

Criterios jurídicos para la integración del enfoque de género en la teoría del delito a nivel de la tipicidad subjetiva

Legal criteria for the integration of the gender approach in the theory of crime at the level of subjective typicity

BRINGAS FLORES, Sandra Maribel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Integración del enfoque de género como categoría de análisis en el derecho. 2.1. El enfoque de género. III. Constitución Política, política criminal y el derecho penal: la dignidad de las personas como fin supremo del Estado. 3.1. Funcionalidad del derecho penal. 3.2. Derecho penal y enfoque de género. IV. Teoría del garantismo penal y la protección a la mujer de los delitos y las violencias. 4.1. *Ultima ratio* del derecho penal como propósito de un Estado democrático. V. Alcances del elemento «tipicidad y tipicidad subjetiva» dentro de la teoría del delito. 5.1. Elementos del tipo penal: subjetivo y objetivo. VI. Acerca de los criterios jurídicos para introducir el enfoque de género dentro de la tipicidad subjetiva a nivel de la teoría del delito. VII. Conclusiones. VIII. Referencias.

(*) Abogada. Maestra en Ciencias, mención Derecho Penal y Criminología. Fiscal Provincial (T) en Prevención del Delito del Distrito Fiscal de Cajamarca. Docente invitada de la Escuela de Posgrado de Unidad de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Correo electrónico: sandrabringas@gmail.com

Resumen: En la presente entrega, se expone la necesidad de contar con criterios jurídicos para la integración del enfoque de género en la teoría del delito a nivel de la tipicidad subjetiva, en aquellos delitos cualificados por la víctima mujer. Para ello, se señala que el enfoque de género es una herramienta metodológica que sirve para analizar el derecho, así como para evidenciar las relaciones disímiles y desventajas por los roles que la sociedad ha impuesto en perjuicio de las mujeres cuando son víctimas de un delito, lo que genera conflictos sustantivos y procesales a la hora de resolverlos penalmente. Por tal razón, desde el positivismo incluyente y el garantismo penal, se proponen cinco criterios jurídicos, con sustento constitucional y convencional, que deben tener en cuenta los intérpretes razonables de la ley para abordar desde la investigación un acto delictivo, consistentes en i) dignidad humana como bien jurídico general; ii) equidad y no discriminación como fundamento de un derecho antidiscriminatorio; iii) metodología y/o procedimiento que evidencia un reconocimiento de la víctima, su contexto, antecedentes y hechos debidamente acreditados; iv) precisión a principios básicos del derecho penal (principio de legalidad penal, taxatividad de la ley penal y ley cierta) y derecho procesal penal (debido proceso, presunción de inocencia, objetividad), y v) recurrencia al derecho penal ante hechos de reproche social intolerable por su impacto en la convivencia pacífica. La propuesta busca promover que el derecho penal se justifique si garantiza simultáneamente los derechos de la víctima y del potencial autor del delito.

Palabras clave: criterios jurídicos, enfoque de género, teoría del delito, tipicidad subjetiva

Abstract: In this installment, he exposes the need to have legal criteria for the integration of the gender approach in the Theory of Crime at the level of Subjective Typicality, in those crimes qualified by the female victim. For this, it is pointed out that the gender approach is a methodological tool that serves to analyze the law, evidencing the dissimilar relationships and disadvantages due to the roles that society has imposed to the detriment of women when they are victims of a crime. This generates substantive and procedural conflicts when it comes to resolving them criminally. For this reason, from inclusive positivism and criminal guarantees, we propose five legal criteria, with constitutional and conventional support, that reasonable interpreters of the law must take into account, to approach a criminal act from the investigation, consisting of: i) human dignity as a general legal good; ii) equity and non-discrimination as the basis of an anti-discrimination right; iii) Methodology and/or procedure that evidences an acknowledgment of the victim, its context, background, and

duly accredited facts; iv) accuracy of basic principles of criminal law (principle of criminal legality, strictness of criminal law and true law) and criminal procedural law (due process, presumption of innocence, objectivity), and v) recurrence to criminal law in the event of intolerable social reproach due to its impact on peaceful coexistence. The proposal seeks to promote that criminal law is justified if it simultaneously guarantees the rights of the victim and the potential perpetrator of the crime.

Keywords: *legal criteria, gender approach, crime theory, subjective typicity*

I. Introducción

En los últimos años el derecho penal peruano, debido a la incorporación del enfoque de género, ha sufrido diversas modificaciones en sus fundamentos sustantivos-dogmáticos a través de la tipificación de nuevos injustos y el incremento en el *quantum* de las penas de los delitos ya existentes, sobre todo aquellos cualificados por la víctima mujer. Estos cambios han sido motivados por la realidad de los diferentes tipos de violencias hacia la mujer. Esta violencia, manifestada de diferentes maneras por su género (mujer social y culturalmente contextualizada), ha conllevado a que se presenten diversos cambios en la legislación especial peruana (v. gr. Ley N.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, D. Leg. N.º 1323), en diferentes áreas del derecho, a causa del alto índice de casos de violencia sexual, familiar y física que tienen como víctimas a las mujeres.

