

UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



EL ESTADO DE EBRIEDAD O DROGADICCIÓN COMO
AGRAVANTE EN EL DELITO DE FEMINICIDIO EN LA
LEGISLACIÓN PENAL PERUANA

Tesis para optar el título profesional de Abogado

Responsable de la investigación:

Bach. JUAN SAÚL MENDOZA LÁZARO

Asesor:

Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

Huaraz – Perú

2020

FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, CONDUCENTES A OPTAR TÍTULOS PROFESIONALES Y GRADOS ACADÉMICOS EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

1. Datos del autor:

Apellidos y Nombres: _____

Código de alumno: _____ Teléfono: _____

E-mail: _____ D.N.I. n°: _____

(En caso haya más autores, llenar un formulario por autor)

2. Tipo de trabajo de investigación:

Tesis Trabajo de Suficiencia Profesional

Trabajo Académico Trabajo de Investigación

Tesinas (presentadas antes de la publicación de la Nueva Ley Universitaria 30220 – 2014)

3. Para optar el Título Profesional de:

4. Título del trabajo de investigación:

5. Facultad de: _____

6. Escuela o Carrera: _____

7. Asesor:

Apellidos y nombres _____ D.N.I n°: _____

E-mail: _____ ID ORCID: _____

8. Referencia bibliográfica: _____

9. Tipo de acceso al Documento:

Acceso público* al contenido completo. Acceso

restringido** al contenido completo

Si el autor eligió el tipo de acceso abierto o público, otorga a la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo una licencia no exclusiva, para que se pueda hacer arreglos de forma en la obra y difundirlo en el Repositorio Institucional, respetando siempre los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual de acuerdo y en el Marco de la Ley 822.

En caso de que el autor elija la segunda opción, es necesario y obligatorio que indique el sustento correspondiente:

10. Originalidad del archivo digital

Por el presente dejo constancia que el archivo digital que entrego a la Universidad, como parte del proceso conducente a obtener el título profesional o grado académico, es la versión final del trabajo de investigación sustentado y aprobado por el Jurado.



Firma del autor

11. Otorgamiento de una licencia *CREATIVE COMMONS*

Para las investigaciones que son de acceso abierto se les otorgó una licencia Creative Commons, con la finalidad de que cualquier usuario pueda acceder a la obra, bajo los términos que dicha licencia implica.



El autor, por medio de este documento, autoriza a la Universidad, publicar su trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional, al cual se podrá acceder, preservar y difundir de forma libre y gratuita, de manera íntegra a todo el documento.

Según el inciso 12.2, del artículo 12º del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales - RENATI "Las universidades, instituciones y escuelas de educación superior tienen como obligación registrar todos los trabajos de investigación y proyectos, incluyendo los metadatos en sus repositorios institucionales precisando si son de acceso abierto o restringido, los cuales serán posteriormente recolectados por el Recolector Digital RENATI, a través del Repositorio ALICIA".


12. Para ser verificado por la Dirección del Repositorio Institucional

Fecha de Acto de sustentación:

Huaraz,

Firma:




Varillas William Eduardo
Asistente en Informática y Sistemas
- UNASAM -

***Acceso abierto:** uso lícito que confiere un titular de derechos de propiedad intelectual a cualquier persona, para que pueda acceder de manera inmediata y gratuita a una obra, datos procesados o estadísticas de monitoreo, sin necesidad de registro, suscripción, ni pago, estando autorizada a leerla, descargarla, reproducirla, distribuirla, imprimirla, buscarla y enlazar textos completos (Reglamento de la Ley No 30035).

**** Acceso restringido:** el documento no se visualizará en el Repositorio.



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
SECCION DE GRADOS Y TITULOS



ACTA DE SUSTENTACION – VIRTUAL

PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO, TOMO V, FOLIO 116 – FDCCPP

MODALIDAD: TESIS

En la ciudad de Huaraz, siendo las quince horas del día lunes veintiocho de junio del dos mil veinte y uno. Se reunieron en la plataforma virtual del Microsoft Teams; el Jurado Calificador, integrado por los siguientes docentes:

Mag. FLORENTINO OBREGON OBREGON	:	PRESIDENTE
Mag. LUCIA BULEJE AYALA	:	SECRETARIA
Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO	:	VOCAL


Con el objeto de examinar, la Sustentación de Tesis, titulada: “El Estado de Ebriedad o Drogadicción como Agravante en el Delito de Femicidio en la Legislación Penal Peruana”; del bachiller **MENDOZA LAZARO JUAN SAUL**, para OPTAR el Título Profesional de Abogado.

Acto seguido, el bachiller fue llamado por su nombre e invitado a ingresar a la plataforma virtual del Microsoft Teams a efectos de su exposición, luego de lo cual fue examinado en relación a la Tesis sustentada. Culminado el acto, el Presidente se reúne mediante la plataforma virtual del Microsoft Teams con los Miembros de la Comisión; para la deliberación, obteniéndose la siguiente calificación:

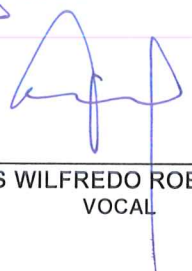
PROMEDIO : DIECISEIS (16).

RESULTADO : Aprobado por unanimidad.

En mérito de lo cual, el **Jurado Calificador** lo **Declara: APTO**, para que se le otorgue el Título Profesional de Abogado. Con lo que concluye el Acto, siendo las diecisiete horas del mismo día. Firman por cuadruplicado los Miembros del Jurado en señal de conformidad.


Mag. FLORENTINO OBREGON OBREGON
PRESIDENTE


Mag. LUCIA BULEJE AYALA
SECRETARIA


Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO
VOCAL

DEDICATORIA

A Edilberto y Donata, mis añorados padres y mentores de vida, de quienes, con solo observarlos, aprendí que todo esfuerzo siempre será recompensado, y por enseñarme a luchar a pesar de las adversidades y a quienes les debo los buenos principios y virtudes morales que guían mi vida.

AGRADECIMIENTOS

Mi gratitud a Dios y a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNASAM, por permitirme hacer realidad uno de mis sueños.

ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTOS	iii
ÍNDICE	iv
RESUMEN.....	viii
ABSTRACT	ix
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del problema	7
1.2 Formulación del problema	9
1.2.1 Problema general.....	9
1.2.2 Problemas específicos	10
1.3 Justificación y viabilidad	10
1.3.1 Justificación teórica.....	10
1.3.2 Justificación práctica.....	12
1.3.3 Justificación legal.....	12
1.3.4 Justificación metodológica.....	13
1.3.5 Justificación técnica	13
1.3.6 Viabilidad.....	13
1.4 Formulación de objetivos.....	14
1.4.1 Objetivo general.....	14
1.4.2 Objetivos específicos	14
1.5 Formulación de hipótesis	14
1.6 Variables	15
1.6.1 Variable independiente	15
1.6.2 Variable dependiente.....	15
1.7 Metodología	16
1.7.1 Tipo y diseño de investigación.....	16
1.7.2 Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico.....	17
1.7.2.1 Población.....	17

1.7.2.2 Muestra.....	17
1.7.3 Instrumento(s) de recolección de la información.....	18
1.7.4 Plan de procesamiento y análisis de la información	18
1.7.5 Técnica de análisis de datos y/o información	19
1.7.6 Validación de la hipótesis	19

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes	21
2.2 Bases teóricas	26
2.2.1 Determinación judicial de la pena.....	26
2.2.1.1 Definición.....	26
2.2.1.2 Modelos teóricos de la determinación judicial de la pena	26
2.2.1.3 Etapas	29
2.2.1.4 Sistemas de determinación de la pena.....	31
2.2.1.5 Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal	32
2.2.2 La Violencia Familiar	33
2.2.2.1 Marco conceptual	33
2.2.2.2 Causas de la violencia familiar	35
2.2.2.3 Violencia familiar y violencia doméstica.....	36
2.2.2.4 Violencia familiar y violencia de género	38
2.2.2.5 El derecho penal del género	42
2.2.2.6 El delito de feminicidio.....	47
2.3 Definición de términos.....	51

CAPÍTULO III RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

3.1 El Feminicidio y su regulación en el Código Penal peruano	54
3.1.1 Antecedentes del feminicidio en el derecho peruano.....	54
3.1.2 El feminicidio en el Código Penal	56
3.1.2.1 Ley N° 29819: Modificación del artículo 107 del Código Penal e incorporación de la figura del feminicidio	56

3.1.2.2 Ley N° 30068: El feminicidio como una modalidad agravada del homicidio	58
3.1.2.3 Ley N° 30819 que modifican el Código Penal: La nueva regulación del delito de feminicidio.....	60
3.1.2.4 Siete cambios más importantes de la Ley 30819, que modificó el Código Penal.....	63
3.2 La doctrina de la « <i>actio libera in causa</i> » y su aplicación en el derecho penal peruano.....	65
3.2.1 Aspectos históricos.....	65
3.2.2 Ámbito de aplicación	69
3.2.3 Elementos que eliminan la acción.....	72
3.2.4 Causas de inimputabilidad	77
3.2.5 Formas de <i>actio libera in causa</i>	79
3.2.5.1 <i>Actio libera dolosa y culposa</i>	79
3.2.5.2 <i>Actio y omissio libera in causa</i>	83
3.2.5.3 <i>Actio libera in causa</i> e inimputabilidad absoluta y restringida	84
3.2.6 Teorías que fundamentan la <i>actio libera in causa</i>	85
3.2.6.1 Teorías de la impunidad	86
3.3 Comparación legislativa.....	92

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS

4.1 Ebriedad o drogadicción como agravante del feminicidio frente a la alteración de la conciencia como eximente de responsabilidad: ¿Antinomia normativa o normas complementarias?.....	95
4.1.1 Ideas iniciales del problema.....	95
4.1.2 Tabla de alcoholemia	96
4.1.3 Intersección del conflicto normativo.....	96
4.2 En búsqueda del fundamento de la agravación	99
4.2.1 Circunstancias modificatorias y política criminal.....	99
4.2.2 Fundamento de la agravación.....	100
4.2.3 Circunstancia de agravación y <i>actio libera in causa</i>	103
4.2.4 Legitimidad de la agravante en nuestro sistema penal.....	104

4.2.5 Criterios de aplicación práctica.....	106
4.2.6 ¿Agravante por omisión?	107
4.3 La circunstancia atenuante de embriaguez: una visión de sus elementos y requisitos	108
4.3.1 Fundamento y naturaleza	108
4.3.2 Análisis de los elementos de la atenuante	109
4.3.2.1 La embriaguez.....	110
4.3.2.2 El carácter “no preordenado” de la ingesta	112
4.3.2.3 La relación entre la embriaguez y la ejecución del delito.....	112
4.4 Validación de la hipótesis	114
4.4.1 ¿Causa de justificación o causa de inimputabilidad?.....	114
4.4.2 La embriaguez como causa de inimputabilidad	115
4.4.3 La embriaguez como fundamento de punibilidad.....	116
4.4.4 Modelos de punibilidad.....	120
4.4.5 Una aproximación al problema de la aplicación de la <i>actio libera in causa</i> en el derecho penal peruano.....	121
CONCLUSIONES	125
RECOMENDACIONES	127
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	129

RESUMEN

El propósito de la investigación fue analizar por qué la incorporación del estado de ebriedad o drogadicción como agravante constituye un tratamiento discriminatorio en el delito de feminicidio en la legislación penal peruana; para ello, se realizó una investigación dogmática, no experimental, transversal y descriptiva, donde la unidad de análisis estuvo constituida por la doctrina, la jurisprudencia y la normatividad. Las técnicas empleadas fueron el fichaje y el análisis de contenido, y los instrumentos de recolección de datos, las fichas y la ficha de análisis documental, respectivamente. Se ha obtenido como resultado que, en los periodos de alcoholemia, se pueden encontrar conflictos normativos, pues, de verificarse tales signos clínicos, que hayan afectado la facultad de comprensión del sujeto agente, deberían aplicarse los artículos 20.1 o 21 del Código Penal. Sin embargo, existe un mandato a contrario, el apartado 9 del segundo párrafo del artículo 108-B, que agrava la responsabilidad en estos supuestos. Se concluye que las razones por las que el legislador ha agravado el feminicidio, como la de ebriedad o drogadicción en el sujeto agente, se fundan en el populismo penal y el derecho penal simbólico, y justifican ese hecho en el incremento de los feminicidios que se desarrollan en contextos de abuso de alcohol o drogas ilegales, siendo por ello necesario punibilizarlos; así, la pena impuesta en estos casos es discriminatoria y desproporcional frente a las personas que cometen el mismo delito sin estar en dicho estado de alcoholismo o drogadicción.

Palabras clave: Estado de ebriedad, drogadicción, agravante, trato discriminatorio, feminicidio.

ABSTRACT

The purpose of this thesis was to analyze why the incorporation of the state of drunkenness or drug addiction as an aggravating factor constitutes a discriminatory treatment in the crime of femicide in Peruvian criminal legislation; For which a dogmatic, non-experimental, cross-sectional, descriptive investigation was carried out, where the unit of analysis was constituted by doctrine, jurisprudence and regulations; using the techniques of filing and content analysis, and as data collection instruments the files and document analysis file respectively. It has been obtained as a result that, in the periods of breathalyzer, there can be normative conflicts, because, if such clinical signs are verified that have affected the faculty of understanding of the agent subject, articles 20.1 or 21 of the penal code should be applied. However, there is a mandate to the contrary, section 9 of the second paragraph of article 108-B is express, as it aggravates the responsibility in these cases. Concluding that the reasons why the legislator has aggravated femicide, due to drunkenness or drug addiction in the agent subject, are based on criminal populism, symbolic criminal law, and justify that fact in the increase in femicides are developed in contexts of alcohol or illegal drug abuse, hence the need to punish them; Therefore, the penalty imposed in these cases is discriminatory and disproportionate to people who commit the same crime without being in that state of alcoholism or drug addiction.

Keywords: Drunkenness, Drug addiction, Aggravating, Discriminatory treatment, Femicide.

INTRODUCCIÓN

Es necesario reconocer que la violencia contra la mujer siempre ha existido. Según Lorente, la sociedad históricamente ha permitido y hecho posible algunos actos de agresión del hombre a la mujer como demostración de su autoridad y superioridad sobre ellas y en “pago” de la protección que les brindaban. Este dominio de antaño está reflejado en el hombre que agrede a su pareja, ya que lo hace cuando siente que pierde dominio sobre ella.

Además, resalta la falta de compromiso del Gobierno por velar por la integridad de la mujer en cualquier contexto, ya sea en el medio familiar, social o laboral. Por ello, la lucha contra la figura autoritaria masculina es una forma eficaz de prevenir el feminicidio, ya que esta se desenvuelve, por construcciones sociales, con mayor autoridad en un ámbito que es reincidente en el caso de feminicidios íntimos: el hogar.

Por ello, el feminicidio en el Perú, fuera del contexto social machista, tiene otro problema y es que dentro de sus estrategias de prevención se contemplan medidas legales, pero no integrales. Las primeras, por un lado, señalan que ante un caso de violencia contra la mujer dentro del hogar se procede a realizar una orden de alejamiento. Sin embargo, este tipo de medida tiene algunas consecuencias que no son tomadas en cuenta cuando ponemos el problema en una situación familiar.

En un caso de violencia en el cual un hombre le pegue a su esposa y haya una orden de alejamiento de por medio, muchas veces el perjudicado es el hijo menor. Este último, en un caso hipotético, podría quedarse sin una pensión de alimentos o sin un sustento económico necesario para cumplir con su educación.

Todos estos inconvenientes que se pueden presentar deben ser regulados por la ley con la implementación de medidas integrales que complementen las medidas tomadas en primera instancia, garantizando así los derechos de las personas involucradas y ajenas al problema.

Por lo que el feminicidio en el Perú es un problema vigente, las estadísticas analizadas no solo demuestran su magnitud y gravedad, sino la necesidad de tomar medidas efectivas y acertadas en el futuro inmediato para prevenirlo y erradicarlo. La ley peruana no es clara con respecto al ya mencionado crimen de género, ya que este no es entendido con base en la enfermedad social, como es el machismo en el Perú. Para confrontarlo, es de suma importancia la implementación de nuevas estrategias y soluciones alternativas orientadas a lucha contra el machismo y medidas integrales, que se enfoquen en el desarrollo y el avance de nuestra sociedad.

