la muerte de la mujer por su condición de tal”

3. El género enfocado para calificación del delito de Feminicidio

Al igual que Beatriz Ramírez (2011), creo que existe un problema de tipificación en el

Código Penal respecto al delito de feminicidio. En ese sentido, creemos que:

“(…) no hace falta una “sexualización” del tipo penal homicidio/asesinato para visibilizar que la violencia anclada en la discriminación afecta a las mujeres como a ningún otro colectivo. Esa es la experiencia de las reformas en materia de violación sexual planteadas en términos neutros, pero que sancionan de forma cada vez más amplia los atentados contra la libertad sexual de las mujeres. Conviene apuntar a fórmulas integradoras que revelen los alarmantes efectos de la discriminación por género que afectan mayoritariamente a las mujeres, pero no solo a ellas. Una mirada integradora de las estructuras de subordinación se impone y ahí la categoría de *crimen de odio* ofrece un marco sólido para la agravación necesaria de penas en supuestos de feminicidio/femicidio, y más allá de estos” (pág. 358)

Lo cierto es que aquella oportunidad se perdió con la derogación de gran parte del Decreto Legislativo 1323 en donde se incorporaba los *crímenes de odio* al Código Penal³⁹.

Por lo pronto, es importante dotar de sentido a lo que tenemos tipificado en nuestro Código Penal, particularmente, al delito de Feminicidio. La frase “*por su condición de tal*” sigue siendo controvertida porque, al margen de lo estipulado por el Acuerdo Plenario 1-2016/CJ-116, su formulación lleva a interpretarse en tres sentidos distintos:

“La interpretación de los elementos del tipo penal, específicamente, de la frase por su condición de tal, ha generado especial complicación en la doctrina y jurisprudencia peruana. Como se mencionó en la introducción de este texto, mientras para un sector se trata de una frase que poco ayuda en la comprensión de la conducta típica de feminicidio; para otro, implica que el delito sanciona matar a una mujer por el hecho de serlo —realidad biológica— siempre que la muerte ocurra en los contextos descritos en el párrafo anterior. Asimismo, para una tercera perspectiva, este elemento es homologable a la misoginia o al odio contra las mujeres” (AAVV, 2019, pág. 68)

Sin embargo, el numeral 3 del artículo 4 del Reglamento de la Ley No 30364 define la violencia contra la mujer:

“por su condición de tal como toda manifestación de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de las mujeres de gozar de derechos y libertades en pie de

³⁹ “Para que el Gobierno actual de Perú sea liderado formalmente por el partido político Peruanos Por el Cambio (PPK) se requirió una concentración de votos apelando principalmente al rechazo aun mayoritario contra Keiko Fujimori. PPK, para asegurar la victoria, prometió atender la violencia de género. Al asumir la Presidencia, Pedro Pablo Kuczynski solicita al Congreso, mayoritariamente fujimorista, la emisión de una Ley autoritativa para que el Gobierno legisle sobre lo prometido, este emite la Ley 30506 y en su marco el Gobierno emitió el Decreto Legislativo 1323, el cual fortalece la lucha contra la violencia de género. Lamentablemente, su eficacia tuvo corto aliento, dado que el fujimorismo lo derogó alegando no haber incluido la modificación de artículos del Código Penal respecto a la identidad de género ni a la orientación sexual” En: ATO DEL AVELLANAL, Patricio, La derogatoria del DL1323 e implicancias procesales respecto a la violencia de género en Perú. Ponencia del Congreso de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA), Barcelona 2018.

igualdad, a través de relaciones de dominio, de sometimiento y subordinación hacia las mujeres”

En ese sentido, al igual que el fundamento 51 del Acuerdo Plenario 1-2016/CJ-116, la frase “*por su condición de tal*” no debe interpretarse desde una aproximación biológica; sino más bien, como “(...) la muerte causada en base al incumplimiento o imposición del conjunto de reglas culturales que prescriben determinados comportamientos y conductas a las mujeres, que las discriminan y subordinan socialmente” (AAVV, 2019, pág. 79).

“El Ministerio Público tiene el deber de la carga de afirmar proposiciones fácticas de una realidad psíquica, y el deber de la carga de probar éstas. Las experiencias psíquicas no pueden probarse de manera directa; carece de razonabilidad pretender su probanza, con prueba directa. Por ello, la lógica indiciaria cobra capital importancia para probar realidades subjetivas. En efecto, las proposiciones fácticas objetivas -indicativos – tienen que ser probadas para inferir, a partir de estas, una intencionalidad típica” (MENDOZA, pág. 128)

Aplicando el *enfoque de género*, el juez calificará el fondo de la acusación en función a los indicios que presente el fiscal, los cuales manifestarán el contexto en el cual se ocasionó la muerte de la víctima o su intento, contexto que evidenciará la discriminación estructural a la que continúan siendo expuestas las mujeres y con ello emitirá el auto de enjuiciamiento para dar inicio a la siguiente etapa del proceso: el juicio oral.