De otro lado, ante el fracaso o percepción de falta de severidad para frenar esta violencia, la política criminal de nuestro país ha ido desarrollando una tendencia a la tipificación de delitos con perspectiva de género. De ese modo, se viene cambiando la postura tradicional del desarrollo del derecho, siempre analizado y desarrollado desde un enfoque aparentemente neutral, pero que no se ve reflejado en la jurisprudencia, sino que, como lo señala Julissa Mantilla, «ha resultado siendo causa y consecuencia de construcciones sociales y culturales que refuerzan modelos estereotipados y discriminatorios» (2017, p. 5). La doctrina penal ha mostrado, mayoritariamente, su oposición a la introducción de perspectivas diferenciadas en el abordaje de delitos que tienen como víctimas a las mujeres. Dicha postura se refleja en las propias sentencias judiciales y es la manifestación de la resistencia al análisis de una categoría como lo es el enfoque de género en la médula del derecho penal: la teoría del delito. Es más, ha generado dificultades en el abordaje de la tipicidad (calificación de un hecho al tipo

penal) relacionada con delitos vinculados a violencia sexual, feminicidio y aquellos derivados de violencia familiar, lo que evidencia dificultades procesales vinculados con la valoración de la prueba.

En este escenario, apreciamos que la tendencia de nuestra política criminal obliga a repensar el análisis de la teoría del delito y, principalmente, el análisis de la tipicidad subjetiva, donde la valoración de la acción genera posturas contradictorias, pese a la necesidad dogmática penal sobre el elemento subjetivo del tipo —la discriminación— y los criterios para determinarlo en los casos de violencia de género, cuya materialización se da en aquellos delitos que tienen como sujeto pasivo a una víctima mujer.

II. Integración del enfoque de género como categoría de análisis en el derecho

2.1. El enfoque de género

El concepto de «género» se entiende como una categoría donde, en buena cuenta, la perspectiva, el enfoque de género o la perspectiva de igualdad de género (en términos del Tribunal Constitucional peruano) evidencian la desigualdad en relaciones en las que se encuentran las mujeres respecto de los hombres, donde las primeras se hallan en un especial y desventajoso estado de vulnerabilidad.

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

Patricia Ruiz (1998), McDowell (2009), Villanueva Flores (2009) y Susana Mosquera (2017) coinciden en señalar que la categoría género, como enfoque, contribuye a explicar esta desigualdad existente entre hombres y mujeres, y lo que este desequilibrio presenta en sus vidas, así como también en la organización social. A partir de los roles que se les asigna por sus diferencias biológicas, se pueden advertir situaciones que perjudican a uno de los sexos, pero con mayor incidencia a las mujeres.

Estas diferencias entre hombres y mujeres, por la diferencia biológica, trascienden también en el plano de las relaciones jurídicas y, por tanto, en el derecho en general. Dentro de las tres características que Frances Olsen (2009, p. 138) presenta de los dualismos, la tercera identifica al derecho con el lado masculino.

Este término nacido en el campo de las ciencias sociales ha sido introducido en el derecho (de manera particular en los derechos humanos), y no con pacífica aceptación, más aún cuando su análisis y aspectos circundantes vinculados con los valores y la práctica social ha merecido que el poder punitivo del Estado lo aprehenda para legislar y recoger una problemática compleja y estructural relacionada con la violencia en contra de la mujer y sus múltiples manifestaciones.

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

El término «enfoque de género», conforme a lo que recoge la Ley N.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, señala que, por él, se reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres construidas sobre la base de las diferencias de género, una de las principales causas principales de violencia contra las mujeres (art. 3, inc. 1).

No obstante ello, se puede decir que tanto el enfoque de género como la perspectiva de género aluden a asuntos de discriminación por razón de género, que comprenden actos de violencia contra las mujeres o un tratamiento distinto del derecho que termina afectando la forma o modo en que se abordan los conflictos que producto de las relaciones se pueden

presentar. De modo tal que, por el enfoque de género, se puede advertir, dentro de un análisis de los dualismos, que el derecho siempre se ha ubicado del lado masculino por una jerarquización y sexualización de las relaciones interpersonales y dualismos que clasifican a los seres humanos.

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

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

No obstante, contamos con el artículo 44, Título II, referido al Estado y la Nación, que en su primer párrafo prescribe:

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

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

La justificación constitucional de esta necesidad la encontramos en este vínculo que, necesariamente, tiene el derecho constitucional con el derecho penal, pues garantiza, en palabras de Tiedemann (2003, p. 15), que «la ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias». Ello es fundamental porque concreta el principio de proporcionalidad y subsidiaridad del derecho penal; y es garantía de la

existencia a los límites al poder punitivo del Estado, que va en consonancia con el artículo 1 de la carta fundamental que promueve la protección de la persona humana y su dignidad.

Garaycott Orellana (2012) señala que, de la lectura de los artículos que contempla nuestra Constitución, de manera dispersa, se puede colegir que en el ámbito jurídico-constitucional no se dio una norma —ni hay— que de modo expreso regule la política criminal. Su existencia es difusa, como lo son las normas constitucionales que se orientan a regular y exponer una sanción punitiva para aquel que conculca un bien jurídico protegido por el derecho penal. Existe, entonces, una respuesta en función del momento histórico o mediático que se vive. Probablemente se recurra a un simbolismo o a un derecho penal simbólico y populista que crea un escenario expectante y de fantasía, pero que en la práctica no soluciona el problema.

3.1. Funcionalidad del derecho penal

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

Es de apreciar que teóricos como Zaffaroni (1980, p. 32), Villavicencio Terreros (2014), Roxin (1997), García-Pablos De Molina (2009) y Pérez López (2021, p. 36) coincidan en que la función del derecho penal tiene relación con la protección o tutela de bienes jurídicos a través de regular la conducta humana externa, puesto que está orientado a la protección de derechos fundamentales, mediante la imposición de una sanción, y así cumplir su rol de ser un medio de control social del Estado y de intervención subsidiaria. Todo ello en busca de la convivencia pacífica de la sociedad. Mientras tanto, el penalista mexicano Jiménez Cano (2008, p. 23) señala que, en primer lugar, el objeto del derecho penal es el comportamiento criminal y sus cualidades, como tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; y, en segundo lugar, que también se debe tener en cuenta a las teorías de la protección de los bienes jurídicos, el aseguramiento de la convivencia humana y la motivación del derecho penal.

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

Sostenemos que el derecho penal *como instrumento de control social formal* está orientado a la protección de bienes jurídicos de especial relevancia para la convivencia en sociedad. Esa es la justificación para que la norma penal (Código Penal), en su parte sustantiva, posicione a la vida como el primer bien jurídico a proteger, vinculada con la integridad física y la salud (art. 106 CP). Y es que la dimensión vital de la persona comprende, en primer orden, a la vida como un principio, sin el cual todos los derechos fundamentales no tendrían sustento ontológico, ya que no tiene sentido hablar de derechos más allá de la existencia humana.

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

3.2. Derecho penal y enfoque de género

El derecho siempre ha sido cuestionado por la crítica feminista, porque en la práctica ha pretendido ser neutral y objetivo. Incluso siempre se ha asumido que es racional, objetivo, abstracto y universal; sin embargo, a pesar de los esfuerzos de que, desde la ley, se desarrolle con igualdad formal, en la práctica, existe la aplicación del derecho con vicios de discriminación. Frances Olsen (2009, p. 140), así como otros autores, señala que se identifica el derecho con los lados jerárquicamente superiores y «masculinos» de los dualismos, por lo que afirman categóricamente que

el derecho es masculino y no femenino. Este autor sugiere que las características que se le han dado al derecho se relacionan con lo racional, objetivo, abstracto y universal, todo lo cual alude a los atributos de lo masculino. Lo contrario significaría atribuirle las características de lo femenino, desde la perspectiva de los hombres, por eso es tan valorado por esas características de racional y objetivo.

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

El artículo 1 de nuestra Constitución Política peruana, al igual que la Constitución colombiana, establece que «la persona y el respeto de su dignidad, son el fin supremo de la sociedad y del Estado». Esta directriz constituye la norma rectora de la ley penal de nuestro ordenamiento, puesto que, en la actualidad, el derecho penal democrático debe someter el cuerpo normativo al análisis constitucional, en tanto y en cuanto son los bienes jurídicos, libertad y dignidad de la persona, los involucrados y afectados cuando el *ius puniendi* del Estado interviene para sancionar una conducta que quebranta la convivencia social y hace que el acto antisocial se convierta en intolerable e irreprochable.

En definitiva, el derecho penal encuentra su límite en una norma superior a la ordinaria (Bricola 1973, p. xxi), lo que significa que es la Constitución Política la norma que en aspectos sustantivos y procesales se convierte en el instrumento de control de lo analizado por los jueces frente a un conflicto penal. De lo anterior se infiere que el análisis del delito, la concepción del hecho típico, del ilícito de la culpabilidad, la sistemática y la dogmática clásicas están condicionadas, en parte, por el dictado constitucional. De allí que en la perspectiva de este autor —la cual compartimos— devienen en importantes aspectos relacionados con los fines de la pena: ¿qué bienes jurídicos proteger?, ¿contra qué formas de agresión y niveles de lesividad?, ¿cuáles son fuentes legítimas?, entre otras. Para este autor, tanto el parlamento como el juez deben adherirse a la normativa

constitucional de los principios y las reglas que deben guiar al legislador y al intérprete. Al respecto, Klaus Tiedemann (2003, pp. 47-49) precisa la importancia de que la norma penal, en su parte especial, concuerde, entre otros aspectos, con las garantías vinculadas al individuo y como derecho subjetivo fundamental, respecto a la certeza de lo que el legislador decida sancionar como delito.

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

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

La Constitución Política comprende un programa penal que se erige, o debería hacerlo, sobre la base de garantías y derechos, más allá de lo meramente establecido por la ley. Este programa penal debe estar claramente expuesto porque el derecho constitucional no solamente influye, sino que marca el sendero de criminalización de conductas que debe seguir el legislador en el marco de un Estado constitucional de derecho, que abarca tres aspectos importantes a tener en cuenta: la prevención, la sanción y la resocialización de aquel que es encontrado responsable penalmente.

En este entender, y no con menos razón, Klaus Tiedemann (2003, p. 15) señala que la relación entre derecho constitucional y derecho penal es un tema presente en todos los tratados de ambas disciplinas, desde los tiempos de la Ilustración. Para este autor, «la Ley no debe establecer más penas que la estricta y manifiestamente necesarias», por lo que recurre, entonces, al principio de la razonabilidad, valora la dignidad de la persona y, de algún modo, apuesta por la resocialización de la persona condenada,

puesto que una pena como la cadena perpetua —impuesta para el caso de los delitos sexuales— significa negar este fin de la pena y, más bien, podría entenderse como retribucionismo duro y puro.

Sobre este punto, no solo concordamos, sino que resaltamos que recurrir a un derecho penal de naturaleza liberal, donde su construcción debe hacerse en función de un derecho penal justo y con garantías, además de ser evidente, garantiza un real Estado de derecho y respeto a la dignidad de la persona. Así lo declara el artículo 1 de nuestra Constitución Política, que la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado. Ahora bien, no solo los derechos relativos a la justicia, sino también aquellos relacionados con las garantías que la Constitución contempla; por ejemplo, los derechos-principios contemplados en la carta magna, especialmente el derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece (art. 2, inc.1), al igual que el derecho a la igualdad ante la ley, que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole (art. 24, inc. 2). Estos son derechos que sirven de sustento para la protección de la vida, la salud y la integridad física. Lo propio ocurre, cuando la norma fundamental alude (art. 2, inc. 24) lo siguiente:

Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

Este es el fundamento de garantías procesales que todo procesal penal debe contemplar.

En este sentido, la Constitución Política no agota su presencia en el derecho penal, sino que, además, ejerce influencia en la política criminal. Esto es así sobre la base de los principios y valores que ella contempla, y que además declara su protección (como la dignidad y el respeto a la vida de las personas). Al respecto, Klaus Tiedemann (2003, p. 21) indica que la dogmática del sistema penal es asunto de la doctrina y la jurisprudencia, lo cual implica que forma parte de un «derecho ordinario» y es monopolio de la «jurisdicción ordinaria».

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

IV. Teoría del garantismo penal y la protección a la mujer de los delitos y las violencias

La teoría del garantismo penal, cuyo exponente es Luigi Ferrajoli, explica los postulados del modelo garantista del constitucionalismo y el derecho penal. Actualmente, frente a la recurrencia del legislador como primera opción del derecho penal para sancionar los diversos delitos y las violencias que afectan a la mujer en cualquier etapa de su vida, Bernal Pulido (2005), en su libro *El derecho de los derechos*, aborda, desde el principio de proporcionalidad, la necesidad de hacer un control constitucional de los tipos penales y de las penas. Ello con el propósito de determinar aquellos límites que posee el legislador en su potestad-facultad propositiva y creadora de tipos penales, por la especial relevancia que ello tiene frente a los derechos fundamentales.

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

Es por esta razón que Luigi Ferrajoli desarrolla la teoría del garantismo penal y, como su máximo exponente, propugne la necesidad de recurrir de manera mínima al derecho penal, es decir, que esta recurrencia se dé, siempre que se justifique la tutela a la víctima, pero también al autor. Si bien este autor se inclina por el positivismo jurídico y sustenta que el derecho penal tiene una ineludible separación de la moral, su teoría es suma-

mente importante cuando se trata de postular la restricción de libertades desde el derecho penal, solo si esta intervención no es abusiva o arbitraria.

Con referencia a los fundamentos del derecho penal, Ferrajoli (1989, pp. 213-214) menciona que existe una justificación externa y legitimación interna del derecho penal. Estos dos conceptos sustentan de «legitimidad» y de «legitimación» del derecho penal. Las primeras tienen que ver con las razones externas, esto es, si la aplicación de algunos institutos del derecho penal es justa con arreglo a criterios morales, políticos, racionales, naturales, sobrenaturales; mientras que el segundo con razones internas por las normas de derecho positivo.

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

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

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

4.1. *Ultima ratio* del derecho penal como propósito de un Estado democrático

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

De modo tal que el principio de *ultima ratio*, al vincularlo con el principio de mínima intervención del sistema penal, de acuerdo con lo vertido por Castillo Alva (2004, pp. 210-211), este viene a constituir un criterio político criminal que no se puede sustituir, pues orienta y dirige la actividad jurídico-penal de un Estado democrático donde se busca garantizar la convivencia humana bajo una cultura pacífica y de respeto a la libertad de la persona.

Por tanto, como es un principio político-dogmático, en buena cuenta, el Estado debe considerarlo en todos los delitos, y no solo para aquellos que pudieran generar alarma social, puesto que podría incurrirse en un Estado totalitario, ya que «[...] la pena o medida de seguridad no puede verse como el primer recurso de lucha contra la delincuencia, sino como la última arma, dado que es la más dura y grave de todas las sanciones estatales conocidas» (Castillo Alva, 2004, p. 211). Es evidente que el derecho penal debe intervenir cuando los otros medios formales e informales de control social han fracasado, es decir, que se han fomentado escenarios de riesgo de tipo familiar, personal o comunitario.

Sin embargo, según Garaycott (2012, p. 55), al carecer de una regulación expresa y específica de una política criminal en la Constitución Política de 1993, resulta fundamental un Estado constitucional de derecho, lo mismo como norma-principio que como norma-regla (entendiéndose como mandatos que prescriben actuación concreta), desde las cuales se determinen y delimiten a las diversas áreas del derecho, y porque, además —como lo señala este autor—, la Constitución es facilitadora de la política criminal, mientras que esta viabiliza también la eficacia de la norma constitucional. Existe una simbiosis y relación recíproca entre ambas.

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

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

Ahora bien, cabe citar lo que señala Castillo Alva sobre el principio de intervención mínima y su comprensión de los subprincipios de fragmentariedad y subsidiaridad. Este autor precisa que el derecho penal, como es la *ultima ratio* del orden jurídico, interviene cuando otros resortes de la política social son insuficientes, y, al reparar en ello, mediante determinados tipos penales y solo en los fragmentos más graves de ilicitud, lo cual se puede resumir en la siguiente frase: «un mínimo de intervención con un máximo de eficiencia» (2004, p. 217).

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

V. Alcances del elemento «tipicidad y tipicidad subjetiva» dentro de la teoría del delito

Dentro de un sistema teleológico-racional, el tipo posee tres funciones, al decir de Roxin (1997, p. 277), que se deben tener en cuenta: i) función sistemática, ii) la dogmática y iii) una político-criminal. El mencionado autor explica que la función sistemática del tipo consiste en la descripción del comportamiento prohibido con todas sus características.

La función dogmática del tipo radica en la descripción de los elementos, cuyo desconocimiento excluye el dolo. Y, finalmente, su función político-criminal comprende la realización del principio *nullum crimen sine lege*.

Entonces, la importancia de la tipicidad como categoría radica en que cumple con una función de prevención general negativa (cuando se hace alusión a la pena) y de prevención general positiva (cuando se intenta fijar en el colectivo social), pues persigue un propósito de formación de conciencia social de las normas. De allí que se señale que:

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

El derecho penal, por medio de la conminación e imposición de sanciones, espera —en un ideal de deber ser— que la población se contramotive, que se guarde fiel a la norma. A través del tamiz que significa la teoría del delito y sus componentes, previa verificación del principio de legalidad, se podrá imponer una pena y, por lo tanto, se podrá generar conciencia en el autor y en la población.

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

La tipicidad es un elemento muy importante de la teoría del delito, además de que constituye el núcleo de cada tipo penal. Su construcción se da mediante la precisa descripción de una conducta humana, bajo el cumplimiento del principio de legalidad, representada como acción. Mayer

(2007, p. 113) señala que las modalidades de la acción forman una esfera restringida, y se encuentran comprendidas los elementos de tipo legal que añaden de modo esencial una relación de la acción con el espacio y tiempo o con un determinado objeto o sujeto. De modo tal que las modalidades de la acción son de modo enteramente igual que sus partes integrantes, elementos del tipo legal.

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

5.1. Elementos del tipo penal: subjetivo y objetivo

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

Esta interesante propuesta radica en la necesidad de contar con una teoría de la prueba del dolo, la cual no debe incurrir en el error de buscar probar el conocimiento que requiere el dolo por medio de una investigación acerca de la existencia o no de una entidad psicológicamente real situada en el ámbito interno del autor. Porciúncula afirma que «es justamente a través de lo externo, es decir, a través del comportamiento del autor y de sus circunstancias, con lo que podemos verificar lo que él conocía» (2014, p. 309). Y agrega: «[...] el conocimiento exigido en el dolo no es una entidad psicológicamente real situada en el ámbito interno del autor, sino un componente de un sentido exteriorizado». Para este autor, el contexto social constitutivo del significado de la acción se convierte en el criterio para la atribución del conocimiento requerido por el dolo; todo dolo se vuelve, así, un *dolus in actio ipsa*. El contexto marca una pauta importante en el caso de los delitos, donde la víctima es una mujer. De allí que se requiere una propuesta, que, además de analizar el dolo y ese elemento subjetivo trascendente, también analice el móvil, donde podemos ubicar el contexto y condiciones de las partes de un delito.

VI. Acerca de los criterios jurídicos para introducir el enfoque de género dentro de la tipicidad subjetiva a nivel de la teoría del delito

Llegado a este momento, y habiendo expuesto algunas ideas sobre la necesidad de que la recurrencia al derecho penal se dé bajo el principio de mínima intervención y respetando derechos y garantías de la dualidad víctima-imputado, sumado a lo complejo que resulta todavía introducir el enfoque de género dentro de la tipicidad subjetiva a nivel de la teoría del delito y las cuestiones problemáticas que su aplicación ha generado, proponemos cinco criterios jurídicos que se necesitan para hacer uso del enfoque de género a nivel de la tipicidad subjetiva dentro del análisis que todo delito sigue, pero en particular los delitos que tienen a una víctima mujer. Estos criterios servirán también para tutelar principios y garantías para la contraparte: el autor del delito. Dichos criterios son los siguientes:

1.1. Dignidad humana como derecho y principio constitucional

La dignidad de la persona y su propuesta de protección nace en el positivismo jurídico. Su concepción se relaciona también con la protección de aspectos como la libertad, la igualdad y no discriminación, que,

en buena cuenta, constituyen «valores básicos superiores», de obligatoria acogida por los Estados, tal como lo señala Mesía Ramírez el núcleo y fundamento de este nuevo orden habría de ser la dignidad humana (2004, p. 19). Respecto a la dignidad, es importante tener en cuenta que sus alcances y diversas denominaciones encierran aquel valor supremo de la que es poseedor el ser humano, independientemente de su sexo. En esta línea, es de apreciar que la persona ocupa un lugar privilegiado y con absoluto valor jurídico, oponible frente a todos, por lo que la ley desde su dación y aplicación, no debe generar distinciones entre las personas (hombres y mujeres) tomando como base el sexo.

1.2. Equidad y no discriminación como fundamento de un derecho antidiscriminatorio

De acuerdo con Anders Kompass (2005, p. 95), la igualdad es la piedra angular de toda sociedad que aspire a la democracia, la justicia social y el pleno respeto de los derechos humanos. Por ello, dentro de los estándares de protección del derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido diversas sentencias que definen y comprenden los alcances de este principio-derecho. La igualdad es relativa, mientras que la equidad es el propósito que busca generar la intervención del derecho penal que no genere sobrecriminalización de conductas, en perjuicio de perpetuar estereotipos en desmedro de uno de los sexos, para no incurrir en discriminación.

En buena cuenta, este principio-derecho coloca a las personas en un plano de equivalencia. La consideración del derecho principio igualdad es importante para la integración del enfoque de género, ya que permitirá construir un derecho igualitario; sin embargo, generar igualdad material entre hombres y mujeres es un proceso lento y de proyección con cambios de estereotipos.

Este principio implicará una valoración de la conducta previa evaluación de los hechos. Al momento de la valoración de la conducta, y su calificación, esta debe hacerse a nivel de la tipicidad subjetiva de los delitos cualificados por la víctima mujer, lo cual viene a constituir la igualdad y no discriminación como fundamento de un derecho antidiscriminatorio. Esto es así porque en la investigación ha quedado sentado que el derecho por años no ha mantenido una postura neutral; y en cambio, ha generado mecanismos y procedimientos jurídicos establecidos en perjuicio de las mujeres.

De acuerdo con lo señalado por Barrére Unzueta (2014), el derecho antidiscriminatorio fue resultado de la evidencia de desigualdades, planteado por las minorías que veían afectados sus derechos civiles por la «raza», para luego también considerar entre otros aspectos el sexo. Sin embargo, desde la impartición de justicia, e incluso desde el nivel de la investigación del delito, obliga que, actualmente, desde el enfoque de género, se deba contextualizar los hechos en procura de generar prueba, pero también de promover igualdad material. Al respecto, Poyatos i Matas (2017) señala:

Hay dos formas de impartir justicia: hacerlo formal y mecánicamente y hacerlo de forma contextualizada con equidad y perspectiva de género. La primera perpetúa las sistemáticas asimétricas sociales entre sexo, la segunda, en cambio, camina hacia una sociedad igualitaria. Una justicia sin perspectiva de género, no es justicia». (p. 180)

Por lo tanto, el enfoque de género promoverá, desde un análisis jurídico, relaciones equitativas entre los sexos.

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

Un tercer criterio jurídico a incorporar, tal como lo hemos visto durante la investigación, es la «metodología y/o procedimiento que evidencia un reconocimiento de la víctima, su contexto, antecedentes y hechos debidamente acreditados». Este criterio se presenta con relación a la víctima, debido a que, como se presenta en la parte general del Código Penal (arts. 45-46 E), el legislador contempla una serie de presupuestos relacionados con la aplicación de la pena, siempre en función, por tanto, con el autor del delito, a saber: los presupuestos para fundamentar y determinar la pena (art. 45), consideraciones para la individualización de la pena (art. 45-A), circunstancias de atenuación y agravación (art. 46), circunstancia agravante por condición del sujeto activo (art. 46-A), entre otros aspectos. Sin embargo, no existe un capítulo dedicado a las consideraciones o aspectos que el juzgador debe tener respecto a la víctima.

Entonces, el punto de partida para analizar el delito es tener en cuenta la realidad vivida por la víctima. Por tal motivo, Susan Emmenegger (2001, p. 44) señala, en alusión al estudio de los métodos de las críticas feministas, que, aunque es una cuestión parcial y subjetiva, limitada a las experiencias

de una población limitada (en este caso de las víctimas), es necesario tener presente «la cuestión femenina». Sin embargo, también cabe traer la propuesta de Luigi Ferrajoli (1989), pues corresponde advertir los derechos y libertades que un derecho penal democrático debe tutelar cuando se trata de imponer la máxima violencia estatal: la pena. Concordamos con ello, pues es necesario conocer si el derecho aborda la realidad social femenina de la misma forma como lo hace con la realidad social masculina, más si en este último caso el agresor, en los delitos donde la víctima mujer, es predominantemente un varón. En efecto, en la mayoría de las veces parte por abordar los hechos desde los prejuicios machistas. De allí que, tal como lo señala Poyatos Matos (2017, p. 174), en alusión a la importancia de juzgar con perspectiva de género, «debe partirse de los estereotipos, prejuicios y roles sexistas como base de la discriminación contra las mujeres».

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

Al respecto, como se ha podido señalar en el marco teórico de la presente investigación, el enfoque de género permitirá precisar un procedimiento respecto al análisis de aquellos delitos donde la víctima es una mujer, y exige que se analice el factor subjetivo distinto al dolo que implica analizar el contexto que rodea los hechos vinculados a la historia de la víctima y del agresor, sus antecedentes vinculados a aquellos elementos fácticos que rodean los hechos generan el delito; que se encuentren acreditados con métodos o procedimientos técnicos (peritajes antropológicos, psicológicos, físicos, etc.) y documentales (declaraciones testimoniales, referenciales, videos, documentos, o en el contexto, antecedentes y hechos debidamente acreditados.

El enfoque de género dentro del abordaje de delitos vinculados a una víctima mujer implica, entonces, reconocer como un criterio jurídico el contexto de la víctima que genere un marco de actuación de las autoridades

vinculadas con la precisión a principios básicos del derecho penal (principio de legalidad penal, taxatividad de la ley penal y ley cierta) y derecho procesal penal (debido proceso, presunción de inocencia, objetividad).

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

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

Al respecto, se debe tener en cuenta que, en el ejercicio de la función jurisdiccional, los jueces cuentan con poderes discrecionales o arbitrarios al momento de resolver los casos (y cabe la posibilidad de que se puedan incluir a las posturas discriminatorias, sexistas y prejuiciosas), lo que hace que el juez determine el sentido de una norma. Sin embargo, como se ha podido verificar desde la redacción de los tipos penales que se van incorporando al catálogo penal, se advierte la forma cómo la norma va dirigiendo la actuación de la autoridad desde la asunción de un caso, puesto que tiene como resultado que se considere que el acceso a la tutela judicial efectiva implique asumir como verdad lo que se denuncie.

En este punto, consideramos muy importante no perder el principio de objetividad, precisamente, para que la dignidad como criterio jurídico no se vea perjudicado en el caso del agresor; principio que se recoge muy claramente en el Código Procesal Penal (artículo IV), cuando se refiere al titular de la acción penal (el fiscal penal), y prescribe como una «obligación a actuar con objetividad», esto es, indagar los hechos constitutivos del delito, así como también los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Ahora bien, durante el desarrollo del presente trabajo, hemos advertido, de acuerdo a las referencias verificadas y evidencias analizadas, que existe una tendencia a priorizar en el análisis del enfoque de género en favor del sexo femenino, lo que, en buena cuenta, en su mala aplicación como herramienta de análisis, puede generar afectación a estos principios y garantías de connotación constitucional.

Conforme este criterio, se debe tener especial interés en considerar los principios de legalidad penal (taxatividad de la ley penal, mínima intervención) y derecho procesal penal (debido proceso, presunción de inocencia, objetividad); propios de un Estado democrático de derecho, donde la importancia a la dignidad de la persona y su libertad poseen un sentido moral más que jurídico, ya que la perspectiva no solo debe ser tutelar a la víctima, sino también abordar la realidad del autor.

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

Tal como se ha podido analizar hasta aquí, la recurrencia al derecho penal denota una utilización de esa característica simbólica, en cuanto colabora a reconocer o hacer visibles aquellos problemas con carga de negatividad para las mujeres, pues ellas son las víctimas principalmente (por ejemplo, casos de abuso sexual). Se recurre al derecho penal por la amenaza o coerción que significa la existencia de un tipo penal, a través del cual se impone una pena no simbólica, a la que se le agrega la imposibilidad de que su autor una vez sancionado merezca beneficios penitenciarios.

Este criterio jurídico tiene que ver con un principio fundamental del derecho penal, relacionado con el «principio de mínima intervención». García Pablos De Molina (2009, p. 506) sostiene y con razón lo siguiente:

[...] en definitiva uno de los objetivos prioritarios de las Ciencias Penales y Criminológicas de nuestro tiempo, es verificar la racionalidad y coste social de los medios que utiliza el Estado para el control de la delincuencia, sometiendo a límites rigurosos el empleo del más devastador de todos: «la pena» y agrega, limitar con rigor el *ius puniendi*, es el reto más claro que tiene la ciencia penal.

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

integración del enfoque de género a nivel de la teoría del derecho penal, y por ende una postura cerrada del derecho penal frente a los tipos penales género específicos que vayan exigiendo una mirada desde la desigualdad, pues existe un sistema convencional de protección a los derechos humanos que así lo exige, pues la violencia en cualquiera de sus manifestaciones se ha dirigido a conculcar y afectar sinceramente, derechos de las mujeres que, desde la perspectiva del derecho penal, ha terminado lesionando bienes jurídicos, objetivo del derecho penal.

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

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

VII. Conclusiones

- Existe base constitucional de derecho convencional y filosófico para determinar la especial relevancia del enfoque de género en la política criminal de nuestro país, que le da sustento a la modificación de la ley penal para sancionar aquellas conductas que, por el desvalor de la acción o la conducta del sujeto agente, justifica el poder punitivo del Estado. Sin embargo, la comprensión limitada de sus alcances, relacionados con el derecho-principio de igualdad, ha conllevado a la criminalización de conductas que podrían representar una mínima lesividad de bienes jurídicos, trastocando principios penales sustantivos de un Estado democrático, social de derecho: mínima intervención, proporcionalidad y humanidad de penas.
- El enfoque de género es una herramienta importante que permite analizar y criticar el derecho desde una perspectiva no neutral, pero objetiva. Por ello, para que sea parte de la dogmática de la teoría del delito, a nivel de tipicidad subjetiva en los delitos donde la víctima es mujer, se requiere como sustento la consideración de circunstancias particulares que le dan contexto a aquellos delitos cuya valoración diferenciada es obligatoria (v. gr. feminicidio, agresiones en contra la mujer y los integrantes de del grupo familiar, violencia sexual y lesiones contra la mujer y los integrantes del grupo familiar). Todo ello sobre la base a los derechos-principios de dignidad e igualdad entre las personas.
- La dinámica creadora de tipos penales (a nivel de derecho penal parte especial), como acto de política criminal, es casi siempre un acto de desafío a la teoría del delito. Esta estructura se compone de los elementos de acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; postulados que son inmovibles. Es el tipo penal el que debe ser evaluado, a través de la intervención del fiscal y el juez, en las secuencias preestablecidas por la norma procesal penal. Lo deben hacer desde la base constitucional, convencional y bajo dogmática penal. El resultado del tipo penal, que es conmovido por el enfoque de género, tiene que ser, por verificación, en resultados probatorios del delito, es decir, casi siempre se verifica a partir de la comisión de un acto delictivo.
- De cara al abordaje de los delitos donde la víctima es mujer, se requiere que el enfoque de género sea introducido en la tipicidad subjetiva, analizando la acción no desde el dolo, sino desde el factor discriminación, como un elemento distinto al dolo, pero de carácter subjetivo,

que evidencia la relación asimétrica entre la víctima y el agresor. El enfoque de género necesita sustentarse en criterios jurídicos para que permita que el operador jurídico pueda evaluar una conducta en el plano de la tipicidad, a efecto de evitar la sobre criminalización de conductas. Estos criterios jurídicos permiten garantizar derechos de la víctima como del agresor, desde la etapa de la investigación del hecho, durante el proceso y juzgamiento.

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

VIII. Referencias

- Bacigalupo, E. (2005). *Derecho penal y el Estado de derecho*. Editorial Jurídica de Chile.
- Barllett Katharine T., & Alvites Alvites, E. (Coords.). (2011). *Métodos Feministas en el Derecho: aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana*. Palestra Editores.
- Barrére Unzueta, M. de los Á. (2014). *El derecho antidiscriminatorio y sus límites. Especial referencia a la perspectiva iusfeminista*. Grijley.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El Derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. ISBN 9789586169028
- Bricola, F. (1973). Teoría Generale del Reato en Novísimo digesto italiano (vol. 19). En, *Colección Maestros del Derecho Penal*, N.º 38. UTET.
- Carmona Cuenca, Encarna. (2015). La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos. Cuadernos y Debates. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Castillo Alva, J. L. (2004). *Principios del derecho penal. Parte general*. Gaceta Jurídica.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo Penal. La fuente del sistema acusatorio*. Colección Lecturas Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México.

- Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Colección Series y Procesos. Editorial Trotta.
- García Pablos De Molina, A. (2009). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Centro de Educación Continua. Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Garaycot Orellana, N. O. (2012). *Política criminal en la Constitución Política del Perú. Análisis crítico sobre la ausencia de política criminal como sistema en la Constitución Política del Perú*.
- Jiménez Cano, R. M. (2008). *Una metateoría del positivismo jurídico*. Marcial Pons.
- Kompas, A. (2005). *Violencia, género y derecho. Femicidio, justicia de Derecho*. Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, LIX Legislatura.
- Mantilla Falcón, J. (2017). *Manual. Curso protección contra la violencia de género y el grupo familiar*. Academia de la Magistratura.
- Mayer, M. E. (2007). Derecho penal. Parte general. En J. C. Faira (Ed.), *Maestros del Derecho Penal*. Editorial B de F.
- McDowell, L. (2009). *La definición de género. El género en el derecho. Ensayos Críticos*. Serie Justicia y Derechos Humanos. Neconstitucionalismo y Sociedad. Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos.
- Mosquera, S. (2017). Mujer y género en el derecho internacional de los derechos humanos. Mujer y Constitución. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales – Tribunal Constitucional del Perú.
- Olsen, Frances. (2009). *El sexo del derecho. El género en el derecho. Ensayos críticos*. Serie Justicia y Derechos Humanos Neconstitucionalismo y Sociedad. Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos.
- Poyatos i Matas, G. (2017). Sentencia pionera en España que define jurídicamente y aplica la técnica de «juzgar con perspectiva de género». *Mujer y Constitución. Revista peruana de Derecho Constitucional*.
- Pérez López, J. (2021). *Derecho penal. Parte general*. Instituto Pacífico
- Rivas La Madrid, S. (2018). Interpretación sistemática al tipo penal de agresiones entre los integrantes del grupo familiar. *Actualidad Penal*, (50).
- Rivas La Madrid, S. (2019). ¿La calidad de la víctima o las relaciones de poder y sometimiento? Un análisis sobre cuál es el desvalor de la

- conducta en los delitos de violencia de género y contra los integrantes del grupo familiar. *Actualidad Penal*, (58).
- Rivas La Madrid, S. (2020). Los Avances en la interpretación de la otra pandemia: la violencia familiar. Comentarios al Recurso de Nulidad N.º 2030-2019. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (134).
- Ruiz Bravo, P. (1998). Una aproximación al concepto de género. En, *Sobre género, derecho y discriminación*. Pontificia Universidad Católica del Perú - Defensoría del Pueblo.
- Tiedemann, K. (2003). Constitución y derecho penal. *Serie Derechos y Garantías*, (7).
- Villanueva Flores, R. (2011). Tipificar el feminicidio: ¿la huida simplista al derecho penal? En S. Chiarotti (Ed.^a), *Contribuciones al debate sobre la tipificación Penal del Feminicidio/femicidio*. Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM).
- Toledo Vásquez, P. (2010). Tipificación del feminicidio/feminicidio: otra vía hacia el abandono de la neutralidad de género en el Derecho penal frente a la violencia contra las mujeres. En D. Heim y E. Bodelón (Coord.^{as}), *Derecho, género e igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas* (vol. 2, pp. 163-178).
- Zaffaroni, E. R., Aliaga, A. y Slokar, A. (2005). *Manual de derecho penal, Parte general*.
- Zaffaroni, E. R. (2009). El discurso feminista y el poder punitivo. En Género en el derecho. *Ensayos críticos*. Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Zaffaroni, E. R., Bailone M. y Mavila León, R. (2017). *Dogmática penal y criminología cautelar. Una introducción a la criminología cautelar con especial énfasis en la criminología mediática*. Ideas Solución Editorial.
- Zaffaroni, E. R. (2011). *La palabra de los muertos. Conferencias de Criminología Cautelar* (1.^a reimp.).
- Zaffaroni, E. R. (2017). *Dogmática penal y criminología cautelar*. Ideas Solución Editorial.