En consecuencia, el Estado da respuesta a este problema empleando al derecho penal no como *ultima ratio*, sino como *prima ratio*, e instrumentaliza, así, el mismo fundado en el populismo penal. Por ello, ha agravado la pena en el delito de feminicidio y establecido supuestos agravantes en su configuración como tipo penal, tratando de justificarlo dentro de la prevención general como fin de la pena.

Se debe considerar que respecto a la teoría de prevención general en el derecho penal se hizo referencia a que el derecho penal se ha servido de “la pena” como la principal herramienta para combatir la delincuencia y asegurar la seguridad ciudadana, asignándole varias funciones que tienden a un mismo objetivo, que es la evitación de delitos como forma de proteger a la sociedad, las

cuales se manifiestan en cada momento de su existencia, refiriéndonos en el presente apartado a uno en particular, la conminación o amenaza penal.

En la conminación penal, la pena cumple la función de prevención general, entendida como la prevención del delito a través de la motivación que ejerce sobre el delincuente y los ciudadanos en general para que se abstengan de lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos penalmente protegidos, bajo la amenaza de imponerles por su conducta desviada el mal que implica la misma; es decir, pretende ejercer sobre ellos una cierta intimidación o coacción psicológica a fin de que no transgredan la norma penal y así no ser pasibles de la sanción que comprende, que implicaría una limitación de su libertad personal.

De este modo, cada uno de los tipos penales incorporados en el Código Penal tiene como estructura la regulación de la conducta delictiva y la imposición de una sanción penal que varía en atención a su gravedad y peligrosidad, y al bien jurídico tutelado que lesionan o ponen en peligro, cuya eficacia quedará reflejada en mantener los índices de criminalidad existentes, o de ser posible en su disminución y progresiva erradicación, al haber incidido de manera positiva sobre la colectividad en general que evita transgredir la norma penal, con lo cual renueva la confianza de la ciudadanía en la eficacia del sistema penal para perseguir y sancionar la comisión de delitos.

En cuanto a la incorporación del tipo penal de feminicidio, cabe preguntarse si efectivamente se ha conseguido el fin deseado por el legislador nacional de erradicar esta cultura de violencia, o si por el contrario ha resultado inútil recurrir al derecho penal y a su instrumento, “la sanción penal”, para reprimir y erradicar las muertes de mujeres a manos del varón por una mera

cuestión de género, a través de la intimidación que supuestamente ejercería sobre los posibles transgresores de sufrir un mal en caso de consumir el delito.

Pues bien, la realidad nos ha demostrado que la sobrecriminalización y agravamiento de la pena de esta conducta delictiva no ha surtido efectos en ninguno de los estratos de nuestra sociedad, sino que por el contrario se ha agudizado mucho más, incrementándose exorbitantemente las cifras de muertes de mujeres por su condición de tal, lo cual queda tristemente reflejado en la realidad con el incremento de las cifras de feminicidio en el Perú, lo cual confirma que la inclusión del tipo penal de feminicidio de manera autónoma en el Código Penal no ha cumplido con su fin de disuadir al varón de arrebatar la vida a una mujer.

En ese contexto, la Constitución establece los valores, principios y reglas de la convivencia social y política entre todos los peruanos y peruanas. Ahora bien, la realización de los mismos presupone una situación de paz, que haga posible la plena vigencia de las pautas normativas de convivencia social y política antes mencionadas.

En tal sentido, Gros (2005) considera que

la paz es un valor primordial para la vida y supone luchar contra la violencia y los comportamientos basados en la fuerza y la imposición y, en particular, luchar contra la violencia hacia la mujer y los integrantes del grupo familiar, ya que esta afecta la dignidad, la libertad e igualdad y no discriminación de los mismos, así como sus posibilidades de ejercer sus derechos fundamentales. Igualmente, la paz es un concepto intrínseco con la idea de Constitución. (p. 517 y ss.)

En este orden de ideas, la Constitución Política del Perú de 1993 reconoce el derecho de toda persona a la «paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida» (numeral 22 del artículo 2).

De este enunciado jurídico podemos apreciar la estrecha conexión de la paz con otras manifestaciones de la misma como la tranquilidad o gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. Además, la paz excluye todo «estado de no-derecho: del *bellum omniun* interno, que se expresa en la violencia individual» (Ferrajoli, 2011, p. 445) y, en particular, excluye la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

Sobre este último punto, el Tribunal Constitucional se ha referido a la relación entre el derecho a la paz y la violencia contra la mujer, al expresar que:

la violencia [...] en todos los casos vulnera la integridad física y psíquica de la víctima, así como su dignidad y derecho a vivir en paz; [...] Y es [...] deber del Estado y de este Tribunal orientar a la sociedad peruana hacia un status cada vez más civilizado y justo. Costumbres que vulneran derechos fundamentales como el de la integridad física y psicológica, el de la igualdad de los seres humanos, el de la dignidad personal y el derecho a gozar de una vida en paz, deben ser erradicadas de la sociedad por el Estado. La violencia entre marido y mujer, [...], es siempre violatoria de tales derechos constitucionales que protegen a los seres humanos, todos ellos con dignidad, [...] (STC N° 018-96I-TC, p. 9 y 10).

Finalmente, respecto a la estructura del trabajo de investigación, este ha sido estructurado en cuatro capítulos: el capítulo I, está referido al problema y la

metodología de la investigación, en la cual siguiendo el diseño de la investigación científica se elaboró el planteamiento del problema, la formulación del problema, los objetivos, hipótesis y la metodología empleada. En el capítulo II, referido al marco teórico, se han planteado los antecedentes de investigación, las bases teóricas y definición de términos de la investigación, los cual con base en la técnica del fichaje se elaboraron su sustento teórico-doctrinario. El capítulo III está referido a los resultados y análisis de la información, basado en el recojo de información sobre las variables de investigación con la técnica del análisis cualitativo. En el capítulo IV, referido a la discusión y validación de la hipótesis, se justifica la hipótesis planteada con base en los resultados obtenidos y los fundamentos que justifican la validez de la misma, de forma coherente y argumentativa.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del problema

Cruelles ataques a mujeres han conmocionado al Perú en los últimos meses, y muchos de estos casos han sido cometidos ante las inocentes miradas de niños, circunstancia que constituye un agravante para que el autor del feminicidio o de la tentativa de este delito reciba —como mínimo— una pena de 30 años de cárcel. En este punto se ha realizado un cambio en el Código Penal y el Código de los Niños y Adolescentes, mediante la Ley N° 30819, referido a los casos de violencia contra la mujer y otros integrantes del grupo familiar.

Por otra parte, es evidente que este mandato constitucional de relación entre el derecho a la paz y la violencia contra la mujer aún no ha sido alcanzado de modo pleno, lo que hace que la violencia contra las mujeres sea una problemática de alta prevalencia en el Perú.

De acuerdo con la Encuesta Nacional Demográfica y de Salud Familiar— ENDES, el 70,8% de las mujeres alguna vez sufrieron algún tipo de violencia por parte del esposo o compañero, porcentaje reducido en 3,4 puntos porcentuales con relación al año 2015 (74,2%). Esta fuente indica que, en 2015, a nivel nacional, el 67,4% de las mujeres declararon haber sufrido violencia psicológica y/o verbal por parte del esposo o compañero, el 32% violencia física y el 7,9% violencia sexual (INEI, 2016, p. 357 y ss).

En el caso del maltrato físico, psicológico y verbal se usan las figuras de las faltas, y los delitos de lesiones leves dependiendo de la calificación de las lesiones. No obstante, la evidencia de la ENDES muestra que la mayor parte de

hechos de violencia, por sus características, no alcanza la calificación penal de delitos en el esquema actual.

En el campo de la violencia física, el mayor porcentaje de expresiones de violencia no requieren más de diez días de asistencia o descanso; se trata de empujones, sacudidas, tirones, bofetadas, retorcidas de brazo, puñetazos o golpes con objetos, por lo que se tratan como faltas.

En el campo de la violencia psicológica o verbal, también el mayor porcentaje de expresiones de violencia probablemente no configurara los niveles de daño psíquico que señala actualmente el artículo 124-B como delitos; se trata de celos, acusaciones de infidelidad, impedimento de visitas a/por amistades, insistencia en saber sus lugares de movilidad, control sobre uso de dinero, y otras formas diversas de control, por lo que se tramitaría como faltas.

De la misma forma, la violencia contra otros/as integrantes del grupo familiar tiene importante impacto. Por ejemplo, la Encuesta Nacional sobre Relaciones Sociales 2015 (ENARES) señala que el 81.3% de adolescentes de 12 a 17 años alguna vez fueron víctimas de violencia psicológica o física por parte de las personas con las que vive; el 65,6% con golpes con objetos (correa, sogas, palo) y/o jalones de cabello u orejas y 67,6% con insultos, lisuras, o situaciones en que les han avergonzado y/o humillado.

Según la misma encuesta, el 73,8% de niñas y niños de 9 a 11 años alguna vez fueron víctimas de violencia psicológica o física por parte de las personas con las que vive: 58,9% de violencia psicológica (son insultos, lisuras, o situaciones en que les han avergonzado y/o humillado, entre otros) y 58.4% de violencia física

(golpes con objetos (correa, soga, palo) y/o jalones de cabello u orejas, cachetadas o nalgadas, pateado, mordeduras o puñetazos.

Así mismo, la violencia contra las mujeres también se manifiesta en las cifras de mujeres víctimas de feminicidio. En lo que va del año han sido asesinadas 172 mujeres y respecto de la trata y explotación sexual de mujeres sigue siendo un problema grave en el país.

Finalmente, la violencia contra la mujer ha sido reconocida con importantes avances en el ámbito internacional en materia de derechos humanos (Dopico, 2014; entre otros), y, a su vez, se ha tenido incidencia para que en los países los gobiernos se comprometan y realicen esfuerzos para tener y llevar a cabo una política pública encaminada a su prevención y sanción (Alméras *et al.*, 2002, p. 11). Por ello, desde el punto de vista jurídico penal, la protección de la vida y de la integridad personal llevó a que, en situaciones extremas de violencia sustentada en el género de la mujer por el hecho de ser mujer, o por su identidad, cuando por estas razones y en este contexto se produce la muerte, la Ley N° 30819 dispusiera incluir como agravantes del estado de ebriedad o drogadicción.

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Problema general

¿Por qué la incorporación del estado de ebriedad o drogadicción como agravante constituye un tratamiento discriminatorio en el delito de feminicidio en la legislación penal peruana?

1.2.2 Problemas específicos

a. ¿Cuáles son las razones jurídicas para la incorporación en el Código Penal de la figura del estado de ebriedad o drogadicción como agravante en el delito de feminicidio en la legislación penal peruana?

b. ¿Si las modificaciones efectuadas al Código Penal a fin de ampliar la protección penal para los casos de feminicidio y violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar satisfacen o no las exigencias del principio de igualdad y proporcionalidad?

c. ¿Cuál es el tratamiento jurídico de la figura de la ebriedad o drogadicción como agravante del feminicidio vs. alteración de la conciencia como eximente de responsabilidad como antinomia normativa o normas complementarias?

1.3 Justificación y viabilidad

1.3.1 Justificación teórica

Si bien existe evidencia empírica y científica de que el consumo de alcohol o drogas es un factor de riesgo que incrementa la violencia contra la mujer, no por ello debemos razonar o argumentar que existiendo razones socio culturales, existe necesariamente razones jurídico-penales para establecer la agravante. Razonar así, supondría afirmar —sin evidencia empírica alguna— que todos los agresores se embriagan o drogan previo al acto de agresión contra las mujeres o que todos los que se embriagan o drogan ejercen violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

De acuerdo con Martínez (2010), el razonamiento lógico seguido es el siguiente:

Primera premisa, todos los agresores de las mujeres y los integrantes del grupo familiar deben ser sancionados; segunda premisa, algunos agresores realizan el acto ilícito de agresión contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar con pleno uso de sus facultades; tercera premisa, algunos agresores realizan el acto ilícito de agresión contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar en estado de embriaguez o drogadicción; cuarta premisa, el Código Penal regula la circunstancia de cometer el ilícito penal en estado de embriaguez o drogadicción, y la conclusión, los agresores que realizan el acto ilícito de agresión contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar en estado de embriaguez o drogadicción merecen mayor sanción. (p. 249)

Desde un punto de vista lógico, nos encontramos ante una falacia formal denominada *non sequitur*, en virtud de la cual la consecuencia o conclusión no se deriva de modo lógico de las premisas. Dicho de otra manera, no se comprende por qué del universo de agresores solo se deba sancionar, de modo severo, a los que comenten la agresión en estado de embriaguez o de drogadicción, y, en cambio, los agresores de las mujeres y miembros del grupo familiar que no se embriagan o drogan reciban penas menores. En definitiva, el paso de las premisas a la conclusión no se encuentra justificado internamente.

De acuerdo con Ezquiaga (2013), *Non sequitur* (en latín «no se sigue») es un razonamiento donde la conclusión es obtenida de premisas que no están lógicamente conectadas con ella. Esta falacia debe su nombre a que la conclusión

no se deduce (no se sigue) de las premisas. En sentido amplio, se aplica a cualquier razonamiento inconsecuente. La conclusión irrelevante, conclusión desmesurada y la petición de principio son también tipos de *Non sequitur*.

1.3.2 Justificación práctica

La finalidad práctica de la presente investigación consiste en evaluar si las modificaciones efectuadas al Código Penal a fin de ampliar la protección penal para los casos de violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar satisface o no las exigencias del principio de proporcionalidad.

En ese sentido se evalúan los artículos modificados que son los siguientes: 108-B (feminicidio), 121 (lesiones graves), 121-B (lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar), 122 (lesiones leves), 122-B (agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar), 441 (lesión dolosa y lesión culposa) y 442 (maltrato). Igualmente, se ha derogado el artículo 443 del Código Penal, el cual regulaba la falta de agresión sin daño. Así lo ha dispuesto la Ley N° 30819, publicada el viernes 13 de julio de 2018, en el Diario Oficial El Peruano, norma que ha modificado tanto el Código Penal como el Código de los Niños y Adolescentes.

1.3.3 Justificación legal

- Constitución Política del Perú
- Ley Universitaria N° 30220
- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento de Grados y Títulos de la FDCCPP- UNASAM

1.3.4 Justificación metodológica

El enfoque metodológico que se empleó en la presente investigación fue el del enfoque cualitativo, toda vez que se recogieron datos basados en criterios, valoraciones y apreciaciones jurídicas, cuyo propósito fue la descripción del problema de investigación, tal como lo refiere Robles (2014), con base en la interpretación y la comprensión del mismo de forma holística y desde una perspectiva teórica.

1.3.5 Justificación técnica

Se empleó en el desarrollo de la investigación el soporte técnico e informático necesarios, habiendo previsto para ello una computadora personal, impresora, escáner, y el *software* Office 2019.

1.3.6 Viabilidad

a. Bibliográfica: Se empleó diversas fuentes de información: bibliográficas, hemerográficas y virtuales, con las cuales se recogió y sistematizó la información para la construcción del marco teórico y para justificar la validación de la hipótesis.

b. Económica: Se contó con los recursos económicos para afrontar los gastos de la investigación, que fueron asumidos por el responsable de la investigación.

c. Temporal: El periodo de investigación en el que se desarrolló la ejecución y se redactó el informe final de la tesis correspondió al año 2020.

1.4 Formulación de objetivos

1.4.1 Objetivo general

Analizar por qué la incorporación del estado de ebriedad o drogadicción como agravante constituye un tratamiento discriminatorio en el delito de feminicidio en la legislación penal peruana.

1.4.2 Objetivos específicos

- a. Explicar las razones jurídicas para la incorporación en el Código Penal de la figura del estado de ebriedad o drogadicción como agravante en el delito de feminicidio en la legislación penal peruana.
- b. Evaluar si las modificaciones efectuadas al Código Penal a fin de ampliar la protección penal para los casos de feminicidio y violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar satisfacen o no las exigencias del principio de igualdad y proporcionalidad.
- c. Determinar el tratamiento jurídico de la figura de la ebriedad o drogadicción como agravante del feminicidio vs. alteración de la conciencia como eximente de responsabilidad como antinomia normativa o normas complementarias.

1.5 Formulación de hipótesis

La incorporación del estado de ebriedad o drogadicción como agravante y con el fin de ampliar la protección penal de la mujer carece de una justificación lógico-racional, toda vez que constituye una falacia formal denominada *non sequitur*, en virtud de la cual la consecuencia o conclusión no se deriva de modo lógico de las premisas, por lo que la pena impuesta en estos casos es

discriminatoria y desproporcional frente a las personas que comenten el mismo delito sin estar en dicho estado de alcoholismo o drogadicción.

1.6 Variables

1.6.1 Variable independiente

Delitos de feminicidio

Indicadores:

- Incorporación normativa
- Tipo penal
- Delito de género
- Racionalidad jurídica
- Pena
- Condición de mujer

1.6.2 Variable dependiente

El estado de ebriedad o drogadicción como agravantes

Indicadores:

- Pena: prevención general
- Agravantes
- Eximente de responsabilidad penal
- Derecho penal de acto
- Derecho penal de autor
- Alcances típicos
- Principio de igualdad
- Principio de proporcionalidad
- Justificación lógica-racional
- Justificación interna y externa

1.7 Metodología

1.7.1 Tipo y diseño de investigación

a. Tipo de investigación: Correspondió, de acuerdo con su finalidad, a una investigación básica o teórica, que jurídicamente se denomina investigación dogmático-normativa y teórica, cuyo objeto de estudio es el derecho en abstracto. La finalidad de este tipo de investigación es evaluar las estructuras del derecho, visualizar su problema jurídico solo a la luz de las fuentes formales, sobre el tratamiento discriminatorio del estado de ebriedad o drogadicción como agravante en el delito de feminicidio en la legislación penal peruana.

b. Tipo de diseño: Correspondió al denominado no experimental, ya que no se manipuló deliberadamente ni intencionalmente las variables. Lo que se hizo fue observar fenómeno tal y como se dan en su contexto social, para después analizarlos, con la finalidad de estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia, tomando datos de la doctrina, jurisprudencia y la normatividad, sobre el tratamiento discriminatorio del estado de ebriedad o drogadicción como agravante en el delito de feminicidio en la legislación penal peruana.

c. Diseño general: Diseño transversal. Este diseño recolecta datos en un solo momento, en un tiempo único del hecho jurídico objeto de estudio. Su propósito es describir variables de estudio; analizar el estado de cuestión de la misma en un momento dado, la interrelación de las variables, sobre el tratamiento discriminatorio del estado de ebriedad o drogadicción como agravante en el delito de feminicidio en la legislación penal peruana.

d. Diseño específico: Se empleó el diseño descriptivo, cuyos datos fueron utilizados con finalidad puramente descriptiva, no enfocados a una presunta relación causa-efecto. El propósito fue describir situaciones problemáticas, es decir, cómo es y manifiesta determinado fenómeno. Este estudio descriptivo buscó especificar las propiedades, características, aspectos, dimensiones o componentes sobre el problema de estudio planteado sobre el tratamiento discriminatorio del estado de ebriedad o drogadicción como agravante en el delito de feminicidio en la legislación penal peruana.

1.7.2 Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

1.7.2.1 Población

- a. Universo espacial:** Ámbito nacional de alcance general.
- b. Universo social:** La población materia de estudio se circunscribió al aporte de los juristas a nivel dogmático y los magistrados a nivel jurisprudencial.
- c. Universo temporal:** Correspondió al periodo del 2020, espacio temporal donde se ejecutó la investigación.

1.7.2.2 Muestra

- a. **Tipo:** No probabilística.
- b. **Técnica muestral:** Intencional.
- c. **Marco muestral:** Doctrina, jurisprudencia y norma.
- d. **Unidad de análisis:** Documental.

1.7.3 Instrumento(s) de recolección de la información

- a. Fichaje.** Se emplearon fuentes o textos bibliográficos y hemerográficos para recopilar información acerca de la doctrina sobre el problema de investigación, con el empleo de las fichas textuales, resumen y comentario.
- b. Ficha de análisis de contenido.** Para el análisis de la jurisprudencia y determinar sus fundamentos y posiciones dogmáticas, se emplearon la ficha de análisis.
- c. Electrónicos.** La información se recabó de las distintas páginas web sobre el problema de investigación, a través de las fichas de registro de información.
- d. Fichas de información jurídica.** Es un criterio de recolectar la información, a fin de almacenarla y procesarla adecuadamente, de forma coherente y sistemática, para lo cual se empleó un programa informático como soporte técnico.

1.7.4 Plan de procesamiento y análisis de la información

El plan de recojo de la información, por la naturaleza teórica de la investigación, comprendió en primer lugar la selección de las fuentes de información y los instrumentos de recolección de datos. En ese sentido, se emplearon las siguientes: a) Para las fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales, se utilizaron las fichas bibliografías, literales, resumen y comentario. Para la jurisprudencia, se empleó la ficha de análisis de contenido. Con ello, se recogieron los datos necesarios para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada.

Así mismo, el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, los cuales permitieron tener una visión sistemática del problema de estudio. Finalmente, para la sistematización de la información de la investigación se empleó la técnica de la argumentación jurídica, a fin de justificar las proposiciones y enunciados jurídicos de forma clara, coherente y racional.

1.7.5 Técnica de análisis de datos y/o información

Se empleó la técnica del análisis cualitativo, toda vez que la investigación jurídica dogmática no admite las valoraciones cuantitativas. Este enfoque recoge, recopila, analiza y comprende información explicativa, causal, argumentativa. Es uno de los enfoques más usados en las ciencias sociales y el Derecho.

La investigación cualitativa la define Orozco (1996) “como un proceso de indagación de un objeto al cual el investigador accede a través de interpretaciones sucesivas, con la ayuda de instrumentos y técnicas que le permiten involucrarse con el objeto para interpretarlo de la forma más integral posible” (p. 3).

1.7.6 Validación de la hipótesis

Por la naturaleza de la investigación desarrollada, se empleó el método de la argumentación jurídica (Alexy, 2007). Partiendo de que “los argumentos son las razones aducidas en la justificación de la interpretación de un texto jurídico (doctrinal o normativo)” (Huerta, 2017, p. 386). En ese sentido, se refiere a un “razonamiento mediante el cual se intenta probar o refutar una tesis, convenciendo a alguien de la verdad o falsedad de la misma” (Ferrater Mora, 1994, p. 218).

En consecuencia, la función de la argumentación en el discurso jurídico es relevante tanto en la investigación como en la toma de decisiones, por su carácter de fundamentación del significado atribuido a los enunciados normativos y las consecuencias jurídicas que de ello pueden derivarse.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes

Revisadas las tesis sustentadas en la FDCCPP de la UNASAM, así como las de otras universidades de nuestra localidad, no se ha podido encontrar trabajos de investigación relacionados con la presente investigación, pero sí a nivel nacional e internacional:

Rosales Retuerto (2018), en su investigación de tesis *El proceso por violencia familiar y la afectación del derecho al debido proceso y de defensa del denunciado en aplicación de la Ley número 30364*, para optar el título profesional de abogado en la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz, tuvo como finalidad centrar su estudio en el proceso por violencia en el entorno familiar y la afectación a los derechos de contradicción y de defensa en el Perú, regulada en la Ley N° 30364, a efectos de determinar la manera en que el trámite del proceso por violencia familiar afecta el derecho al debido proceso y a la defensa del denunciado. La investigación se está enfocada desde una perspectiva jurídico-dogmática, transversal, descriptiva, no experimental. Toma como su unidad de análisis la doctrina, la norma y la jurisprudencia, y emplea como técnicas el análisis de contenido y el fichaje, y como instrumentos las fichas de análisis de contenido y las fichas textuales, respectivamente. Asimismo, se empleó el método exegético, hermenéutico y la argumentación jurídica. Se logró determinar que la regulación de la Ley N° 30364 trae consigo una serie de vulneraciones constitucionales al denunciado, tales como la vulneración de derechos de defensa, derecho de contradicción, debido proceso y derecho al plazo

razonable. En ese sentido, se considera necesario, postular como mecanismo de solución, la modificación del artículo 16 de la Ley N° 30364 y el artículo 35 del Reglamento de la Ley N° 30364 en el sentido de ampliar el plazo de 72 horas desde la realización de la denuncia para que el juez competente lleve a cabo la audiencia oral y decida sobre la emisión de medidas de protección.

Gonzáles Puma (2018), en su tesis *Vigencia de las medidas de protección en casos de archivamiento fiscal en los procesos de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar*, para optar el título profesional de abogado, Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz. El objetivo de la investigación fue determinar la vigencia de las medidas de protección luego del archivamiento fiscal en los procesos de agresiones contra las mujeres o integrantes del grupo familiar; para lo cual se realizó una investigación dogmática, transversal, descriptiva, no experimental, careciendo de delimitación temporal y espacial por el tipo de investigación realizada. La unidad de análisis estuvo constituida por la doctrina, jurisprudencia y normatividad. Se utilizaron como técnicas el fichaje y el análisis de contenido, y como instrumentos de recolección de datos las fichas textuales y fichas de análisis de contenido, respectivamente. Entre los métodos, se empleó el exegético, hermenéutico y el de la argumentación jurídica. La investigación demostró con argumentos coherentes y fundamentos racionales que las medidas de protección a favor del agraviado(a) al margen del archivamiento del proceso a nivel fiscal, deben ser conservadas en los supuestos en los que el bienestar y seguridad de las víctimas corran el peligro de seguirse vulnerando.

Espinoza Trujillo (2018), en *Unidad familiar y la sobrecriminalización de las agresiones contra la mujer e integrantes del grupo familiar en el Perú*, tesis para optar el título profesional de abogado, Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz, tuvo por finalidad realizar un estudio minucioso respecto a la criminalización de las agresiones contra la mujer e integrantes del grupo familiar y su relación con la unidad familiar en el Perú. Asimismo, la investigación estuvo orientado a determinar de qué manera afecta la criminalización de las agresiones contra la mujer e integrantes del grupo familiar en el Perú a la unidad familiar y qué solución podía brindar ante esta problemática. Se fundamentó esa problemática en la teoría de Ferrajoli del derecho penal mínimo, una teoría con el único objetivo de limitar el poder punitivo del Estado mediante límites fuertes y rígidos (garantías sustanciales y jurisdiccionales), proyectándose en garantías penales sustanciales y garantías penales procesales. La investigación fue de tipo dogmático-normativo, no experimental y con diseño general transeccional o transversal, y los métodos empleados fueron el dogmático, exegético, y de interpretación jurídica.

Quispe Quiroz y Gutiérrez Azcue (2018), en su investigación de tesis *Relación entre la violencia familiar y el feminicidio en Lima-2017*, Universidad Autónoma del Perú, Lima, buscó determinar si existe relación directa alguna entre la violencia familiar y el feminicidio en Lima, y tuvo entre sus objetivos determinar si entre la agresión física, la agresión psicoemocional y la agresión sexual de la violencia familiar tiene relación con el feminicidio íntimo que pueda cometer una pareja o expareja de la víctima. El tipo de investigación es descriptiva y correlacional, de diseño no experimental de corte trasversal, pues

estos estudios se realizan sin la manipulación de variables, solo observan los fenómenos en su ambiente natural. La población fue de 300 profesionales y la muestra constituida por 50 profesionales, la técnica empleada fue la encuesta y el instrumento un cuestionario de 14 ítems con 5 alternativas tipo Likert; su justificación radica en descubrir y relacionar sobre las distintas formas mediante las cuales se cometen actos de violencia familiar y cómo estos actos pueden llegar hasta el feminicidio cometido por una pareja o expareja de la víctima. Entre los resultados se destaca que el 82% de los encuestados está totalmente de acuerdo en que las constantes agresiones físicas contra la mujer ocasionadas por hombres que son parejas o exparejas de la víctima puedan terminar en feminicidio, y concluye que sí existe una relación significativa entre la agresión física de la violencia familiar y el feminicidio íntimo en Lima; además, recomienda a las entidades públicas y sociedad en general la toma de políticas públicas orientadas a la protección adecuada de la mujer como principal víctima de la violencia familiar en Lima.

Jiménez Quille y Torres Quispe (2017), en su tesis *Factores culturales de la pareja y la violencia a la mujer del programa "Vaso de leche" del distrito de Puyca, La Unión, 2016*, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, Arequipa, concluyen que las fiestas costumbristas, patronales y agrícolas generan el mayor consumo de alcohol en días festivos: el 47.55% lo hacen en la Ramada, Verbena o Vísperas, Pasacalle, Día Central, Convido y Despedida. El 49.2% afirma que el lugar donde consume bebidas alcohólicas es en la chacra; el 55.7% afirma que el tipo de bebidas alcohólicas que más consumen es el alcohol metílico y la chicha. Por lo tanto, se concluye que las fiestas costumbristas, patronales y

agrícolas son creencias que influyen en el consumo de bebidas alcohólicas, con consecuencias la violencia contra la mujer. La identificación del tipo de violencia que se ejerce con mayor frecuencia en las beneficiarias del Programa Vaso de Leche es la violencia física, con el 65.6%, que no solo causa daños sino también en ocasiones puede llegar a incapacitar a la persona, así como dejar huellas emocionales profundas, por la humillación, vergüenza, rencor y coraje que genera.

Deza Villanueva (2013), en “Violencia familiar asociado al consumo de sustancias psicoactivas en hombres que ejercen violencia”, UNIFE, Lima, destaca que son relativamente pocos los estudios efectuados fuera de Estados Unidos, Canadá y Europa que han examinado las asociaciones entre el consumo de alcohol y la violencia en la pareja. Y estas investigaciones se han concentrado en las relaciones entre el consumo de alcohol por los hombres y la violencia de estos hacia sus compañeras. En general, esos estudios señalan que el mayor consumo de alcohol o la ebriedad en los hombres se asocian con un mayor riesgo de que maltraten a sus parejas. En el artículo se plantea la necesidad de investigar sobre el consumo de sustancias psicoactivas en los varones adultos que ejercen violencia familiar y se explican los hallazgos de investigaciones a nivel nacional e internacional. Los temas desarrollados son los siguientes: Definición de variables vinculadas a la violencia familiar asociada al consumo de SPA; Modelos teóricos explicativos de la relación entre violencia familiar y abuso de alcohol y finalmente se efectúa una revisión de los estudios actuales al respecto. Cabe indicar que en literatura consultada el análisis de la relación entre género, drogas y violencia resulta primordial, pues los avances realizados por los estudios de las

masculinidades desde los años ochenta han sido muy notables y tratan este tema en profusión, dado el protagonismo de la violencia en la conducta masculina.

2.2 Bases teóricas

2.2.1 Determinación judicial de la pena

2.2.1.1 Definición

Según Prado Saldarriaga (2000),

en una relación exclusiva con toda la actividad que desarrolla la autoridad jurisdiccional para identificar de modo cualitativo y cuantitativo la sanción a imponer en el caso *sub-júdice*, en otras palabras, nos referimos a una determinación judicial desde el momento en que se procede a evaluar y decidir sobre la clase, la extensión y el modo de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que resulten aplicables en una sentencia. (p. 96)

2.2.1.2 Modelos teóricos de la determinación judicial de la pena

A. Teoría de la pena exacta o puntual

Esta teoría ostenta una concepción retribucionista de la pena, como lo anota MIR PUIG, en el que se afirman “en ella que el juez debe determinar la pena conforme a aquella que resulta exactamente ajustada a la culpabilidad del sujeto, soslayando los fines que debe cumplir la pena o las necesidades de prevención” (2004, p. 724).

Así, esta teoría considera posible calcular exactamente cuál es la pena que corresponde a la culpabilidad del autor en el caso particular, postulando la

existencia de una única pena completamente determinada, justa y adecuada a la culpabilidad.

Entre las principales críticas a esta teoría es que la misma traduce una ficción teórico-jurídica, ya que, debido a la insuficiencia de la capacidad humana de conocimientos, dicha pena puntual no puede ser determinada exactamente, asimismo se señala que la consideración de que el injusto culpable merece una única pena, exacta o puntual, contribuye a un modelo de inmovilidad político criminal, en el que el Juez no tendría más alternativa que pronunciar esa pena adecuada a la culpabilidad.

B. Teoría del espacio, ámbito de juego o margen de libertad

Considera que la pena ajustada a la culpabilidad comprende un marco determinado entre un máximo y un mínimo, al respecto señala también Mir Puig (2004) que

además, que existe un margen de libertad que se limita en el grado mínimo por la pena ya adecuada a la culpabilidad y en el grado máximo por la pena todavía adecuada a la culpabilidad, es así que, dicho marco constituye para el juez un espacio de juego dentro del cual puede moverse para graduar la pena con mayor precisión, según las necesidades preventivas. (p. 725)

Se critica a este modelo porque genera la inseguridad e impracticabilidad, debido a que el juez no puede dividir la concreta culpabilidad en tres magnitudes: una máxima, una mínima y una intermedia, que sería la culpabilidad real correspondiente al hecho, con ello se señala incluso que el “marco” que propugna

esta teoría, en realidad, no existe, finalmente se manifiesta de que no se sabe qué criterios de prevención especial o general que han de entrar en consideración para dotar de contenido al referido margen de libertad.

C. Teoría del valor jerárquico del empleo

De acuerdo con Mir Puig (2004), esta teoría pretende ofrecer una solución frente a las antinomias de los fines de la pena, partiendo de la retribución de la culpabilidad y de la prevención, pero atribuyendo a cada cual una posición ante la ley completamente diferente.

De este modo, mientras que a la culpabilidad se le asigna la misión de decidir la duración de la pena (Individualización judicial de la pena en sentido estricto), a la prevención se le otorga el rol de orientar la decisión referida a si hay que suspender o sustituir la pena por otra medida (Individualización Judicial de la Pena en sentido amplio).

Este planteamiento ha sido fuertemente criticado en la doctrina alemana, sobre todo porque se considera que el método propuesto por la teoría del valor jerárquico del empleo es incompatible con los criterios de Individualización Judicial de la Pena previstos en el § 46 del StGB (similar a los criterios del artículo 46 del Código Penal peruano) pues no se comprende por qué el § 46.I introduce criterios de prevención especial al obligar que se consideren al fijar la pena “las consecuencias para la vida futura del autor”.

De otra parte, será muy difícil considerar esas consecuencias para la vida futura si antes no se tomaron en cuenta al establecer la magnitud de la pena. Asimismo, no parece compatible con la teoría del valor jerárquico del empleo que

el § 46.II introduzca criterios de prevención especial (vida anterior del culpable, circunstancias personales y económicas, etc.) para determinar la pena en el sentido de § 46.I, es decir para determinar la duración de la pena.

2.2.1.3 Etapas

A. Determinación de la pena básica

En esta etapa la actividad del juez se circunscribe a identificar la pena básica, es decir, a reconocer de modo específico cuál es el mínimo y máximo de pena que puede ser aplicado al delincuente, se señala además que generalmente la pena básica coincide con la llamada pena-tipo que es la pena legal, abstracta o conminada, fijada por el legislador para el delito cometido, Prado Sadarriaga sostiene que por ello se afirma que “la determinación de este marco penal no suele plantear problema para los autores de un delito o falta consumados, pues el marco penal o penalidad se efectúa generalmente indicando expresamente la pena o penas impuestas y su duración” (2000, pp. 101-102).

B. Determinación de la pena concreta

En esta etapa el juez individualizará la pena concreta, le corresponde ahora desplazarse entre el mínimo y el máximo de la pena básica.

Se considera que aquí es el momento de evaluar las circunstancias del caso y valorar los efectos sobre la penalidad, además en esta fase de determinación cobran utilidad los diferentes indicadores que se detallan en los artículos 46 y 46-A, pues se trata de una etapa de cotejo de circunstancias y de asignarles un valor cuantitativo en atención a su

repercusión sobre el contenido del injusto o sobre la culpabilidad de su autor, finalmente el último momento de esta etapa será aquel en donde el Juez, con equidad y raciocinio, decida una pena concreta que estará más próxima al mínimo o al máximo de los límites de la pena básica, según el grado de gravedad y reproche que se asignen al delito y a su autor (Prado, 2000, p. 102).

En el derecho español se habla de concreción legal del marco penal, hablándose de técnicas de antigua data como la de grado mínimo, grado medio y grado máximo, o técnicas modernas como la mitad superior y la mitad inferior.

C. Individualización atendiendo a las circunstancias especiales de atenuación y agravación

Esta etapa posibilita al Juez complementar la individualización alcanzada de la pena, revisando su extensión con base en la concurrencia, eventual, de otros indicadores particulares o circunstancias cualificadas y que suelen autorizar al órgano jurisdiccional a ubicar la pena concreta por debajo o por encima de los límites de la pena concreta por debajo o por encima de los límites de la pena básica o conminada.

Estas circunstancias especiales de agravación o atenuación no tienen una naturaleza definida en la doctrina penal ya que generalmente afectan directamente la configuración de la antijuricidad o de la culpabilidad debiendo a ello sus efectos sobre la penalidad. No son pues accidentales al delito sino constitutivas de él.

2.2.1.4 Sistemas de determinación de la pena

A. Indeterminación legal absoluta

Según Prado (2000) este sistema no indica cuál es el marco concreto de determinación en la individualización de la pena, pues si bien es cierto existiría circunstancias atenuantes y agravantes, el juez tendrá que bajo su criterio establecer dentro del marco de la pena abstracta cuál será la pena aplicable a cada caso concreto.

B. Determinación de penas exactas

Así mismo Prado (2000) sostiene que en este sistema existirá una pena numéricamente exacta para cada situación concreta en la que involucre circunstancias atenuantes y agravantes. Este sistema tendría poco asidero legislativo y carecería de técnica legislativa, pues sería muy compleja la modificación de las penas exactas ante la incorporación legislativa de nuevas circunstancias atenuantes y agravantes.

C. Determinación legal relativa

Según Muñoz (1998), se conoce al sistema de determinación legal relativa como aquel que supone la posición intermedia entre la inexistencia legal de límites o indeterminación legal absoluta y fijación de penas exactas en la ley o determinación legal absoluta, en este sistema se realizan parámetros entre medios, tercios y cuartos de pena, según las circunstancias atenuantes, agravantes, para delimitar un rango de pena aplicable a casos concretos. (p. 582)

Este sistema se regula en códigos penales como el español, colombiano y el peruano.

2.2.1.5 Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal

“Son situaciones que rodean a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor, determinando la modulación de la pena aplicable, es así que si toma en consideración exige, obviamente, a la previa comprobación de la existencia de delito con todos sus elementos” (Muñoz, 1998, p. 526).

A. Según su naturaleza:

a. Comunes o genéricas:

Son aquellas que pueden operar con cualquier delito (artículos 46 y 46 A).

b. Especiales o específicas:

Son aquellas que la ley designa como aplicables solo a determinados delitos. (Artículo 189 - Robo agravado; 297- Tráfico ilícito de drogas)

c. Elementos típicos accidentales

Son aquellas circunstancias que se han añadido a la descripción de un tipo básico y generan la configuración de un tipo derivado privilegiado o cualificado (Artículo 107: Parricidio; artículo 110: Infanticidio).

B. Según sus efectos

a. Circunstancias atenuantes

Son aquellas que son capaces de reducir la penalidad al referirse a factores que determinan un menor injusto, una menor culpabilidad, una menor punibilidad (Artículo 46, inciso, 1 literal f, artículo 22 y artículo 146).

b. Circunstancias agravantes

Estas, como anota Peña Cabrera (1987), indican que son aquellas que determinan una mayor severidad en la sanción, aluden a factores que indican un mayor injusto o mayor culpabilidad (Artículo 46 A) (p. 271).

c. Circunstancias mixtas

Son aquellas que pueden constituir, alternativamente, un factor agravante o un factor atenuante, pueden disminuir o incrementar la responsabilidad. (Parentesco- Artículo 121- Artículo 208).

2.2.2 La Violencia familiar

2.2.2.1 Marco conceptual

Para evitar confusiones ante la variedad de conceptos y los fenómenos que involucran, es conveniente precisar lo que se entiende por violencia familiar, intrafamiliar, doméstica y su diferencia con la violencia de género.

Se habla de violencia familiar, cuando en un grupo social doméstico existe una relación abusiva de poder entre al menos dos de sus integrantes (Lamberti et al., 2008, p. 19). Esto supone cuatro elementos: primero, el ámbito en el que se

desarrolla la conducta es el grupo doméstico, el cual como hemos visto en un apartado previo (Ruiz, 2002, p. 20) puede ir más allá del concepto civil; segundo, se trata de ejercicio de poder, esto es, la intención del agresor no se dirige a dañar sino a someter o subyugar (Félix, 2003. p. 20); tercero, supone una relación asimétrica, en la que uno es más débil o vulnerable que el otro integrante (Lamberti, et al., 2008, p. 19); y cuarto, el comportamiento agresivo es sistemático, no aislado o excepcional (Félix, 2003. p. 20).

El término se construye para definir el fenómeno con un enfoque descriptivo: se presentan actos violentos al interior de un grupo social determinado, en este caso, la familia en sentido amplio (Chávez, 2003, p. 26); sin embargo, puede resultar equívoco por cuanto igualmente es posible suponer que se refiere a la violencia suscitada ad extra, es decir, entre familias.

Tal vez por ello algunos utilizan la expresión “violencia intrafamiliar”, dejando claro el ámbito donde se presenta el fenómeno, pero sin quedar exento de críticas, pues la convivencia de quienes no tienen un vínculo jurídico —sea por matrimonio, concubinato o parentesco— de esta forma se estima como familia (Chávez, 2003, p. 28).

A estos efectos, cabe destacar que, en el ámbito continental, el Consejo de Europa utiliza el término “violencia en la familia” para caracterizar toda acción u omisión realizada en el seno de la familia por uno de sus integrantes contra otro, produciendo con ella menoscabo en su vida, integridad e incluso su libertad, pero también afectando el desarrollo de su personalidad (Mirat, 2007, p. 11).

2.2.2.2 Causas de la violencia familiar

De acuerdo con Lamberti (2008), se han identificado diversas condiciones que favorecen el surgimiento de la violencia doméstica, unas endógenas, como la reproducción de conductas aprendidas en la infancia; otras exógenas, como el uso de alcohol o encontrarse en una situación estresante; mientras que, en la mayoría de los casos, es una mezcla de ambas.

Por lo que tratar de explicar la violencia a partir de una única causa determinante coincide con el sentido común, pero soslaya su composición multifactorial en el ámbito sociocultural donde se presenta y los rasgos de personalidad de los implicados en ella.

Por su parte Crespo y Ruiz (2013) consideran que

el alcohol y las drogas tienen un efecto desinhibitorio respecto del uso de la fuerza, sin embargo, no puede reputarse causa de violencia, pues no todos los consumidores de esas sustancias la ejercen, incluidas las mujeres. De igual forma, la violencia como respuesta individual socialmente construida, es decir, que los individuos acuden a la violencia como forma de resolver una situación estresante es aprendida (p. 46).

En este sentido, Crespo y Ruiz (2013) consideran que más convincentes resultan las llamadas teoría ecológica y la teoría del intercambio social. La primera postura parte de analizar los contextos sociales en los que se ubican las familias, identificando de esta manera cuatro niveles: el ontogenético, donde se alude a las biografías de los adultos integrantes de la familia y los modelos de rol conyugal y de paternidad que poseen; el microsistema, referido a las características de las interacciones que desembocan en violencia; el exosistema,

vinculado a las relaciones de la familia con su entorno social inmediato, como el laboral, educativo o de servicios públicos; y el macrosistema, conectado con los valores culturales y sistemas de creencias que legitiman o exculpan el recurso a la violencia, concretamente, el patriarcado en su conjunto.

La segunda postura tiene como base que la interacción humana se guía por la búsqueda de recompensas y evitar costos; de esta forma, si alguien proporciona una recompensa, genera la expectativa de correspondencia y si ello no ocurre, se rompe la relación.

En la familia, de acuerdo con Meil (2016), la relación no se rompe tan fácilmente, de manera que ante lo que se percibe como trato injusto, se genera conflicto que puede derivar en violencia. Adicionalmente, las ausencias de controles sociales efectivos reducen los costos de utilizar este medio de resolver el conflicto.

Finalmente, cabe señalar que la violencia familiar se presenta en al menos tres formas distintas (Giménez,2001): maltrato infantil o violencia familiar descendente; violencia conyugal; y maltrato a ancianos, que no coincide con la violencia familiar ascendente.

2.2.2.3 Violencia familiar y violencia doméstica

La violencia familiar se distingue de otro tipo de violencia por su diverso origen: las relaciones de subordinación derivadas de la convivencia en el contexto doméstico o sus asimilados. En efecto, la causa de esta forma de violencia está en la naturaleza de las relaciones familiares, en las que existe subordinación y

dependencia de algunos de sus integrantes respecto de otros (Laurenzo, 2005, p. 8).

En cambio, se habla de violencia doméstica cuando esta tiene lugar dentro o fuera de la morada, pero entre las personas que la comparten, o sea, entre quienes habitan el mismo domicilio. Luego, el concepto “violencia doméstica” tiene una comprensión mayor que el de “violencia familiar”, pues en él se incluye a quienes, si bien no forman parte del grupo familiar, conviven con sus miembros (Lanzos, 2001, pp. 133 y ss.).

La violencia doméstica tiene su origen en patrones transmitidos por la propia familia a través de mecanismos formales e informales de control social, en el proceso de socialización, es decir, los procesos educacionales y de formación de hábitos culturales propician la perpetuación del fenómeno; en la situación de vulnerabilidad de ciertos miembros respecto de otros; en los conflictos entre las personas unidas por lazos afectivos; y hasta en la legislación, pues tanto la mujer como los hijos se consideraban sujetos a la potestad del varón (Ruiz, 2002, p. 21).

Se trata entonces de un comportamiento aprendido: un alto porcentaje de varones que ejercen violencia contra su pareja o familiares, fueron testigos, víctimas o ambos, de maltrato en su niñez; entonces, si bien experimentan odio y rechazo por su agresor, también aprenden que el miembro más violento es también el más poderoso en el entorno familiar (p. 25).

De acuerdo con Lamberti (2008), las familias donde se presenta el maltrato tienen en común tres peculiaridades:

primera, una estructura jerárquica inamovible a partir de creencias sobre desigualdad natural; segunda, dependencia y falta de diferenciación de sus

miembros; y tercera, la distorsión comunicativa acerca del significado de los actos violentos, de manera que se les presenta como legítimos y positivos (p. 21).

En este sentido, la violencia ejercida contra los integrantes de la familia es un mecanismo utilizado para la resolución de conflictos interpersonales, de manera que estaría desvinculada de la discriminación por razones de género” (Ruiz, 2002, p. 21).

Por lo que, al interior de la familia, de acuerdo con Galán (2009), se considera que

la presión social para mantener un comportamiento aceptable se hace más débil; al mismo tiempo, se pasó, en un tiempo relativamente breve, de una sociedad marcadamente patriarcal a otra donde la igualdad formal de la mujer debe hacerse efectiva, material, de manera que la resistencia al cambio en la familia y a la pérdida del control ancestral genera fricciones, frustración y conflicto entre sus miembros. (p. 49)

2.2.2.4 Violencia familiar y violencia de género

Por su parte, el término “violencia de género” se utiliza para denotar cualquier acto de agresión dirigido a mujeres por su pertenencia al género femenino (García, 2006, pp. 2-5), con la potencialidad objetiva para producir daño físico o psicológico (Mirat y Armendáriz, 2007, p. 11).

Entonces, la violencia de género no se limita al entorno familiar, si bien contempla la posibilidad de que se presente en él, caso en el que se tiene como víctima directa a la mujer y solo indirectamente, a los hijos. Considerando que

el género es el conjunto de funciones y cualidades que se atribuyen a una persona por su sexo, de manera que se trata de un concepto cultural; en cambio, el sexo es la diferencia biológica entre los seres vivos determinado por la naturaleza, es decir, se trata de una distinción basada en elementos físicos y biológicos (Ruiz, 2002, p. 20).

También existe violencia de género en la comunidad, cuando cualquier persona realiza actos vejatorios contra otros, por su condición de mujeres

Finalmente, se actualiza la violencia de género cuando el Estado o sus agentes, realizan las conductas antes mencionadas o toleran su ejecución. “La violencia de género se basa en la discriminación: derivado de un largo proceso socio-histórico, a las mujeres, como grupo social, se les ha asignado un papel secundario, de subordinación y dependencia respecto de los varones” (Félix, 2003, p. 304).

Así, la violencia de género posee una característica distintiva de otros delitos: “agrava o se aprovecha de un proceso de victimización social por el cual diversas conductas aparecen como socialmente aceptadas, aunque presuponen y perpetúan la desigualdad de hombres y mujeres al ubicar en posición de superioridad a aquellos frente a estas” (De La Cuesta, 2012, p. 5).

Justamente es aquí donde la violencia de género, la familiar y la doméstica se yuxtaponen, lo que genera confusión y desenfoque: si bien la violencia conyugal puede situarse dentro de la doméstica y más concretamente como familiar, ello únicamente es válido si se toma en consideración el contexto donde aquélla se presenta.

Cuando se toman como referente las causas de la violencia, es decir, que la convivencia en el ámbito doméstico se basa en relaciones de subordinación y dependencia que favorecen la posición de dominio de algunos miembros del colectivo en relación al resto, se avanza un paso en la ruta para cribarlas, pero uno solo; las relaciones familiares son asimétricas por naturaleza, o como resultado de la construcción social.

La situación de dependencia derivada de la ley, por ejemplo, la patria potestad o tutela; de una relación contractual, como en el caso de la colaboración doméstica; o de una circunstancia personal que se traduce en vulnerabilidad personal frente al resto de los integrantes del grupo familiar, como edad avanzada o incapacidad, son causas “naturales” de asimetría en las relaciones personales. (Laurenzo, 2005, p. 8)

Agrega Laurenzo (2005) que, en cambio, no existe razón jurídica ni esencial por la cual la mujer adulta y capaz se encuentre en una posición subordinada a otro miembro de la familia, a saber, su marido o pareja; la relación asimétrica es producto de la discriminación estructural que la mujer padece como género, derivada de la desigualdad en la asignación de roles sociales (p. 8).

Esta es la nota que caracteriza a la violencia de género, distinguiéndola del resto. La violencia de género es una violencia instrumental, no neutra, se la utiliza como medio para conseguir el fin último: mantener la dominación sobre la mujer, ya sea que esto suceda en el ámbito familiar, en el social, o en el laboral. En ese sentido:

No es producto de la agresividad ambiental, ni de la conflictividad inherente a las relaciones de pareja, como tampoco de la ingesta de

sustancias como alcohol o drogas; se trata de un medio para garantizar la relación de dominio de la mujer por el hombre (Laurenzo, 2005, p. 2).

Así mismo, Mirat (2007) considera:

El ejercicio cotidiano de la violencia aunado a la ausencia de sanción social deriva en la llamada “indefensión aprendida”, es decir, la mujer sometida a malos tratos no reacciona ante el primer incidente de violencia, sea física o psicológica, tampoco frente a los posteriores. Como resultado, inicia un proceso de desgaste en el que la autoestima disminuye, de manera que los mecanismos de defensa desaparecen (p. 18).

Por su parte, según De La Cuesta (2012) estamos en presencia de un círculo vicioso: el entramado social genera condiciones de desventaja; el entorno familiar educa en la dependencia, sumisión y baja autoestima; el uso de la violencia en las relaciones familiares o de pareja se legitima como correcto; finalmente, la violencia es rentable: permite mantener la situación de dominio y no lleva aparejados efectos adversos para quien la emplea.

Así, los dos fenómenos presentan lo que podría llamarse una zona de traslape: cuando el acto violento ocurre en el entorno doméstico, pero ello no puede extenderse a todos los supuestos previstos; únicamente se actualizan supuestos de violencia de género cuando el autor comete la conducta aprovechándose de un proceso previo de victimización social o profundizando en él.

La precisión conceptual antes realizada, permite identificar con claridad su contenido y alcance, quedando claro que violencia familiar, doméstica y de género, no son sinónimos; diferenciación que mostrará su importancia cuando se

proceda al análisis de las conductas típicas, en apartados subsecuentes. De igual forma, es fundamental la distinción pues al tener causas diversas, el tratamiento que el Derecho Penal da a la violencia doméstica no puede ser el mismo que requiere la violencia basada en el sexo; tampoco es admisible mezclar los tipos penales destinados a prevenir y sancionar la violencia de género con los relacionados a la violencia doméstica.

2.2.2.5 El derecho penal del género

Desde un punto de vista criminológico, Serrano Maíllo (2009) señala que el género es

una de las variables que más afecta a la vida personal de los individuos. En efecto, como es fácil de comprender, ser hombre o mujer afecta las opciones que una persona puede tomar en su vida y también su quehacer cotidiano. Más aún, la variable que correlaciona de forma más sólida con la criminalidad es el género: frente a las mujeres, los hombres perpetran un porcentaje absolutamente desproporcionado de los delitos que se cometen en una comunidad. (p. 402)

Este es un dato esencialmente criminológico, pero la valoración que ha de efectuar el Derecho Penal para definir su ámbito de intervención se elabora desde distintos planos.

Agrega Serrano (2009) que las conductas que el legislador declara “delictivas” parten de un sustento legitimador de uso general: la conducta humana generadora de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Desde un aspecto estrictamente penal-sustantivo, el enfoque de desvalor se elabora desde el

menoscabo o daño que la acción u omisión produce como componente material, de ahí se procede a la descripción fáctica y normativa del comportamiento humano con arreglo a un Derecho Penal de acto.

Llevada dicha argumentación a los delitos de homicidio y sus derivados, diríamos que la estructuración típica de la conducta desplegada por el agente tiene que ver únicamente con el obrar atribuible a una persona, al margen de su sexo, edad, raza u otro factor de orden social, económico u antropológico. Una cosa es la contemplación criminológica y otra la penal, pues la primera de ellas, al ser una ciencia explicativa, tiende a escudriñar en los factores que llevan a una persona a delinquir, así como a los procesos de victimización, mientras que la segunda valora hechos (conductas) susceptibles de ser encajados en el tipo legal en cuestión.

De acuerdo con Zaffaroni (2009),

lo anotado importa una descripción del deber ser de la ciencia penal, que debe materializarse en la proyección de la política criminal, sin embargo, el legislador a veces se desvía de dicho norte para adentrarse en valoraciones influidas por las posiciones sociales de los individuos (estereotipos), y ello con mayor énfasis en estructuras sociales donde el sexo femenino se encuentra en una posición de inferioridad con respecto al masculino. (p. 23)

Agrega Zafaroni (2009) que suele ser el legislador (hombre) quien define las conductas penalmente prohibidas, a veces conduciéndose bajo esquemas patriarcales, y tipificando figuras delictivas en las que se patentizan roles o posturas sociales. Los delitos sexuales son una muestra palmaria de ello, ámbito

donde antaño solo los hombres eran los sujetos activos del delito y solo las mujeres los sujetos pasivos, y donde se protegía el honor sexual de estas, por lo que aquella que ya se había iniciado en la vida sexual, la prostituta o la consorte no eran dignas de protección penal. Asimismo, se tipificaron delitos cuyo autor solo podía ser un varón, como el de seducción (que prohibía la conducción social del hombre seductor) o el rufianismo (que sancionaba al zángano que vivía a costa del dinero que su mujer ganaba merced a la prostitución).

En definitiva, ha sido siempre el hombre el que ha fijado los rumbos de la política criminal del país, y en tal medida, “la suerte de las mujeres en el proceso de criminalización y de victimización de las conductas prohibidas, con base en posturas y estigmas sociales. A la ciencia debe acusarse también dicho etiquetamiento social” (Serrano 2009, p. 405).

En tal sentido, se tiene una legislación penal a la que no se le puede considerar “neutra” cuando toma en cuenta el género del autor para definir normativamente las conductas delictivas, dando lugar a un “Derecho Penal del género”.

Empero, las mutaciones en la sociedad, así como una visión democrática de la cuestión, han propiciado cambios en el plano normativo. Así, actualmente el hombre también puede ser sujeto pasivo de los delitos sexuales, sea desde una postura homosexual o heterosexual. En el caso del delito de seducción, podría decirse también lo mismo en lo referente a la promesa de matrimonio (por ejemplo, una sociedad liberalizada, si se puede decir, puede concebir perfectamente que sea la mujer la que proponga matrimonio al hombre), que

además no es el único supuesto de configuración (ello al margen de lo obsoleto de este delito y de su carencia de materialidad sustantiva).

Y en la hipótesis del delito de rufianismo, la prostitución es una actividad a la cual ha ingresado también el hombre (no obstante, a que el tipo penal exprese un Derecho Penal de autor: si la víctima es un impúber, la conducción típica debe trasladarse a las figuras delictivas contenidas en los artículos 170 o 181 del CP.).

Consecuentemente, no resulta hoy conforme con las garantías materiales del Derecho Penal elucubrar un “Derecho Penal del género”, sobredimensionando la victimización de la mujer por parte del hombre, pues, como se ha señalado, el Derecho punitivo no es el instrumento idóneo para impedir todo viso de discriminación ni para viabilizar la materialidad del principio de igualdad constitucional.

Cuestión distinta ha de verse cuando se fija un tratamiento punitivo diferenciando, tomando en cuenta las particularidades del agraviado o la especial relación entre el autor y la víctima. Es así que se procede a penalizar con mayor intensidad las violaciones sexuales cuanto más baja sea la edad del ofendido, con arreglo al criterio de la mayor vulnerabilidad (García-Pablos, 1996, p. 93), o cuando media una relación de superioridad que le otorgue al autor cierto poder sobre su víctima; circunstancias que justifican que el legislador intensifique la respuesta penal.

Sin embargo, las situaciones descritas no las podemos equiparar con el hecho de que el sujeto pasivo del homicidio sea una mujer. “Ello supondría reconocer la existencia de una relación de superioridad del varón sobre la mujer o una extrema inferioridad de esta (vulnerabilidad presunta)” (Faraldo, 2006, p. 91),

que, si bien puede darse en ciertos casos, puede no concurrir, máxime cuando el hombre puede ser pasible también de violencia familiar.

En consecuencia, no puede postularse dicha afirmación de forma general. Según la posición aquí adoptada, avalar dicha postura significa degradar a la mujer frente al hombre, colocándola en una posición de inferioridad, lo cual es inaceptable en un orden democrático de Derecho.

“Se deben promover políticas sociales orientadas a combatir la discriminación contra la mujer (machismo)” (Serrano, 2009, pp. 408-409). y “formular políticas sociales” (Morillas, 1996, p. 54), que “difundan el verdadero rol de la mujer en la sociedad actual, que no es de sumisión ni de subordinación, sino de protagonismo en las actividades sociales, económicas y culturales de nuestro país” (Queralt y Comas, 2005, p. 1201).

Sin embargo, esta tarea no se le puede conferir al Derecho Penal, cuya misión es otra: prevenir ataques a los bienes jurídicos penalmente tutelados. Añadir un plus de desvalor a conductas como el asesinato invocando el principio de igualdad es un despropósito que no se puede avalar, provenga o no dicha iniciativa del género femenino.

En la moderna criminología, de acuerdo con Hassemer (1984), se postula:

la posibilidad de prevenir la delincuencia incidiendo en la víctima (potencial). El fundamento científico de esta concepción (“prevención victimal”) complementaria, no sustitutiva, de la “criminal” parece incuestionable. El crimen es un fenómeno altamente selectivo, no casual, ni fortuito o aleatorio: busca el lugar oportuno, el momento adecuado y la víctima propicia. (p. 92)

“La condición de víctima —el riesgo de llegar a serlo— tampoco depende del azar o de la fatalidad, sino de circunstancias concretas, susceptibles de verificación...” (García-Pablos, 1996, p. 116). En el caso de la “violencia doméstica”, este dato aparece de forma clara cuando la propia mujer se coloca (consciente o inconscientemente) en una situación de alto riesgo, cuando no se separa del hombre, anuncia su separación al agresor, o no denuncia los hechos a las autoridades; la pasividad, inercia o resignación de algunas mujeres es un obstáculo para la verdadera prevención de estas conductas antijurídicas.

Así, por ejemplo:

En la doctrina española, se sostiene que el mero dato criminológico o estadístico de que los casos de violencia sobre las mujeres sean más frecuentes que los casos de violencia sobre los hombres, no justifica en absoluto un trato dogmático diferencial como es el castigar de manera más agravada al hombre agresor que a la mujer agresora, sino que, en todo caso, aconseja que dicha desigualdad o desequilibrio social se combata sociológicamente con otros específicos medios: medidas de prevención, planes educativos de sensibilización, precisa información mediática, ayudas económicas y sociales, etc. (Polaino, 2005, pp. 70-71).

2.2.2.6 El delito de feminicidio

El delito de feminicidio, tipificado en el artículo 108°-B del Código Penal peruano, sanciona los actos que ponen en riesgo la vida de una mujer por su condición de tal, en contextos como la violencia familiar; la coacción,

hostigamiento o acoso sexual; el abuso de poder, confianza o autoridad sobre la víctima; o, en general, cualquier contexto de discriminación contra la mujer.

El concepto de *femicide* fue empleado por primera vez por Diana Russell en 1976, durante la conmemoración del Tribunal Internacional de Crímenes contra las Mujeres (Laporta, 2012, p. 9). Posteriormente, el concepto fue desarrollado por ella misma y por Jane Caputi en el libro *Femicide: the politics of women killing*, publicado en el año 1992. Asimismo, la incorporación del término «feminicidio» a la academia latinoamericana fue realizada por la antropóloga e investigadora mexicana Marcela Lagarde en la década de los ochenta (Laporta, 2012, p. 15).

El objetivo de conceptualizar el término «feminicidio» por parte de Russell y las investigadoras posteriores fue el de levantar el velo de los términos neutrales y mostrar que hay cuestiones vinculadas al género detrás de una gran cantidad de muertes ocasionadas a mujeres (Laporta, 2012, p. 13), las mismas que son importantes de comprender para determinar por qué ocurren esas muertes y poder prevenirlas a futuro.

Castillo (2014) sostiene:

El feminicidio es el crimen contra las mujeres por razones de género, es decir, la privación arbitraria de la vida de una mujer por el simple hecho de ser mujer a manos de un varón en su deseo de obtener poder, dominación y control. Se le ha considerado también como el “genocidio contra las mujeres” o “crimen de odio contra la mujer” por la crueldad y ensañamiento con la que actúa el género masculino, motivado por su falsa

creencia de superioridad y por la cultura machista impregnada en la mentalidad social. (p. 43)

Por tanto, se ha tratado, también, de demostrar que aquellas muertes ocasionadas a mujeres no son de índole meramente privada o producto de una patología, sino que deben ser reconocidas como un asunto de política sexual (Laporta, 2012, p. 14). Ello en la línea de que la mayoría de muertes ocasionadas a mujeres por parte de sus esposos, amantes, padres, conocidos y extraños no son consecuencia de una desviación inexplicable (Díaz, 2014, p. 77).

Como señala el Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), la conceptualización del feminicidio busca «visibilizar la discriminación, la opresión, la desigualdad y la violencia sistemática contra la mujer que, en su forma más extrema, culmina en la muerte» (ONU, 2012, p. 13).

“El feminicidio es descrito como aquella acción por la que se mata a una mujer en una situación en la que se considera que esta incumple con los estereotipos de género que se esperan de ella...” (Sánchez, 2011, p. 3). En palabras de Laporta (2012), “los feminicidios deben ser comprendidos dentro del sistema de género sexista, de los estereotipos «impuestos a los géneros y de la distribución injusta del poder entre ellos»” (p. 16). Al respecto, Inchaustegui (2014) señala que “los feminicidios tienen lugar cuando ha habido comportamientos de las mujeres que son considerados como quebrantamientos al orden sexista” (p. 377).

De esta manera, los feminicidios mantienen y reproducen la discriminación estructural de las mujeres, perpetuando la desvalorización de lo

femenino (Benavides, 2015, p. 78), pues envían a las mujeres el mensaje de que, si incumplen con el estereotipo de género que se espera de ellas, podrían ser las siguientes víctimas. Por esta razón, los feminicidios expresan a las mujeres los límites que no deben cruzar y, a los varones, les envían un mensaje de poder, dominio y posesión (Incháustegui, 2014, pp. 376-377).

Ahora bien, usualmente el feminicidio ocurre cuando la persona que lo comete ha empleado anteriormente la violencia para tratar de cambiar la acción o decisión de la mujer y que este encaje dentro de los estereotipos de género esperados, pero no lo ha logrado (Sánchez, 2011, p. 11). Sin embargo, en algunas ocasiones el feminicidio también puede cometerse repentinamente e inclusive puede no ser un resultado deliberadamente buscado por la persona agresora, quien puede haber pretendido actuar con violencia para herir o hacer sufrir a la mujer (Segato, 2006, p. 4).

Claro está que ello no tiene por qué ser relevante desde un análisis de teoría del delito, como se examinará en mayor detalle más adelante, en la medida en que se demuestre el conocimiento por parte del sujeto activo de que su acción podría haber ocasionado la muerte de la mujer.

Entonces, cuando se trate de dilucidar si la muerte ocasionada a una mujer se constituye como un feminicidio, resulta importante examinar la situación en la que se enmarca la misma. En ese ejercicio, debe tratar de identificarse si existió un estereotipo de género femenino que podría haberse considerado como incumplido por la mujer o que se le haya buscado imponer —en lugar de aceptar que las mujeres tienen derecho a la libertad y a la igualdad—, y frente al cual la persona agresora habría respondido con violencia.

2.3 Definición de términos

Según el Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar (2018):

- a) **Violencia contra las mujeres.** La Ley 30364 la define como “cualquier acción o conducta que les causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado”.
- b) **Ser mujer. Implica** tener una mayor vulnerabilidad a la violencia debido al machismo imperante y la desigualdad. La violencia contra las mujeres está asociada a la dominación masculina y a la legitimización de la creencia de que los hombres están facultados para utilizar contra ellas, en caso no accedan a sus requerimientos.
- c) **Violencia de género.** Es cualquier acción o conducta, basada en el género y agravada por la discriminación proveniente de la coexistencia de diversas identidades (raza, clase, identidad sexual, edad, pertenencia étnica, entre otras), que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a una persona, tanto en el ámbito público como en el privado. Se trata de aquella violencia que ocurre en las sociedades donde las personas creen en la superioridad de lo masculino sobre lo femenino, generando privilegios y servicios a favor de aquellas personas que asumen el rol masculino y exigen, a través de la persuasión y sanción social, una subordinación de las personas que asumen conductas tradicionalmente femeninas.
- d) **Víctima.** En el marco de la Ley 306364, se denomina víctima a la mujer o integrante del grupo familiar que ha sufrido daño ocasionado por cualquier

acción u omisión identificada como violencia según los artículos 5, 6 y 8 de la citada Ley.

- e) **Personas en situación de vulnerabilidad.** Son las personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, se encuentren con especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Pueden constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual y la privación de libertad.
- f) **Revictimización.** Se entiende como las acciones u omisiones inadecuadas que incrementan el daño sufrido por la víctima como consecuencia de su contacto con las entidades encargadas de la atención, protección, sanción y recuperación de la violencia. Las instituciones que integran el Sistema Nacional para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar adoptan las medidas adecuadas para erradicar la revictimización considerando la especial situación de la víctima.
- g) **Ficha de Valoración del Riesgo (FVR).** Es un instrumento que aplican quienes operan las instituciones de la administración de justicia y tiene como finalidad detectar y medir los riesgos a los que está expuesta una víctima respecto de la persona denunciada. Su aplicación y valoración está orientada a otorgar medidas de protección con la finalidad de prevenir nuevos actos de violencia, entre ellos, el feminicidio.

- h) **Agravante.** Circunstancia modificativa de la responsabilidad que determina un aumento de la pena correspondiente al delito por suponer una mayor peligrosidad del sujeto o una mayor antijuridicidad de su conducta. Se trata de motivos que se vinculan al hecho en sí mismo y otorgan más gravedad al delito, se unen de forma indisoluble a los elementos esenciales del delito, aumentando la responsabilidad penal, y por tanto aumentando la pena a imponer.
- i) **Feminicidio.** El feminicidio es el crimen contra las mujeres por razones de género, es decir, la privación arbitraria de la vida de una mujer por el simple hecho de ser mujer a manos de un varón en su deseo de obtener poder, dominación y control. Se le ha considerado también como el “genocidio contra las mujeres” o “crimen de odio contra la mujer” por la crueldad y ensañamiento con la que actúa el género masculino, motivado por su falsa creencia de superioridad y por la cultura machista impregnada en la mentalidad social (Castillo, 2014, p. 43).

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

3.1 El Femicidio y su regulación en el Código Penal peruano

3.1.1 *Antecedentes del femicidio en el derecho peruano*

Según Bendezú (2012), con base en los lineamientos establecidos por la ONU y la OEA para el desarrollo del tema de la violencia contra la mujer, la respuesta inicial del legislador peruano en regular normativamente este problema fue oportuna, aunque criticable al haberse enfocado en la violencia familiar y no en la violencia de género, entendida como la discriminación que sufren las mujeres por el simple hecho de ser mujeres como consecuencia de la desigualdad en la distribución de los roles sociales. (pp. 90-93)

Así, la protección contra la violencia familiar en el Perú, se inició con la promulgación de la Ley de Protección frente a la Violencia familiar, Ley N° 26260, del 24 de diciembre de 1993, modificada mediante la Ley N° 26763, que autorizó al Poder Ejecutivo para que mediante el Decreto Supremo N° 006-97-JUS del 25 de junio de 1997 dicte el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley N° 26260, y la Ley N° 27306 del 14 de julio de 2000.

En ella se define la violencia en el ámbito familiar como cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual, que puede configurarse entre cónyuges, convivientes, excónyuges, exconvivientes, ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, quienes habiten en el mismo hogar siempre que no medien relaciones contractuales y laborales, y quienes hayan

procreado hijos en común independientemente de que convivan o no al momento de producirse la violencia.

Más adelante, se promulgó la Ley N° 29282 el 25 de noviembre del 2008, que modificó nuevamente el TUO de la Ley N° 26260 al incluir en su artículo 1 un supuesto más dentro de la violencia familiar respecto a las uniones de hecho, entre uno de los convivientes y los parientes del otro hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, y por primera vez el Código Penal con el fin de reforzar la protección de las víctimas de esta violencia, mediante la reforma de los artículos 121-A referido a lesiones graves y 122-A relativo a lesiones leves en los que se incrementa la pena si el perjudicado es un menor y se introduce en ambos, la agravante de lesiones por violencia familiar en el artículo 121-B y 122-B, respectivamente.

Asimismo, se modificó el artículo 441, a establecer que en el caso que la lesión dolosa requiera hasta diez días de asistencia descanso según prescripción facultativa, será considerada como falta salvo que la lesión se produzca por violencia familiar que constituiría una agravante y su conversión a delito (Bendezú, 2012, p. 159).

Fue hasta la promulgación de la Ley N°29819 del 5 de diciembre del 2011, que incorporó el delito de feminicidio en el artículo 107 del Código Penal que comprendía al parricidio, que la protección contra la violencia de la mujer cambió de enfoque, dejando de reducirse al ámbito familiar, para referirse al homicidio de mujeres por razón de género, es decir, por su condición de mujer.

3.1.2 El feminicidio en el Código Penal

3.1.2.1 Ley N° 29819: Modificación del artículo 107 del Código Penal e incorporación de la figura del feminicidio

En principio, hay que señalar que entre los años 2011 y 2013 —periodo, en efecto, coincidente con el gobierno de Humala— se realizaron reformas del Código Penal para incorporar la tipificación del delito de feminicidio. Sin embargo, estas reformas no fueron iniciativa exclusiva del Ejecutivo, sino que tuvieron como origen varios proyectos de ley de distintas bancadas.

La primera vez que el delito de feminicidio fue incorporado al Código Penal se dio a través de la Ley N° 29819, que tuvo como origen el debate de hasta 4 proyectos de ley provenientes de varias bancadas. El primer proyecto provino del Grupo Parlamentario Fujimorista y tuvo como autora a la excongresista Luisa María Cuculiza.

Otros proyectos de ley que se presentaron posteriormente y se debatieron junto a esta iniciativa legislativa fueron el P.L. N° 224/2011 “que incorpora el delito de feminicidio al Código Penal”; el P.L.350, “que tipifica el delito de feminicidio”; y el P.L. 537 “que modifica el artículo 107 del Código Penal, incorporando el delito de feminicidio”. Los dos primeros fueron presentados por la bancada del Grupo Nacionalista Gana Perú y el tercero por el Poder Ejecutivo, tres meses después del ingreso del proyecto de Cuculiza.

La norma fue aprobada por el Congreso de la República el 1 de diciembre del 2011 y promulgada por el Ejecutivo el 27 de diciembre del 2011.

Como parte de la política de promoción de los derechos inalienables e irrenunciables del género femenino, asumida por el Estado peruano, el legislador

penal optó por incluir por primera vez el término “feminicidio” en el artículo 107 del Código Penal —parricidio— mediante la Ley N° 29819, con el fin de calmar y satisfacer las expectativas de los movimientos feministas existentes en nuestro país y así mostrar una actitud prudente y atenta en la búsqueda de soluciones al problema social de la violencia contra la mujer.

La tipificación inicial del delito de parricidio en el artículo 107, también llamado homicidio de autor, comprendía la conducta de quien a sabiendas, mataba a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a su cónyuge o concubino, exigiendo para su configuración que el sujeto activo, que podía ser mujer o varón, actuara con pleno conocimiento de los vínculos consanguíneos —padre, hijo natural, etc.— o jurídicos —hijo adoptivo, cónyuge, concubino— que mantenían con su víctima, los mismos que debían estar vigentes al momento de su comisión.

Tipificación inicial del artículo 107: “El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a su cónyuge o concubino, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años”

De acuerdo con Salinas (2012),

la sobrecriminalización de la conducta parricida, como modalidad agravada del homicidio simple, se fundamentó en la infracción que supone de los deberes de consideración, respeto, ayuda mutua, afecto y cuidado, que derivan de las relaciones de parentesco y de las relaciones de convivencia. Así, si el parricida no era capaz de respetar la vida de las personas con las que hacía vida en común o mantenía una relación afectiva, menos lo haría con la vida de terceros, significando una mayor peligrosidad para la sociedad. (p. 72)

3.1.2.2 Ley N° 30068: El feminicidio como una modalidad agravada del homicidio

En consideración a las limitaciones que implicó la regulación del feminicidio como una simple modalidad del parricidio para la efectiva protección de la mujer y sus derechos, el legislador penal consideró como oportuno y necesario proponer una legislación modificatoria del delito de feminicidio, que culminaría con la publicación de la Ley N° 30068 el 18 de julio del 2013 con la que se incorporó dicha figura de manera autónoma como una modalidad agravada del homicidio simple con la siguiente denominación: “La Ley N° 30068: Ley que incorpora el artículo 108-A al Código Penal y modifica los artículos 107, 46-B y 46-C con la finalidad de prevenir, sancionar y erradicar el feminicidio”.

Así, mediante la Ley N° 30068, publicada el 18 de julio del 2013 y orientada a la prevención, sanción y erradicación de los casos de muerte de mujeres en nuestro país, se incorporó el artículo 108-B al Código Penal con el cual se tipificaría de modo independiente el delito de feminicidio que deja de ser una modalidad del parricidio para convertirse en una nueva modalidad agravada del homicidio.

Asimismo, se modificó el artículo 107 que regularía únicamente al parricidio, el 46-B y 46-C referidos a la reincidencia y habitualidad en el caso de feminicidio, y el artículo 46 del Código de Ejecución Penal sobre la redención de la pena mediante el trabajo o la educación.

La pretensión del legislador fue reforzar la protección de los derechos y libertades de las mujeres con la creación de un tipo penal que llevara el título de feminicidio, legislando en un artículo propio y con un tipo objetivo y subjetivo

distinto al asesinato de mujeres a manos de género masculino. El artículo 108-B comprendería exclusivamente la conducta del varón que por cuestión de género mata a una mujer, es decir, por su simple pertenencia al género femenino.

Presenta la siguiente regulación en el Código Penal: Artículo 108-B: Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos: 1. Violencia familiar; 2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual; 3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente; 4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente. La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes: 1. Si la víctima era menor de edad; 2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación; 3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente; 4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación; 5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima padeciera cualquier tipo de discapacidad; 6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas; 7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108. La pena será de cadena perpetua cuando concurren dos o más circunstancias agravantes.

Las principales novedades de esta legislación fueron que a diferencia de la regulación anterior, el tipo penal de feminicidio no se limitaría a la existencia de una relación afectiva o sentimental entre la víctima y su agresor, sino que haría referencia a todas las posibles circunstancias que pueden motivar al género

masculino a arrebatarle la vida a una mujer, basadas en su sentimiento de rechazo hacia las féminas como parte del orden social, como consecuencia de prejuicios sociales y de la cultura machista imperante en nuestra sociedad; y la agravación de las consecuencias jurídicas al incluir la pena de cadena perpetua, que será aplicable en los casos en los que concurran dos o más circunstancias agravantes que el tipo establece.

Así, de acuerdo con Castillo (2008),

el delito de feminicidio, ubicado en la sección de Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud del Código Penal y tipificado en el artículo 108-B como una modalidad derivada y agravada del homicidio, constituye un delito de resultado al requerir para su consumación la producción de un resultado lesivo, es decir, la muerte de la víctima, como concreción del riesgo no permitido generado por la conducta libre, consiente y responsable del autor. (pp. 87-88)

3.1.2.3 Ley N° 30819 que modifican el Código Penal: La nueva regulación del delito de feminicidio

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley N° 30819, publicada el viernes 13 de julio de 2018, en el Diario Oficial El Peruano, norma que modifica tanto el Código Penal como el Código de los Niños y Adolescentes, así como diversos artículos del Código Penal. Así, tenemos una nueva tipificación en los delitos de feminicidio, lesiones (graves, leves, culposas, contra la mujer), maltrato, entre otros.

En ese sentido, se han modificado siete artículos del Código Penal, a fin de ampliar la protección penal para los casos de violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar. Los artículos modificados son los siguientes: 108-B (feminicidio), 121 (lesiones graves), 121-B (lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar), 122 (lesiones leves), 122-B (agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar), 441 (lesión dolosa y lesión culposa) y 442 (maltrato). Igualmente, se ha derogado el artículo 443 del Código Penal, el cual regulaba la falta de agresión sin daño.

A. Feminicidio (art. 108-B del Código Penal)

Se ha aumentado la pena mínima del tipo base de feminicidio de 15 a 20 años. Por lo tanto, esta será ahora la menor pena a imponerse en los casos de feminicidio por violencia familiar; coacción, hostigamiento o acoso sexual; abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente; y cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

Igualmente, se ha aumentado de 25 a 30 años la pena mínima en las formas agravadas de feminicidio, esto es, cuando la víctima sea menor de edad o adulta mayor, o se encontrara en estado de gestación o presentara alguna discapacidad, o fuera previamente objeto de violación o sometida a trata de personas, entre otros supuestos. En la circunstancia agravante de cometerse el delito estando presente cualquier niña, niño o adolescente, se ha eliminado la expresión “a sabiendas”.

Se mantiene la pena de cadena perpetua cuando concurren dos o más circunstancias agravantes.

B. Lesiones graves (art. 121 del Código Penal)

Se ha establecido que, en los supuestos base del delito de lesiones graves (peligro inminente de la vida de la víctima, mutilación, las que requieran 20 o más días de asistencia o descanso, y afectación psicológica por presenciar un homicidio doloso, lesión dolosa o violación sexual), cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de 6 ni mayor de 12 años.

No obstante, si la muerte de la víctima se produce como consecuencia de cualquiera de las circunstancias agravantes del delito de lesiones graves (la víctima es militar o policía, o menor de edad, adulta mayor o presente discapacidad, etc.), se aplicará una pena privativa de libertad no menor de 15 ni mayor de 20 años.

C. Lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar (art. 121-B del Código Penal)

Se ha adicionado que se aplicará la pena prevista en este artículo (6 a 12 años de prisión), cuando la víctima sea cónyuge, excónyuge, conviviente, exconviviente o con quien se haya procreado hijos en común, independientemente de que se conviva o no con ella al momento de producirse los actos de violencia.

Igualmente, se ha agregado estos tres nuevos supuestos: i) la víctima haya estado bajo el cuidado del agresor, ii) el delito se hubiera realizado en cualquiera

de las circunstancias previstas en el delito de feminicidio; y, iii) si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.25 gramos/litro, o bajo efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas.

Del mismo modo, se establece que la pena será no menor de 12 ni mayor de 15 años cuando concurren dos o más circunstancias agravantes.

D. Lesiones leves (art. 122 del Código Penal)

Anteriormente, las lesiones leves eran aquellas que requerían de diez a treinta días de asistencia o descanso; ahora se cambia esto y se establece que solo se requiere de diez a veinte días de asistencia o descanso. Asimismo, se precisa que el delito de lesiones leves también se producirá cuando se cause lesiones en la salud física y mental de la víctima.

Del mismo modo, se realizan cambios similares a los consignados en el art. 121-B, antes explicados.

3.1.2.4 Siete cambios más importantes de la Ley 30819, que modificó el Código Penal

Del análisis de la Ley 30819 consideramos los siete cambios más importantes, que modifica diversos artículos del Código Penal y del Código de los Niños y Adolescentes:

1. Se establece que sea en los mismos procesos penales de violencia donde se defina la suspensión y extinción de la patria potestad, de acuerdo con el

momento procesal, y no se obligue a las partes a ir a procesos judiciales adicionales

Hasta hoy, cuando un feminicida es padre de las hijas/os de la mujer que asesinó, la familia de la víctima tiene que iniciar un nuevo juicio especializado en familia civil para suspenderle y extinguirle la patria potestad y para que no tenga control sobre los/as niños/as sobrevivientes. Eso lo hemos experimentado en varios procesos a los que hacemos seguimiento antes y luego de las sentencias condenatorias. Eso se corrige.

2. Se varían los días de asistencia o descanso en los delitos de lesiones. Tomando en cuenta la Tabla referencial de valoración Médico Legal de Lesiones del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se establece que serán lesiones graves aquellas que requieran desde 20 días de asistencia o descanso. Hasta hoy la norma pedía 30 días. Esto es importante por cómo el sistema juzga casos de violencia como los de Lady Guillén, que se procesaron como lesiones leves solo en función de los días de asistencia.

3. Se agrava el delito de feminicidio cuando se comete en presencia de cualquier niño, niña o adolescente, no solo hijos/as de la víctima. Esto responde a casos como el de Juana Mendoza quien fue atacada en plena vía pública sin que al agresor le interesara tampoco la presencia de niñas/os, aunque no fueran hijas/os de la agredida o estuvieran a su cuidado.

4. Se corrige el agravante de los delitos de lesiones y la falta de maltrato cuando se producen dentro de las familias de acuerdo a los estándares de la Ley 30364. Ahora se incluye a cónyuges, excónyuges, convivientes, exconvivientes y

a quienes han procreado hijos es común que no estaban en la reforma que hizo el Ejecutivo con el Decreto Legislativo 1323.

5. Se especifica que la protección en los delitos de lesiones cubre la salud física y mental. Porque la Defensoría del Pueblo ha emitido reportes desde hace años destacando la necesidad de que se especifique claramente que las lesiones protegen no solo la dimensión física de la salud, sino la mental, pues esta falta de precisión se ha traducido históricamente en impunidad.

6. Se incluye como agravante que los delitos se cometan en estado de ebriedad o consumo de sustancias tóxicas. De forma que no se beneficie a los agresores consagrando la impunidad porque hoy por esa condición reciben menos pena. Lamentablemente el mal uso de la atenuante es la regla, no la excepción, y es lo primero que los abogados defensores de agresores esgrimen en los procesos penales a los que hacemos seguimiento.

7. Se suben las penas en el delito de feminicidio en atención al contenido de discriminación por sexo que encierra. El tipo base que hasta hoy recibía no menos de 15 años de prisión, ahora tendrá no menos de 20 años de pena; y el tipo agravado hasta hoy tiene pena mínima de 25 años de prisión, desde mañana será de 30 años. Se mantiene la cadena perpetua cuando concurren dos agravantes.

3.2 La doctrina de la «*actio libera in causa*» y su aplicación en el derecho penal peruano

3.2.1 Aspectos históricos

Los orígenes de la *actio libera in causa* (alic) se remontan a la Edad Media, y se circunscribía únicamente a los casos de embriaguez voluntaria. Así,

los canonistas distinguieron entre la embriaguez voluntaria de la que resultaba involuntaria, esta última si era completa (intoxicación plena) excluía cualquier grado de responsabilidad, y si era incompleta disminuía la pena. Sin embargo, para los canonistas y los clásicos la sola embriaguez era ya punible.

Recordemos el famoso caso de Lot, narrado por el Génesis; como se sabe, Lot estando embriagado mantiene acceso carnal con sus hijas, sin tener conocimiento de ello, la cuestión que se planteaba entonces era saber si en casos similares, el agente debería responder por el hecho cometido en tal estado, o por el mero hecho de embriagarse (Cipriano de Valera, 1960).

Mientras el derecho romano veía en la embriaguez una forma de ímpetu delictivo y solo le reconocía poder atenuante, el Derecho de la Iglesia admitió que la ebriedad privaba de la conciencia de la crimosidad de los actos y que, si existía culpa en el hecho de embriagarse, debía castigarse este hecho y no el ocurrido en tal estado (Omeba, 2000, p. 318). Teólogos como San Agustín y Santo Tomás, por ejemplo, castigaban la embriaguez misma y no los hechos realizados por los ebrios.

No obstante, no se encuentran referencias respecto de los criterios utilizados para medir el grado de sanción a imponerse, pues en todo caso, si dependiera esta del injusto cometido durante el estado de ebriedad, el razonamiento del derecho canónico, dentro de su apariencia lógica, revelaría más bien una ficción sino un eufemismo intencionado, en aras de resguardar la alta autoridad de justicia de la Iglesia, ya que en el fondo, el castigo no recaería sino en el hecho cometido en estado inconsciente, al encontrarse este en íntima relación con la acción de embriagarse voluntariamente.

De negar este supuesto, habría que afirmar que el castigo estaría medido por el menor o mayor grado de ebriedad en el que se haya puesto culpablemente la persona, y en su caso, las penas tendrían que haber sido iguales para todos los sujetos, de acuerdo a su estado de embriaguez, resultando irrelevante la magnitud del hecho cometido en tal estado. Así, por ejemplo, de demostrarse que dos sujetos al momento de cometer sendos ilícitos, se encontraban en igual estado de incapacidad, tendría que castigárseles con la misma pena, así uno haya cometido parricidio y el otro un leve hurto.

De acuerdo con Mazini (1948), parece ser que fueron los prácticos italianos los primeros en abordar el problema correctamente en un afán por justificar la punibilidad del delito del ebrio, aunque sin expresa referencia a los casos de *action libera in causa*. Distinguieron para su punibilidad, los casos de personas que se habían embriagado para delinquir de aquellos que sin esa intención, se habían embriagado voluntariamente y, una vez inconscientes, habían cometido el delito, siendo que en el primer supuesto, esto es, el de la embriaguez preordenada al delito, el hecho se castigaba de la manera ordinaria, y por el contrario, el delito cometido en estado de ebriedad voluntariamente contraída, pero no preordenada para delinquir, hacía que su autor merezca una pena más benigna, fundada en la embriaguez voluntaria como causa del delito; de otro lado, se rechazó todo castigo cuando la acción criminal había sido cometida en estado de ebriedad contraída inculpablemente.

Se ha indicado que la figura de la alic se refería primero solo a los casos de inimputabilidad producidos por la ingestión de bebidas alcohólicas, pero es el caso que posteriormente se extendió a los hechos en los cuales la incapacidad del

autor provenía de otras causas distintas del uso del alcohol, como la utilización de tóxicos, el sueño, el sonambulismo, la sugestión hipnótica, etc.

Al respecto, Manzini (1948) nos habla de algunos casos muy pertinentes, sobre hechos realizados en estado de sueño y sonambulismo; cita así a Farinaccio, sobre el caso de un sonámbulo inglés que, habiéndose dormido en la Iglesia de San Benedicto en París, se levantó, salió, mató a un hombre y entró de nuevo siempre durmiendo en el templo; Bartolo, que se refiere a un pisano de su tiempo que, durmiendo, iba armado por la ciudad cantando; Mariano Socino, quien cuenta que en Bolonia tenía por vecino a cierto niño que durante el sueño se levantaba y hacía el pan.

En supuestos como estos, en los que el sujeto eventualmente realizare algún acto dañoso, evidentemente la preocupación de necesidad de una sanción tuvo que ser mayor, pues no resulta factible en algunos casos (como el estado de actividad sonambúlica), preordenar o colocarse intencionalmente en estado de incapacidad para posteriormente cometer alguna infracción.

En la actualidad, después de las grandes crisis por las que ha pasado la teoría del delito, especialmente en lo que se refiere a la concepción de la acción, presupuesto indispensable sobre el que se predicán los demás elementos y punto de partida de la definición dogmática del delito, la doctrina del *actio libera in causa* revela conflictos cada vez más irreconciliables, tales como su ámbito de aplicación, la sanción o no de tales comportamientos y de ser el caso, como superar los criterios encontrados con diversos principios jurídico penales y constitucionales, constituyendo verdaderamente un dilema hamletiano cuál

postura seguir o la solución más justa que debería corresponder a casos como estos.

3.2.2 *Ámbito de aplicación*

Literalmente el latinismo *actio libera in causa* quiere decir ‘acción libre en su causa’; en teoría, existe una acción libre (*actio libera*) que desencadena un hecho cometido en falta de libertad (*actio non libera, pero libera in causa*). Así, se trata de un hecho realizado por el agente en estado de inimputabilidad, pero que dicho estado fue buscado libremente por él, existiendo relación de causalidad entre el acto libre y el hecho típico realizado en estado de inconsciencia.

Bustos Ramírez (2004) señala que

la figura de la alic, permite imputar hechos realizados en situación de inimputabilidad en aquellos casos en que el sujeto se hubiere colocado en esa situación, bien sea con el propósito de delinquir o bien si no tenía ese propósito, cuando era previsible que en ese estado cometiera un hecho punible. (p. 114)

En este sentido, lo que se discute son problemas relativos a la configuración de la acción y su libertad, es decir, pertenecientes a la acción y a la culpabilidad, e incluso siguiendo una interpretación gramatical, diremos que el problema radica estrictamente a nivel de la culpabilidad, pues únicamente se alude a la libertad de acción. Sin embargo, la doctrina plantea supuestos, que, si bien sería inapropiado denominarlos como alic, se configuran estructuralmente en forma paralela a esta, por lo que la solución dada sería perfectamente aplicable a ambos casos.

Se habla así de la *actio illicita in causa*:

para referirse a aquellos casos en que el sujeto desencadena una causa de justificación para actuar ilícitamente amparado en ella. No obstante, resulta complicado imaginar casos en el que el sujeto crea un estado de exclusión de tipicidad o antijuridicidad para beneficiarse de una eventual condena, como por ejemplo invocar legítima defensa o error de tipo cuando la causa desencadenante de tales circunstancias ha sido provocada por el propio sujeto que se defiende o cae en error; y decimos complicado, puesto que en un principio se puede decir que los presupuestos negativos citados en realidad nunca se darían (Luzón, 1996, pp. 612-613).

Así, por ejemplo, si un sujeto provoca a otro para que a su vez este lo agrede y en tal situación poder lesionarlo e invocar posteriormente legítima defensa, el problema no radica en establecer que el provocador ha creado un estado de legítima defensa para actuar amparado bajo una causa de justificación, sino que en realidad dicha causa nunca se configuró, precisamente porque hubo una provocación suficiente de quien hizo la defensa.

El artículo 20, inciso 3, literal c), del Código Penal establece como requisito *sine qua non* para la configuración de la legítima defensa, la falta de provocación suficiente de quien hace la defensa, por lo que en tal caso no cabe hablar ni siquiera de *actio illicita in causa*, tal como lo entiende la doctrina alemana. No obstante, hay que tener en cuenta según observa Luzón Peña (1996), que el StGB no menciona expresamente la falta de provocación como requisito de la legítima defensa, hecho que indudablemente lleva a tales interpretaciones.

Del mismo modo, aquel que conociendo que lo que sustrae es el reloj de su vecino y no el suyo, argumenta error de tipo, no es que haya creado dicho estado de error para caer en él, sino que el error nunca se dio, puesto que el sujeto conocía perfectamente la ajenidad de la cosa.

Sin embargo, según Manzini (1948) expresa que

la doctrina nos trae ejemplos de laboratorio que resultan ilustrativos, como el caso de Ticio, quien al haber recibido de buena fe un billete falso, lo coloca entre los otros billetes del mismo valor y lo pone en su cartera a fin de ocultar el propio conocimiento y adquirir desenvoltura, para así entregarlo cuando llegue el caso sin saber si es uno de los auténticos o el falso, caso en el que se podría plantear error de tipo respecto del desconocimiento por parte del sujeto, sobre la falsedad del billete al momento de la entrega; se narra también el caso de aquel personaje que deseando hacer uso de un documento falso que posee y a fin de preconstituirse una excusa, provoca un escándalo haciendo saber que tiene en su poder un documento revelador, de modo tal que induce a la autoridad a proveer de oficio el secuestro del documento para iniciar las investigaciones respecto del supuesto escándalo, siendo que posteriormente al verse descubierto podría ampararse en que obró bajo coacción al momento de la exhibición del citado documento. (p. 170)

No obstante, los casos que pudieran presentarse, se advierte que la discusión referida a si pueden o no configurarse casos paralelos a la alic dentro de la tipicidad o antijuridicidad, o sí la misma alic abarca tales supuestos, resulta por lo demás insustancial, pues como ya se dijo, la solución a la que se llegue respecto

a la posibilidad de sanción de tales comportamientos —verdadero problema central—, se extiende a todas las formas de conducta que presenten estructuras similares.

3.2.3 Elementos que eliminan la acción

La doctrina jurídico penal es más o menos uniforme en aceptar como presupuestos de ausencia de acción, los siguientes: hipnosis, sonambulismo, sueño, fuerza física irresistible (*vis absoluta*) y algunos estados espasmódicos (estornudos, calambre, hipo, etc).

Jiménez (1962) sostiene:

Así en los supuestos de hipnosis es importante mencionar los casos de *actio libera in causa*, esto es, cuando el sujeto con la intención de delinquir, solicita se le sugestione, y ya sea en la época de sonambulismo —casos de sugestión intra-hipnótica— o de vigilia —casos de sugestión post-hipnótica— se le ordene cometer un ilícito; pues cualquiera sea la escuela que se siga, aquí el sujeto sería fácilmente sugestionable para cometer el crimen, ya que este sería decidido y planificado por él, y para los que adopten una tesis de la sanción en cuanto a la *alic*, indudablemente no tendrán reparo en declarar que el sujeto es culpable al preordenar tal estado de incapacidad para cometer la infracción penal. No obstante, nos preguntamos si lo mismo sucedería si el agente no preordena dicho estado, pero posee algunas tendencias criminales, y siendo así se muestra fácil de sugestionar para cometer infracciones. (Jiménez, 1962, pp. 709-710)

Condenar un acto así resulta a todas luces insatisfactorio, pues lejos de discutir problemas de alic, estaríamos juzgando al sujeto por su personalidad (derecho penal de autor) cuando lo que se debe sancionar es el hecho en sí (derecho penal de acto), en este sentido, no podríamos sancionar a una persona por que esta presenta inclinaciones hacia hechos socialmente dañosos, de ser así, estaríamos defendiendo una corriente de peligrosidad predelictual, tan defendida por los criminalistas positivistas italianos (Ferri, Garófalo, Lombroso), y la cual ha sido ciertamente superada.