4. Conclusiones

- Tanto la discriminación, así como la violencia de género se origina en el miedo al quiebre del *binomio falogocéntrico*, concepción asociada al dualismo universal con roles asignados a hombres como a mujeres, el cual ha regido durante muchos años y le ha dado sentido a la manera en que vivimos.
- En el Perú, los casos de Lady Guillen y de Arlette Contreras fueron los desencadenantes de la multitudinaria marcha #NiUnaMenos en el año 2016. En aquella marcha se denunció que los jueces terminaban sancionando a los acusados

por lesiones en vez de ser condenados por el delito de feminicidio en grado de tentativa.

- La frase “*por su condición de tal*” en el delito de feminicidio es controvertida porque se puede interpretar en sentidos distintos: de acuerdo a una realidad biológica o un sentido relacionado a la misoginia.
- El *Acuerdo Plenario 1-2016/CJ-116* reconoce la dificultad probatoria respecto a lo que debe entenderse “*por su condición de tal*” y por ello indica que la condición de la víctima debe interpretarse de acuerdo al contexto en el que se lleve a cabo la muerte o, en el caso de tentativa, el intento de dar muerte.
- El *Protocolo Interinstitucional de Acción frente al Feminicidio, Tentativa de Feminicidio y Violencia de Pareja de Alto Riesgo* indica los criterios para determinar la tentativa de feminicidio cuando no se puede determinar la intención de feminicidio: vulnerabilidad de la zona atacada del cuerpo de la víctima, presencia de acciones de violencia previa, tipo de motivaciones para el ataque y razonamiento del agresor; dolo o intención de matar y eficacia del arma o procedimiento del ataque.
- Mediante la aplicación del *enfoque de género*, el juez calificará el fondo de la acusación en función a los indicios que presente el fiscal, los cuales manifestarán el contexto en el cual se ocasionó la muerte de la víctima o su intento, contexto que evidenciará la discriminación estructural a la que continúan siendo expuestas las mujeres.

Bibliografía

- AAVV. (2013). *El Femicidio en e Perú: un balance*. Lima: Taller de Estudios de Femicidio (PUCP). Obtenido de https://www.academia.edu/20384646/El_femicidio_en_el_Per%C3%BA_Un_balance
- AAVV. (2019). *Femicidio: Interpretación de un delito de violencia basado en género*. Lima: CICAJ-DAD (PUCP).
- AAVV. (2019). *Violencias contra las mujeres: la necesidad de un doble plural*. Lima: GRADE-CIES-PNUD.
- BARRERE, M. A. (1997). *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. Madrid: Civitas.
- DEL RIO, G. (2018). *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*. Lima : Ara Editores.
- DELUMEAU, J. (2019). *El Miedo en Occidente*. Barcelona: Penguin.
- GIRALDO, J. (Julio de 1996). Colombia: The Genocidal Democracy. *Common Courage Press*.
- LOEWENSTEIN, K. (1975). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.
- MELONI, C. (2008). Judith Butler y la Genealogía. *La Torre del Virrey: Revista de Estudios Culturales*(5).

- MENDOZA, F. C. (19 de Octubre de 2016). La imputación concreta y el método de la teoría del caso. *Legis.pe*. Obtenido de <https://legis.pe/la-imputacion-concreta-metodo-la-teoria-del-caso/>
- MENDOZA, F. C. (2019). *La Necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo*. Puno: Zela.
- MINJUS. (2019). *Victimas, victimarios del Femicidio: Un estudio desde los perpetradores del delito*. Lima: INDAGA-Observatorio Nacional de Política Criminal. Obtenido de <https://indagaweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/11/Victimas-y-victimarios-del-femicidio.pdf>
- MOORE, M. (Dirección). (2002). *Bowling for Columbine* [Película].
- PATEMAN, C. (2). El Estado de Bienestar Patriarcal. *Contextos*(5), 5 y 6.
- PEREZ RUIZ, D. E. (2014). Femicidio o Femicidio en el Código Penal Peruano. (M. E. PENALES, Ed.) Obtenido de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20150208_02.pdf
- PORTOCARRERO, G. (1991). *Sacaojos: crisis social y fantasmas coloniales*. Lima: Tarea.
- RAMIREZ, B. (2011). Cuando la muerte se explica por el género: problematizando la tipificación del feminicidio/femicidio. (G. Jurídica, Ed.) *Gaceta Constitucional*(45).
- SAGOT, M., & CARCEDO, A. (2000). *Femicidio en Costa Rica 1990-1999*. San José: Organización Panamericana de la Salud (Programa Mujer, Salud y Desarrollo). Obtenido de http://www.americalatinagenera.org/es/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=564&Itemid=108
- TARUFFO, M. (2008). *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons.