













































































verificarse la existencia de denuncias anteriores por violencia familiar interpuestas por la mujer, o que el feminicidio sea un acto inmediatamente posterior a un hecho de violencia familiar, y que en dicho contexto ocurra la muerte de la víctima, es decir, que en un mismo acto de violencia familiar sobrevenga la muerte de la mujer<sup>90</sup>.

### **b) Coacción, hostigamiento o acoso sexual**

4. La circunstancia de la “coacción”, precisa verificar un acto de *vis compulsiva* sobre la víctima, a fin de que ésta realice un acto que la ley no manda o que ésta prohíbe, para luego proceder a su muerte. Así, por ejemplo, PEÑA CABRERA explica que esta situación podría darse cuando el autor obliga a la víctima a quedarse en un cierto lugar o que no pida auxilio, hecho que facilitaría la comisión del feminicidio<sup>91</sup>.

5. Hay que reconocer que la coacción como tal se encuentra prevista como un tipo penal autónomo en el artículo 151 del Código Penal, de forma que la situación antes descrita podía también resolverse conforme a las reglas del concurso de delitos<sup>92</sup>.

6. En lo que respecta a la conducta de hostigamiento o acoso sexual<sup>93</sup>, esta circunstancia consiste en solicitar favores de naturaleza sexual al sujeto pasivo, para sí o para un tercero. Si bien el acoso sexual no constituye por sí mismo un delito en nuestro ordenamiento, considero que no hay impedimento para valorar esta conducta, sobre todo teniendo en cuenta el grave riesgo que entraña para la víctima, constituyéndose generalmente en acto previo de un ataque sexual.

<sup>90</sup> Cfr. A. PEÑA CABRERA FREYRE, «El delito de feminicidio basado en la discriminación y en el odio hacia el sexo femenino, conforme a su nueva regulación normativa», en A. ALEGRÍA OSCO (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho penal y Procesal Penal*, Conadep, Iquitos 2013.

<sup>91</sup> Ibidem. Por el contrario, si la coacción resulta siendo un medio necesario para lesionar el bien jurídico “vida”, entonces no podrá aplicarse la agravante, debido a que la coacción quedaría absorbida en la conducta de feminicidio. Cfr. L. BRAMONT-ARIAS TORRES y M. GARCÍA CANTIZANO, *Manual de derecho penal: parte especial*, Ediciones San Marcos, Lima 1998, p.185.

<sup>92</sup> Cfr. L. BRAMONT-ARIAS TORRES y M. GARCÍA CANTIZANO, *Manual de derecho penal...*, cit., p.183.

<sup>93</sup> Es preciso recordar que el legislador penal no ha tipificado al acoso sexual como figura autónoma, por lo que la principal referencia legal del acoso sexual la encontramos en la Ley N° 27942 o Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual, de fecha 5 de febrero del dos mil tres, que tiene por objeto prevenir y sancionar el hostigamiento sexual producido en las relaciones de autoridad o dependencia, de sujeción, aunque también en relaciones horizontales. En dicha ley se define el hostigamiento sexual como “la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual o sexista no deseada o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad, así como sus derechos fundamentales”. Previamente a esta ley, la tutela que dispensaba nuestro ordenamiento jurídico frente al acoso sexual se limitaba al ámbito laboral.

7. Ahora bien, la conducta debe ser producto de varios actos reiterados de hostigamiento, molestias, conductas, etc., acompañados de frases, insinuaciones, alusiones o gestos de evidente contenido sexual<sup>94</sup>. En general, se trata de cualquier situación en la que se produce algún comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual que atente contra la dignidad de la persona<sup>95</sup>.

8. Acorde a una interpretación teleológica y sistemática del derecho, la agravante de acoso sexual, solo tendrá lugar cuando la solicitud se produzca en el marco de una “relación laboral, educativa, policial, militar, contractual y cualquier otra que consista en una prestación de servicios”<sup>96</sup>, continuada o habitual, provocando con tal comportamiento un entorno intimidatorio, hostil u ofensivo para la víctima<sup>97</sup>. Por tanto, si la solicitud no se da en cualquiera de los ámbitos descritos ni provoca en la víctima una situación que expresamente pueda calificarse objetivamente de intimidante, hostil o humillante<sup>98</sup>, no podrá apreciarse la agravante<sup>99</sup>.

9. Asimismo, para la aplicación de la agravante es preciso verificar que previo a la comisión del feminicidio, se hayan producido comportamientos de acoso u hostigamiento sexual en contra de la víctima, y que el feminicidio sea consecuencia directa de la intolerancia y frustración frente a la negativa de la víctima de acceder a los favores sexuales requeridos por el agente.

**c) Situación de abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente;**

10. Esta circunstancia pone énfasis en las relaciones particulares que mantiene el autor con la ofendida, y puede escindirse en dos situaciones particulares.

**c.1) Situación de confianza**

<sup>94</sup> Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007, 16.ª edición, p. 232. Quedan fuera de margen del tipo penal los episodios aislados.

<sup>95</sup> Así lo establece el Parlamento Europeo en la modificación aprobada en junio de 2002 a la Directiva 76/207/CE. Las vías o canales de expresión de dicha solicitud pueden ser por escrito, verbal o gestual.

<sup>96</sup> Ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 literal a, b y c de la Ley N° 27942.

<sup>97</sup> Cfr. G. QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, Thomson Aranzadi, Navarra 2007, 2.ª edición, p. 322.

<sup>98</sup> Por ejemplo, en el ámbito laboral, cuando la víctima percibe que su negativa a las intenciones de su acosador puede ocasionarle problemas para sus expectativas laborales.

<sup>99</sup> Cfr. C. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (Coord.), *Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte Especial*, Navarra 2005, 3.ª edición, p. 172; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit., p. 232.

11. La confianza se entiende como “esperanza firme que se tiene de alguien o algo”. La confianza requiere la existencia de una relación personal o vínculo preestablecido entre dos sujetos, quien da la confianza y quien consigue obtenerla, y que genera una situación de mutua lealtad y confianza.

12. El abuso de confianza es definido como el mal uso o aprovechamiento que se hace de la buena fe que una persona deposita en la otra, y que se produce cuando el autor defrauda la esperanza que el sujeto pasivo tiene en el autor<sup>100</sup>.

El fundamento de esta circunstancia se halla principalmente -como afirma Cerezo Mir- en la deslealtad, en la infracción de deberes, éticos o jurídicos, de lealtad<sup>101</sup>.

13. La relación de confianza puede haberse formado de una relación permanente, temporal o episódica entre el autor del hecho y la víctima. Asimismo, resulta irrelevante el motivo o la causa generadora de la confianza, la cual puede provenir de una relación familiar, afectiva, social, jurídica o de otra índole, lo determinante es que se verifique si en efecto existe o no esa relación, que debe ser necesariamente anterior al hecho delictivo, y que origine un específico deber de lealtad entre ambos sujetos<sup>102</sup>.

14. La situación de confianza no se debe determinar solo sobre la base de una realidad objetiva, sino que es preciso verificar el nexo subjetivo, en el que un sujeto quiere y demuestra la confianza al otro<sup>103</sup>. Así, quedan fuera del ámbito de aplicación de la agravante los casos en los que una de las partes no confía en la otra, y así se lo comunica a un tercero, pese a que objetivamente existe el vínculo moral; o cuando formalmente pareciera existir la confianza, pero de forma permanente se demuestra todo lo contrario.

15. Asimismo, debe hacerse hincapié en la necesidad del aprovechamiento doloso o abuso de la situación derivada de la confianza, siendo insuficiente la simple verificación de dicho vínculo. Así, para la aplicación de la agravante, es preciso el conocimiento por parte del autor

<sup>100</sup> Cfr. J. CASTILLO ALVA, *Tratados de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Gaceta Jurídica, Lima 2002, p. 310.

<sup>101</sup> Cfr. J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I*, Editorial Tecnos, Madrid 1985, 3.ª, p. 145. De otra parte, Suárez- Mira Rodríguez señala que esta circunstancia posee un doble fundamento, se agrava la pena porque a consecuencia de haber abusado de una confianza depositada en el sujeto activo, se ha obtenido una mayor facilidad en la ejecución del delito (ventaja comisiva). Cfr. C. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (Coord.), *Manual de Derecho penal. Tomo I. Parte General*, Navarra 2005, 3.ª, p. 316.

<sup>102</sup> *Ibidem*.

<sup>103</sup> Cfr. J. CASTILLO ALVA, *Tratados de los delitos...*, cit., p. 311.

de que el sujeto pasivo confía en él y la voluntad de aprovechamiento de esa especial relación de confianza que le supondrá una mayor facilidad comisiva<sup>104</sup>.

Dicho de otro modo, la relación de confianza debe haber otorgado al autor cierta ventaja comisiva, que puede plasmarse en la mayor facilidad en la consecución del resultado, el incremento de las posibilidades de impunidad, o por el aumento de la indefensión del agraviado<sup>105</sup>. Por el contrario, si se constata que la relación de confianza no contribuyó en nada a la comisión del injusto penal, y que éste se produjo debido al aprovechamiento de otras circunstancias, o que cualquier otra persona pudo cometer el delito, no podrá apreciarse la agravante<sup>106</sup>.

16. Por otro lado, se discute si la aplicación de la agravante del abuso de confianza, se restringe al ámbito de la propia víctima, o puede incorporar también los casos en los que la confianza es otorgada por un tercero o persona distinta al sujeto pasivo.

Al respecto, considero que en determinados casos es posible que la confianza en el autor se genere por una persona distinta al propio sujeto pasivo, siempre que sea alguien estrechamente vinculado a la víctima. Este el caso, por ejemplo, de los menores de edad, quienes por su escaso desarrollo mental o físico (un infante) no pueden dar confianza ni tampoco recibirla, pues no comprenden el significado de ésta ni lo que implica concederla ni los deberes que ésta genera en los demás. Por tanto, en supuestos como ese, el abuso de confianza debe comprender también la defraudación que el autor realiza de la esperanza que delegan en él las personas que están encargadas de la protección del menor, como es el caso de los padres o tutores, quienes confían y puedan encargar a un empleado doméstico o una persona conocida el cuidado temporal de su menor hijo<sup>107</sup>. Sostener un criterio distinto, conllevaría a la irracional solución de dejar de aplicar la agravante en tales casos.

<sup>104</sup> Cfr. C. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (Coord.), *Manual de Derecho penal. Tomo I. Parte General...*, cit., p. 316; M. BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Civitas, Madrid 1995, cit., p. 104. El jurista Boldova Pasamar indica que la agravante no se aprecia por el solo hecho de que se quebrante una especial relación de confianza, si ésta no se ha puesto a servicio de la acción delictiva.

<sup>105</sup> Cfr. C. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (Coord.), *Manual de Derecho penal. Tomo I. Parte General...*, cit., p. 316; M. BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias...*, cit., p. 104.

<sup>106</sup> Cfr. J. CASTILLO ALVA, *Tratados de los delitos...*, cit., p. 312.

<sup>107</sup> *Ibidem*.

## **c.2. Situación de abuso de poder o cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente**

17. Esta circunstancia hace referencia a la existencia de una situación de supremacía que un individuo tiene sobre otro, y a una particular circunstancia en la ejecución delictiva que aumenta el desvalor de la acción. El fundamento de esta circunstancia reside en el facilitamiento de la ejecución del delito que el aprovechamiento de determinada condición suministra al autor<sup>108</sup>.

18. El término “poder” describe facultad que tiene alguien para mandar o ejecutar algo. Por su parte, “posición” debe entenderse como la categoría o condición personal, social o jurídica de una persona respecto de otra<sup>109</sup>. En tanto, “relación” significa una conexión, ligazón o vínculo recíproco que comparten el autor y la ofendida, y que puede ser de diversa índole, familiar, afectiva, etc.<sup>110</sup>.

19. En términos generales puede señalarse que esta circunstancia se basa a la superioridad, situación de prevalimiento o de desequilibrio de poder que ejerce el autor sobre la víctima y que usualmente suele manifestarse a través de una determinada posición o relación familiar, por ejemplo, en función a deberes de responsabilidad institucional, tales como la patria potestad u otras instituciones legales sustitutorias como: la tutela, la curatela o el consejo de familia<sup>111</sup>. No obstante, debe tenerse en cuenta que esta agravante no solo se construye sobre la base del vínculo familiar sino también sobre la existencia de cualquier otra posición o relación que otorgue autoridad sobre la víctima<sup>112</sup>.

En rigor, la norma no distingue si la posición o relación debe proceder de relaciones de Derecho público o de Derecho privado, sin embargo, entendemos que no hay mayores inconvenientes para incluir uno y otro ámbito, sobre todo atendiendo a que el fundamento de la circunstancia reside en el abuso de la posición de autoridad o superioridad sin importar el origen, la causa o a procedencia de dicha autoridad<sup>113</sup>.

<sup>108</sup> Cfr. M. BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias...*, cit., pp. 120-121.

<sup>109</sup> Cfr. J. CASTILLO ALVA, *Tratados de los delitos...*, cit., p. 308.

<sup>110</sup> Cfr. M. BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias...*, cit., p. 102.

<sup>111</sup> Cfr. R. PEÑA CABRERA, *Delitos contra la Libertad e intangibilidad sexual*, Ediciones Guerreros, Lima 2002, p. 90; L. BRAMONT-ARIAS TORRES y M. GARCÍA CANTIZANO, *Manual de derecho penal...*, cit., p. 249.

<sup>112</sup> Cfr. J. CASTILLO ALVA, *Tratados de los delitos...*, cit., p. 307.

<sup>113</sup> Cfr. J. CASTILLO ALVA, *Tratados de los delitos...*, cit., p. 309.

20. Es preciso destacar además que la especial referencia a la posición o relación con la víctima viene constreñida a que éstas creen una situación de particular autoridad del autor sobre el sujeto pasivo, autoridad que puede ser conferida por las normas sociales o jurídicas, según sea el caso, y que colocan al autor en una situación de superioridad sobre el sujeto pasivo, pudiendo infligir sobre éste una situación de temor, respeto, situación que es conocida y aprovechada por el agente del hecho, quien se prevale y abusa de dicha condición para facilitar la consecución de sus fines delictivos<sup>114</sup>. Por tanto, para la concurrencia de la agravante es preciso el “prevalimiento típico”, es decir, que el autor valiéndose de esa situación de superioridad familiar, laboral, docente, jerárquica, etc., que tiene respecto a la víctima, vea facilitada la comisión del feminicidio<sup>115</sup>.

Asimismo, debe recordarse que la jerarquía es un elemento del tipo que debe ser conocida de antemano por el autor y no puede presumirse<sup>116</sup>.

En resumidas cuentas, puede decirse que para la aplicación del tipo cualificado bastará probar dos situaciones: una relación de superioridad y el abuso de ésta.

**c) Cualquier otra forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.**

21. Si ya el feminicidio constituye *per se* un delito de discriminación por razón del sexo, entendemos, en todo caso, que este determinado contexto solo podrá apreciarse cuando se actúe basado en motivos distintos al sexo de la víctima. Sin embargo, pese a lo indicado, todo apunta que nuestro legislador no partió del concepto originario al momento de plasmar la configuración legal del feminicidio, por lo que el literal c del primer párrafo del tipo de feminicidio podría hacer referencia a su vez a la discriminación por razón de sexo, aunque como se ha visto esta resulta ser un elemento intrínseco del feminicidio.

22. Hecha la salvedad, debe anotarse que la finalidad de esta circunstancia es añadir al desvalor propio del hecho, el que su motivación principal radique en una idea de discriminación que tenga por sustento una característica personal, contraria al principio de

<sup>114</sup> Cfr. C. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (Coord.), *Manual de Derecho penal. Tomo I. Parte General...*, cit., pp. 311- 312.

<sup>115</sup> Cfr. R. PEÑA CABRERA, *Delitos contra la Libertad...*, cit., p. 90.

<sup>116</sup> *Ibidem*, pp. 309-310. Por tanto, la condición superioridad debe comprobarse y acreditarse en el caso concreto, debido a que la agravante no puede aplicarse si pese a existir una posición o relación con la víctima, no existe de facto una real situación de superioridad que otorgue una especial autoridad respecto al sujeto pasivo



igualdad<sup>117</sup>. El principio de igualdad impide cualquier tipo de discriminación, ya que ni la raza, ni el sexo, ni la religión o creencias o cualquier otra condición o circunstancia personal o social pueden determinar un trato diferente en las personas<sup>118</sup>.

23. La discriminación puede obedecer a motivos de cualquier índole, siendo los más comunes y extendidas<sup>119</sup>:

- Motivos racistas: esta circunstancia opera no por el hecho de ser racista, sino por la especial reprochabilidad del móvil principal de la acción, dirigida contra una persona por su pertenencia a alguna de las razas humanas<sup>120</sup>.
- Motivos de ideología, religión o creencias.
- Motivos de pertenencia a etnia, raza o nación a la que pertenezca: Por etnia- según el Estatuto de la Corte Penal Internacional- es un grupo poblacional que no constituye una raza ni comparte las singularidades del grupo nacional, aunque tiene las características de una colectividad con identidad propia<sup>121</sup>.
- Motivos de orientación sexual: exige que el motivo del ataque o la discriminación sea la opción de vida sexual de la víctima<sup>122</sup>.
- Motivos por condiciones físicas: aquí se incluyen los casos de enfermedad o minusvalía, como los de las toxicómanas, alcohólicas o pacientes de SIDA.

24. Es irrelevante para la configuración de la agravante que exista o no una relación conyugal o de convivencia con el agente.

25. La inclusión de esta circunstancia responde a una realidad social que evidencia la existencia de tales motivaciones en los hechos delictivos. Al respecto, las principales críticas que se formulan en torno a esta modalidad están referidas al aspecto motivacional de la conducta<sup>123</sup> y la dificultad de su determinación en caso en que esté en duda la apreciación de

<sup>117</sup> Cfr. C. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (Coord.), *Manual de Derecho penal. Tomo I. Parte General...*, cit., p. 314.

<sup>118</sup> Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit., pp. 811-812. Muñoz Conde opina que previsiones normativas de discriminación permiten reforzar penalmente el principio de igualdad.

<sup>119</sup> Cfr. C. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (Coord.), *Manual de Derecho penal. Tomo I. Parte General...*, cit., p. 315.

<sup>120</sup> *Ibidem*.

<sup>121</sup> *Ibidem*, pp. 314 - 315.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 315.

<sup>123</sup> Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, 5.ª, p. 511. Como refiere Reátegui Sánchez el agente en su fuero interno considera que es superior a la víctima y esto motiva más para que proceda a matarle. Cfr. J. REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte General. Volumen II, Actualidad Penal*, Lima 2014, p. 1363.

los motivos<sup>124</sup>. Discrepamos de esta opinión, y por el contrario, coincidimos plenamente con lo señalado por WELZEL quien sostiene que “debe rechazarse la concepción de que el Derecho sólo tiene que ver con la conducta externa, pero no con la actitud interna y la disposición de ánimo (...); lo correcto es que la actitud interna y la disposición de ánimo no den lugar a pena alguna (...); pero, cuando se produce una conducta externa que es contraria a la ley penal, para la respuesta a que dé lugar el Derecho Penal reviste importancia la actitud y la disposición del ánimo efectivos”<sup>125</sup>.

En igual sentido, BOLDOVA PASAMAR afirma que “la constatación de actitud interna o de la disposición de ánimo, entendida en un sentido ético (...) permite no sólo un juicio más racional, acabado y personalizado por disponer de algo más que de la sola realización voluntaria como elemento psíquico sobre el que pronunciarse desvalorativamente, sino que además tal actitud o disposición moral llega a apuntar también un significado de mayor o menor oposición al bien jurídico e, incluso, puede afectar profundamente el sentido social de una conducta (...)”<sup>126</sup>.

## 2) Femicidio con circunstancias agravantes

26. El legislador configura cuatro tipos cualificados a partir de las características y particularidades de la «víctima», basándose principalmente en su situación de vulnerabilidad.

### a) Si la víctima fuere menor de edad.

27. La previsión de esta agravante tiene su razón de ser en la especial vulnerabilidad de la víctima y la especial tutela de los menores de edad. La especial vulnerabilidad deriva, en efecto, de la edad, siendo que la razón agravatoria reside en que se trata de situaciones donde el peligro de lesión del bien jurídico aumenta considerablemente por las menores posibilidades para resistir de la víctima atendiendo a su juventud<sup>127</sup>.

28. Por menor de edad, habrá de entenderse el menor de dieciocho años<sup>128</sup>. Al respecto, se plantean algunos cuestionamientos a la formulación de esta agravante, debido

<sup>124</sup> Cfr. G. QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho...*, cit., p. 742.

<sup>125</sup> Cfr. M. BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias...*, cit., p. 88.

<sup>126</sup> *Ibidem*, pp. 88-89.

<sup>127</sup> Cfr. L. BRAMONT-ARIAS TORRES y M. GARCÍA CANTIZANO, *Manual de derecho penal...*, cit., p. 269.

<sup>128</sup> Cfr. R. SALINAS SICCHA, *Delitos contra el patrimonio*, Jurista editores, Lima 2006, 2.ª edición, p. 355; G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 7.ª edición, Thomson Aranzadi, Navarra 2008, p. 206.

principalmente a que se pretende construir una hipótesis de agravación por la condición de menor de edad de la víctima, siendo que a efectos de racionalizar la aplicación de la agravante hubiera sido mejor fijar la minoría de edad más cercana a los catorce años, atendiendo a la mayor vulnerabilidad que denotan estos casos, ya que no es lo mismo dar muerte a una niña de 3 años que a una adolescente de 14 o 15 años<sup>129</sup>.

29. Un cuestionamiento mayor a la previsión de esta circunstancia agravante, se produce cuando se repara en el hecho que la agravante solo se aplicará cuando se trata de una niña, sin embargo, si se trata de un niño de la misma edad, éste no recibirá la misma protección a través de la tutela penal reforzada. Es preciso, además, que el autor sepa que está dando muerte a una mujer que es menor de edad, por el contrario si cree que es adulta, no podrá aplicarse la agravante<sup>130</sup>.

30. Por último, se entiende que la tipificación específica de esta agravante, descarta la posibilidad de aplicar la circunstancia de abuso de superioridad, o bajo cuidado o responsabilidad del agente, dada la posición de inferioridad y responsabilidad respecto a otros en las que con frecuencia se sitúan los menores de edad<sup>131</sup>.

**b) Se encontrare en estado de gestación, bajo cuidado o responsabilidad del agente;**

31. En lo que respecta al “estado de gestación”, el mayor desvalor de la acción reside en el riesgo que se cierne no solamente sobre la mujer, sino también sobre la vida del concebido. El estado de gestación o embarazo se inicia desde la fecundación hasta antes del parto.

Dado que el estado de gravidez generalmente no es apreciable hasta después del tercer mes, la aplicación de la agravante dependerá exclusivamente del conocimiento del sujeto activo sobre el estado de gravidez de la víctima, de lo contrario, carecerá de efectos la agravante, quedando subsistente el tipo base.

32. Por su parte, el enunciado “bajo cuidado o responsabilidad del agente” alude a una diversidad de supuestos que implican una relación de especial cuidado que debe tener el agente respecto a la víctima, por ejemplo, la relación de guarda y cuidado de las menores de

<sup>129</sup> A. PEÑA CABRERA FREYRE, «El delito de feminicidio...», cit.

<sup>130</sup> Cfr. L. BRAMONT-ARIAS TORRES y M. GARCÍA CANTIZANO, *Manual de derecho penal...*, cit., p. 368.

<sup>131</sup> Cfr. G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS, *Comentarios a la parte especial...*, cit., p. 207.

edad, el curador respecto a la incapaz, el médico o el enfermero que tienen a cargo el cuidado de la paciente, etc.

**c) Fue objeto previamente de una violación sexual o actos de mutilación;**

33. En este caso, se hace alude a un estadio anterior, donde la víctima de Femicidio, ha sido sujeto pasivo de otro delito, el de violación sexual.

La primera interrogante que plantea esta agravante es si cuando la ley alude a una violación sexual se refiere únicamente al tipo básico, previsto en el artículo 170, cuya característica es utilizar la violencia o grave amenaza para vencer la resistencia de la víctima, logrando la realización del acto sexual u otro análogo; o, puede comprender también a todos los delitos contra la libertad sexual, como la violación insidiosa (art. 171), el abuso sexual de personas con incapacidad física o psíquica (art. 172), el abuso sexual de menores de catorce años (art. 173) y al abuso sexual de persona sometida a una situación de autoridad, dependencia o vigilancia (art.174), etc.<sup>132</sup>.

Al respecto, considero que el término “violación sexual” utilizado por la ley no debe ser entendido en un sentido literal, sino de manera amplia como referido a la gran mayoría de delitos contra la libertad sexual. A favor, de esta segunda interpretación, basta con tener en cuenta el encabezamiento del capítulo respectivo que se refiere a la violación de la libertad sexual, rótulo que comprende a todos los delitos contra la libertad sexual, incluso la seducción y actos contra el pudor<sup>133</sup>. Además, no es preciso que se compruebe que el acto sexual se ha consumado en el sentido de lograr la penetración, basta solo con la tentativa.

34. Igualmente, es necesario acreditar primero y de forma necesaria que ha existido una violación sexual -acto precedente- y que ésta ha desencadenado la comisión del feminicidio, es decir, que el este último comportamiento se realizó con motivo de ocultar la violación sexual<sup>134</sup>. En ese sentido, y a efectos de evitar una doble valoración de la agravante, debe señalarse que la aplicación de esta circunstancia impide la aplicación a su vez de la agravante prevista en el Art. 108 numeral 2.

<sup>132</sup> Cfr. J. CASTILLO ALVA, *Derecho Penal. Parte Especial I*, Grijley, Lima 2008, p. 1088.

<sup>133</sup> *Ibidem.*, pp. 1088-1091.

<sup>134</sup> *Ibidem.*, p. 1092.

35. Por actos de mutilación se comprende los daños físicos y amputaciones que provoca el autor sobre el cuerpo de la víctima, y que generalmente constituyen “males innecesarios” para la consecución del delito. Se agrava la pena porque en estos casos existe una mayor intensidad del ataque al bien jurídico protegido lo que aumenta esencialmente el desvalor del resultado<sup>135</sup>. El examen de esta circunstancia pone de relieve que “los actos de mutilación” coincide en cuanto a su *ratio* o fundamento con la circunstancia de gran crueldad prevista para el asesinato, por lo que ambas circunstancias no podrán aplicarse simultáneamente.

**d) Si al tiempo de cometerse el delito, la víctima padeciera cualquier tipo de discapacidad;**

36. En este caso la agravación se establece en razón a las situaciones de vulnerabilidad personal por razón de la discapacidad.

La discapacidad se entiende como una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que padece una persona, que afectan la forma de interactuar y participar plena y efectivamente en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás, y que lo colocan en un estado evidente de indefensión<sup>136</sup>.

Puede tratarse de una discapacidad parcial o total, siempre y cuando la presente como alguien en evidente estado de indefensión. Asimismo, es necesario que la deficiencia sea de cierta intensidad o gravedad, que coloque en un estado de vulnerabilidad a la víctima, de lo contrario no se justifica una tutela penal intensificada, así por ejemplo, los ebrios habituales y/o toxicómanos, no quedan comprendidos dentro de la agravante, no solo por los estados de lucidez que usualmente tienen sino sobre todo porque el mal que sufren no es de carácter permanente. Por el contrario, sí quedan comprendidos dentro de la expresión de “discapacitados” los casos de enajenados mentales, ciegos, sordos, inválidos, etc.

Asimismo, el autor debe conocer antes de la ejecución del delito la circunstancia de vulnerabilidad de la víctima, si el conocimiento de la discapacidad que aqueja a la víctima es posterior a la ejecución del delito, la agravante no tendrá lugar.

<sup>135</sup> Cfr. M. BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias...*, cit., pp. 120-121.

<sup>136</sup> En concordancia con lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley N° 29973. Para la OMS, discapacidad es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales.

**e) Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas;**

37. En este caso, se hace referencia a un estadio anterior al feminicidio, donde la víctima fue a su vez sujeto pasivo de otro delito.

En el delito de trata de personas, se sanciona a quien coloca a la víctima a través de actos traslativos (promoción, favorecimiento, financiación o facilitación de la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de personas dentro del país, para su ingreso o salida de él), en una situación de vulnerabilidad, con la finalidad de que sean explotadas por otro<sup>137</sup>. Conforme a esta agravante, si la mujer fue objeto de explotación sexual, laboral, esclavitud o extracción o tráfico de órganos o de otra índole, en los términos de los artículos 153º y 153º-A del CP, podrá imponerse esta circunstancia de agravación, siempre y cuando se verifique que fue el mismo agente quien realizó ambas conductas-la trata y la muerte de la víctima-, pues si se trata de personas distintas, no resulta de aplicación esta circunstancia, a menos que se esté ante una organización delictiva, en la que pueda apreciarse una coautoría no ejecutiva.

Asimismo, si la muerte de la mujer sobreviene producto de la explotación laboral, por no haberse adoptado las medidas de seguridad necesarias, al estar ante un homicidio culposo, no se podrá sancionar al agente por esta modalidad agravada de Feminicidio, al exigirse el dolo respecto a la muerte. Si la víctima, que ha sido objeto de explotación sexual, no muere y, solo resulta gravemente herida, se puede aplicar este supuesto de agravación, pero en grado de tentativa.

**f) Cuando concurren cualquiera de las circunstancias agravantes del artículo 108.**

38. El feminicidio se agravará, cuando concurren cualquiera de las circunstancias que se describen en el tipo penal de asesinato, es decir, cuando el agente da muerte a su víctima, por ferocidad, lucro, gran crueldad, o por placer, lo perpetró, para facilitar y/o ocultar otro delito o por los medios que empleó para ejecutar su delito, por fuego, explosión, veneno o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas.

<sup>137</sup> Véase Acuerdo plenario N° 3-2011/ CJ- 115, Lima 6 de diciembre de 2011, fundamentos 15, 16, 17 y 18.

Para la concurrencia de este tipo agravado, es preciso valorar que ninguna de las circunstancias detalladas en el tipo coincida en fundamento con cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 108-B del Código Penal, a efectos de evitar una doble valoración de la agravante, así por ejemplo, esto sucedería con la circunstancia de actos de mutilación y gran crueldad prevista en el art. 108, numeral 3.

### **g) La pena de cadena perpetua**

39. El último párrafo del artículo 108-B prevé la aplicación de cadena perpetua cuando concurren dos o más circunstancias agravantes.

Al respecto, debe señalarse que aun cuando se aluda a la aparente adecuación y reivindicación que introduce la reforma en el bien jurídico protegido “vida”, debido en concreto a que previo a la reforma, las penas previstas para los delitos contra el patrimonio o la libertad, eran en algunas ocasiones mucho más severas y duras que las propiamente previstas para los delitos contra la vida. Pese a ello, la previsión de una pena tan severa como la cadena perpetua no resulta bajo ningún supuesto amparable, pues contraría la finalidad de reinserción que deben tener las condenas según lo estipulado en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Peruana.

Las penas privativas de libertad de carácter temporal no excluyen el reingreso del penado al entorno social luego de cumplida la condena, hecho que no sucede cuando se impone la pena de cadena perpetua, pues aun cuando se invoque su carácter revisable, cabe reconocer que la institución de la “revisión de la pena de cadena perpetua” que fuere incorporada a través del Decreto Legislativo N° 921, de fecha diecisiete de enero del dos mil tres, no es garantía plena de la reinserción social del condenado, dado que dependerá de una evaluación positiva de la integración social del delincuente, de lo contrario, se mantendrá la privación de libertad, todo lo cual resulta contrario a los fines de reeducación y resocialización a los que deben atender las penas.

Ahora bien, efectivamente la vida constituye el bien jurídico de mayor importancia en nuestro orden penal, y aun cuando se reconoce que recién a partir de esta última reforma se puede apreciar finalmente cierta razonabilidad y coherencia en la gradualidad de las penas previstas en el Código Penal, sobre todo si se compara con las elevadas penas previstas para otros

delitos de menor gravedad como los delitos patrimoniales o contra la libertad; sin embargo, la previsión de una pena tan severa como la de cadena perpetua resulta excesivo e irracional, pues atenta contra la finalidad de reinserción que deben tener las condenas en nuestro sistema penal.

#### **4.3. Tipicidad Subjetiva.**

1. En lo que respecta al tipo subjetivo no hay mayores dificultades, debido a que conforme se desprende del Art. 108-b, su comisión será eminentemente dolosa.

#### **IV. Conclusiones**

1. El problema de la violencia contra la mujer es un fenómeno de alcance pluridisciplinar, siendo necesario afrontar esta clase de criminalidad, tanto con medidas preventivas, asistenciales y de intervención social a favor de la víctima, como con medios legislativos orientados a disuadir la comisión de estos delitos.

2. Frente al incesante aumento de las cifras de fallecimiento de mujeres a causa de actos de violencia ejercidos por los varones, el legislador nacional tomó la decisión de modificar los delitos contra la vida, introduciendo la figura del feminicidio. La configuración legal del feminicidio incorpora una tutela penal reforzada a favor de la mujer que muere a manos de un varón, bajo determinadas circunstancias que son descritas en el art. 108-B del Código penal. Tal agravación no se ha generalizado a otros tipos penales que también supondrían expresiones del fenómeno de la violencia contra la mujer, entiéndase, por ejemplo, las lesiones, coacciones, violación sexual, entre otros; sino que el legislador ha centrado su atención en el ataque más grave de violencia contra la mujer, esto es, el ataque contra la vida de la mujer.

3. El delito de feminicidio establece un trato jurídico-penal diferencial entre varón y mujer, incorporando una protección reforzada a favor de esta última. Así, en virtud del nuevo tipo penal, si un varón mata a una mujer en cualquiera de las circunstancias detalladas en el art. 108-B, se le impondrá una pena mínima de quince años; sin embargo, si es el varón quien resulta ser víctima de homicidio por parte de una mujer, en idénticas circunstancias, el hecho se calificará como homicidio simple, imponiéndose a la autora de los hechos una pena considerablemente menor en comparación con la prevista para el feminicidio.



4. Al interpretar la figura del feminicidio no se puede prescindir del concepto de violencia contra la mujer, o también denominada violencia de género, motivadora e inspiradora de la normativa penal a favor de la mujer. Así, es necesario tener en cuenta que el feminicidio no aparece por el mero hecho de que la víctima del homicidio sea mujer, sino que es preciso que exista un elemento adicional, cual es que esa conducta homicida pueda catalogarse como una manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los varones sobre las mujeres.

5. La diferenciación normativa que establece el delito de feminicidio, al combatir de forma más agravada al varón en comparación con la mujer, tiene un fundamento amparable, que reside en la mayor entidad lesiva del hecho producto de la situación de discriminación, desigualdad, abuso de poder que ejerce el varón contra la mujer. Es el contexto o situación de abuso de poder o de dominación con respecto a los miembros del sexo femenino, en lo que reside el mayor desvalor de la conducta y resultado, y consecuentemente lo que justifica la mayor gravedad que se asigna al feminicidio. Por tanto, la diferenciación jurídica resulta legítima y conciliable con el principio de igualdad, pues se basa en elementos diferenciadores y en la necesidad de protección, sin embargo, el principal problema del feminicidio radica en las consecuencias de las diferencias (elevadas penas) que terminan finalmente siendo desproporcionadas. Con ello, se infringe los principios de igualdad y proporcionalidad de las penas, aunado a la cuestionada y dudosa eficacia del recurso al derecho penal para resolver esta clase de situaciones.

6. La configuración legal del feminicidio produce adicionalmente un agravio comparativo, pues excluye al varón como sujeto pasivo del nuevo abanico de agravantes que contempla el tipo penal de feminicidio, pues se prevé una serie de circunstancias agravantes de la pena que no guardan precisamente relación con la esencia y naturaleza del feminicidio, por lo que no habría razón justificable para excluir al varón de aquella tutela penal reforzada.

7. Que la conducta del varón sea manifestación de la discriminación de la mujer, de aprovechamiento de la situación de desigualdad de la víctima, de las relaciones de poder y machismo de los varones sobre las mujeres, constituye un factor de agravación que no puede

presuponerse en ningún caso, sino que requiere de acreditación, sobre todo cuando el reproche penal se funda sobre la base del principio de culpabilidad.

8. Finalmente, debe señalarse que pese a la visibilidad y especificidad que innegablemente aporta la incorporación del tipo penal de feminicidio en la lucha frontal frente a la violencia contra la mujer, debe reconocerse que para sancionar de manera más grave la conducta de la violencia homicida que responde a un patrón de delincuencia machista o discriminadora no se necesitaba la agravación legal obligatoria y automática ni tampoco la creación de un tipo penal específico como el feminicidio, bastaba la aplicación de circunstancias agravantes generales reguladoras de la gravedad del injusto tales como el “abuso de superioridad” y “discriminación”, que se encuentran previstas en el art. 46, numeral 2, literal “d” y “f” del Código penal. Y aunque debe reconocerse que estas circunstancias fueron incorporadas en nuestra normativa recién a partir del diecinueve de agosto del dos mil trece, con la promulgación de la Ley N° 30076, es decir, con fecha posterior a las de las Leyes N° 29819 y 30068 que introdujeron y modificaron el feminicidio, no hay duda, que la circunstancias de agravación de la responsabilidad como las antes señaladas, permiten graduar la penalidad según el caso concreto y previa verificación, sin exclusión o limitación del amparo legal a ningún sexo, pues se trata de circunstancias neutrales en cuanto al sexo de los sujetos.