Por otra parte, no imagino cómo un sujeto que conoce poseer inclinaciones hacia el delito podría actuar por imprudencia ante una eventual sesión de hipnosis y en esta medida poder imputársele el resultado a título de culpa, pues el dominio del hecho siempre lo va a tener el sugestionador; en todo caso, el actuar imprudente del sugestionado, estaría en el supuesto de hacerse hipnotizar por una persona que sabe podría ordenarle cometer algún acto contrario a derecho, pero confía en que esto no suceda (culpa consciente).

Cierto es que el sujeto que se coloca en estado de incapacidad de acción con la intención de cometer un ilícito o pudiendo prever su comisión no hace nada para impedirlo, presenta una personalidad peligrosa, esto es, que con dicho comportamiento pone en peligro o riesgo el bien jurídico tutelado por la norma, y que, de producirse un resultado, dicho riesgo se habría configurado en este. Sin embargo, condenar estos supuestos sería volver al llamado “estado peligroso”, que es contrario al principio de culpabilidad, pues la pena se fundamentaría en la peligrosidad y no en la culpabilidad.

De otro lado, en el caso que la idea de la hipnosis para delinquir hubiera surgido del hipnotizado, quien solicita al sugestionador le ordene cometer la infracción, aquí no habría problema para aceptar la figura de la participación por instigación, dado que el autor sería el hipnotizador, quien posee el dominio total del hecho. No olvidemos que la instigación requiere únicamente que el instigador determine a otro la comisión del hecho punible y este debido a tal determinación efectivamente lo cometa, por lo que resulta irrelevante si el instigador en el momento de ejecutarse el hecho delictuoso, se encontraba en estado de inconsciencia o servía de instrumento al instigado autor.

El sonambulismo, entendido como un sueño anormal, en que el sujeto deambula, *in somno ambulare*, pueden imaginarse muchos delitos de acción. Los casos de sonambulismo como dijimos eliminan la acción, pues no hay voluntad en quien actúa, tornándose en actos inconscientes. Aquí, a diferencia de la hipnosis, no se puede preordenar tal estado a la comisión de delitos, pero, la cuestión es si debe existir también irresponsabilidad, cuando el sujeto que se sabe sonámbulo y que en ese estado realiza actos dañosos, no toma las precauciones necesarias para evitarlos. Hablaríamos entonces de *actio libera in causa* culposa, al parecer la única forma en que podría presentarse en el sonambulismo.

Pero veamos, imaginemos el caso del individuo que conoce su estado de sonambulismo habitual y que en tal estado suele causar lesiones a los que lo rodean, resultando que cierto día lesiona a su peor enemigo, siempre en estado sonambólico, demostrándose después que siempre tuvo esa intención, es decir, deseaba lesionarlo hallándose sonámbulo, para no tener que responder

posteriormente, en otras palabras, el sujeto pensaba “ojalá que cuando me encuentre sonámbulo lo agrede”.

La cuestión al proponer este ejemplo radica en establecer si se trata de una *actio libera in causa* dolosa, y como consecuencia —para los que defienden tesis de sanción—, si debería perseguirse por delito intencional. Bien, al respecto debemos decir que los deseos que tenga el sujeto en un momento anterior al hecho son intrascendentes penalmente —*cogitationis poenam nemo patitur*—, ni siquiera los actos materiales en este tiempo son relevantes, por lo que no importa si existía una intención de lesionar, cuando al momento de producirse el hecho, no se había realizado ni siquiera una acción jurídicamente relevante; en este sentido, no podemos hablar tampoco de dolo, pues este es un elemento subjetivo del tipo que tiene que concurrir al momento de realizar el tipo objetivo, y si no hay acción, menos hay tipo, pues el derecho penal solo recoge verdaderas acciones típicas, las otras conductas no le interesan.

El sueño, por su misma naturaleza representa un ejemplo perfecto de ausencia de acto. Es entendido como un estado de inconsciencia natural, que anula completamente la voluntad y con ello la acción. En este sentido, es evidente que no se pueden imputar como actos voluntarios, las palabras injuriosas proferidas por el que duerme, pues estas no son más que vocalizaciones automáticas carentes de voluntad dirigida a un fin.

Pero el caso es si debe considerarse irresponsable también a aquel sujeto al que se le impone la vigilia como obligación y aun así duerme, o en los casos en que el sueño es buscado de propósito, a fin de omitir realizar una acción que se espera realice el individuo.

Es clásico en la doctrina el ejemplo de la madre que pese a conocer su sueño intranquilo, duerme con el niño recién nacido, a quien asfixia al sofocarlo bajo su cuerpo; aquí, si bien resulta claro que no se da una verdadera acción al momento de producirse la asfixia, el acto fue imprudentemente alcanzado, siendo siempre el punto de controversia, si dichos casos merecen sanción o no. El ejemplo obviamente puede admitir variaciones, como el supuesto que la madre quería efectivamente alcanzar el resultado muerte.

La fuerza física irresistible, denominada también vis absoluta, a diferencia de los otros supuestos de ausencia de acción, es el único recogido expresamente en la legislación; así, el artículo 20, inciso 6, del Código Penal, establece que está exento de responsabilidad penal... “el que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza”. En tal sentido, se entiende por fuerza irresistible, aquella violencia extraña al sujeto, por virtud de la cual este actúa como instrumento, sin voluntad. El sujeto que obra bajo una fuerza física irresistible no ha actuado, no puede haber acción a él atribuida. Santiago Mir Puig (1995) señala que “quien obra violentado por una fuerza irresistible no es dueño de lo que hace; si es forzado por una persona, no es más que un instrumento de la voluntad de esta” (pp. 199-200). Cita de aquél sujeto que es arrojado a una piscina y cae sobre un bañista al que hiera.

Siendo la vis absoluta, al igual que los supuestos anteriores, una causa de exclusión de la acción, el hecho realizado en tal estado, no puede ser imputado al sujeto; sin embargo, cabe la misma pregunta, aquel sujeto que procurándose una situación de fuerza irresistible, realiza un tipo penal, debe responder y ser sancionado.

3.2.4 Causas de inimputabilidad

El numeral 1 del artículo 20 del Código Penal, exime de responsabilidad al que, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión.

Aquí trataremos principalmente de los supuestos de grave alteración de la conciencia producida por embriaguez, por ser uno de los elementos de exclusión de inimputabilidad donde se han imaginado y elaborado más casos de alic que en ningún otro.

Debemos decir en tal sentido que la embriaguez preordenada al delito es el ejemplo por antonomasia de *actio libera in causa*, pues como se ha visto, esta figura nació precisamente para solucionar casos como estos, pudiendo distinguirse aquí perfectamente figuras de alic tanto dolosa como culposa. Así, es objeto de debate establecer si debe responder penalmente o no, aquel individuo que comete un hecho delictuoso en estado de embriaguez, pero que dicho estado ha sido buscado o provocado activamente, o bien, pudiendo haber impedido previamente que se produjera, no hizo nada para evitarlo.

Una respuesta apresurada sería decir que es evidente que el sujeto debe ser castigado, puesto que en el caso de alic dolosa, el resultado se produjo de acuerdo con la realización del plan del autor mientras que en la alic culposa debido a su actuar imprudente anterior a la conducta típica. Sin embargo, debemos tener en cuenta que, al momento de realizar la acción, el sujeto era inimputable y carecía de sus facultades para comprender la antijuridicidad del acto; en este sentido,

podemos apuntar que resulta irrelevante que el sujeto haya preordenado la situación de incapacidad, pues al último no comprendía el carácter ilícito de sus actos y bien pudo o no alcanzar el resultado que deseó en un primer momento, ya que finalmente le resulta imposible controlar el peligro por él creado.

Sería como perseguir a una persona por un hecho que, si bien planeó e imaginó, no lo recuerda y no sabe cómo sucedió. Tal caso es solo comparable al creado por Franz Kafka en “El Proceso”, en el que un hombre es detenido, procesado y condenado sin enterarse por qué delito.

De este razonamiento, surge la interrogante de cuál es la acción que debe ser desvalorada por el juzgador, y sobre la cual se van a predicar los demás componentes que integran el delito, pues si es la acción típica —la que indudablemente se exige que sea— no tiene sentido hablar de lo que el sujeto hizo anteriormente, por más reprobable que esto sea, no obstante, si el desvalor de la acción recae sobre la *actio praecedens*, la acción típica podrá conectarse en relación causal con aquella, y se podrá realizar el juicio negativo del desvalor de resultado; no obstante, se presentan graves problemas para estructurar legítimamente el delito, pues se vulnera el principio de culpabilidad y se considera como actos ejecutivos los que no lo son, posibilitando de tal forma la creación de estructuras delictivas análogas, las cuales se encuentran proscritas por nuestro sistema penal.

3.2.5 Formas de actio libera in causa

3.2.5.1 Actio libera dolosa y culposa

Es necesario puntualizar algunos aspectos a fin de diferenciar debidamente los supuestos de alic dolosa y culposa. Veamos tres supuestos:

a) El agente provoca la perturbación de su conciencia, es decir, se coloca en estado de inimputabilidad o imputabilidad disminuida, en virtud de un acto culposo; por ejemplo, cuando el individuo, sin estar seguro de la naturaleza de la sustancia y sin guardar el mínimo cuidado, la ingiere, produciéndole la eliminación o disminución de su capacidad de comprensión, o de adecuar su comportamiento a esta;

b) El sujeto, a sabiendas que la bebida que se le presenta le colocará en estado de inimputabilidad, voluntaria y conscientemente la toma, es decir, se coloca dolosamente en ese estado;

c) El agente perturba voluntaria y conscientemente su capacidad con el deliberado propósito de facilitar la realización del hecho —ya sin capacidad de conocer su carácter ilícito o de adecuarse a ese comportamiento—, o de procurarse una excusa.

El momento anterior al hecho ilícito en el cual el sujeto se coloca en estado de inimputabilidad determina las posibles formas en que se puede presentar la alic, pues dependiendo si el sujeto ha preordenado una situación de exención para cometer el ilícito, o sin querer cometerlo se coloca en tal estado debiendo haber previsto la posibilidad de causación del resultado, nos encontramos frente a la *actio libera in causa* dolosa o culposa, respectivamente.

Hurtado Pozo (1987) afirma:

Hay «*actio libera in causa*» cuando el autor se ha puesto, culpablemente, en un estado de inimputabilidad restringida, con la intención de cometer una infracción, concebida y decidida tranquilamente por él («*actio libera in causa*» intencional) o que él se pone en ese estado pudiendo y debiendo saber que se hacía incapaz de usar de la prudencia y previsión exigibles en la vida ordinaria y esto sabiendo que tendrá que afrontar un deber, y para cuyo cumplimiento necesita de todas sus facultades («*actio libera in causa*» culposa).

Así, la alic se presentará como dolosa en el caso de aquél personaje que no pudiendo cometer un ilícito en estado ecuánime, para darse valor se embriaga o consume sustancias tóxicas o drogas hasta quedar excluida su capacidad de culpabilidad y en ese estado da muerte a una persona (en caso de ausencia de imputabilidad), o el sujeto que convence al sugestionador para que lo hipnotice y le ordene en tal estado matar a su enemigo (casos de ausencia de acción); en cambio la alic será culposa en el caso del chofer que advirtiendo los síntomas de sueño, continúa conduciendo su vehículo, por lo que al quedarse dormido se suscita el accidente en el que resultan lesionados los pasajeros (ausencia de acción) o el que conociendo sus reacciones agresivas cuando se encuentra en estado de ebriedad, ingiere licor sin la prudencia debida y lesiona a otra persona (ausencia de imputabilidad).

De otro lado, la doctrina es unánime en no sancionar aquellas conductas en las que el sujeto se coloca voluntariamente en un estado de inimputabilidad no preordenado al delito y actuando con la prudencia debida, sin embargo, se

produce un resultado lesivo, como, por ejemplo, cuando el sujeto bebe voluntariamente, pero tomando las medidas adecuadas para no cometer ilícito alguno, no obstante, mata a otro en tal estado.

Pues, como dice el maestro argentino Zaffaroni (2000) que

el dolo como fin de realizar el tipo objetivo es nítidamente diferente a la voluntad de colocarse en situación o estado de inculpabilidad”, refiere así mismo, que el razonamiento por el cual se dice que es irrelevante el estado de inimputabilidad buscado, procurado o aceptado libremente por el agente, es una tesis de directa aplicación del *versari in re illicita*, ya que se considera que como el estado de inculpabilidad causa la conducta típica y, conforme al *versari in re illicita* quien quiso la causa quiso el efecto, le basta este razonamiento para reprochar el resultado del injusto inculpable, lo que importa una clara violación al principio de culpabilidad, toda vez que ni siquiera se pregunta si existió la mera posibilidad de previsión del resultado. (p. 670)

En tales supuestos al no comprobarse una conducta anterior dolosa ni imprudente será de aplicación simplemente las eximentes contempladas en el inciso 1 del artículo 20 del Código Penal o en su caso la eximente incompleta prevista en el artículo 21.

En los casos de aliculposa, un sector de la doctrina sostiene que “no es necesario recurrir a la estructura de la *actio libera in causa*, ya que el comportamiento del autor infractor del deber de cuidado relativo al resultado típico fundamenta responsabilidad siempre que sea causal (Jakobs, 2001, p. 222), es decir, siempre que se demuestre que entre la infracción del deber de cuidado

imputable al autor y el resultado dañoso finalmente producido, exista una relación de causalidad, se podrá sustentar una responsabilidad a título de culpa.

En el caso del guardagujas que se duerme imprudentemente y no cambia las vías, originando la desgracia, se fundamenta su responsabilidad culposa por el sueño imprudente y el resultado, ambos en relación causal, no importando si el sujeto al momento de la realización del acto se encontraba en supuestos de ausencia de acción o culpabilidad de ser el caso, por lo que no es necesario recurrir a la doctrina de la alic para resolver tal conflicto.

Sin embargo, es obvio que los seguidores de esta tesis adoptan una teoría de la sanción sobre la alic, pues únicamente en este caso sería sustentable tal opinión, ya que, por el afán de buscar una tesis sancionadora basada en razones de política criminal, parecen olvidar que los supuestos de ausencia de acción o culpabilidad, o en forma más amplia, los elementos negativos del delito, son aplicables tanto a los delitos dolosos como imprudentes.

Y que el examen que se realice para determinar la capacidad de imputabilidad en una determinada etapa del delito, debe ser similar en ambos casos, pues no se puede decir que los delitos dolosos requieren un examen para verificar que el sujeto al momento de la comisión se encuentra plenamente imputable y a raíz de esto determinar la posible sanción, y que, por su parte los delitos culposos no necesitan tal examen, sino únicamente la verificación de la causalidad.

3.2.5.2 *Actio y omissio libera in causa*

Es necesario aclarar que la doctrina de la alic es aplicable tanto a los comportamientos activos como omisivos, pues al margen de las discusiones existentes en torno a un supra concepto de acción que abarca a su vez la omisión, la estructura de la alic no es alterada, pudiendo presentarse en los delitos de acción (*actio libera in causa*) como en los de omisión (*omissio libera in causa*) ambos en sus formas dolosa y culposa.

Así, conocido es el caso del guardagujas que se queda dormido a causa de la ingestión de alcohol y en tal estado no puede cambiar las vías del tren que se descarrila y resultan lesiones y muertes; en tal caso, dependiendo si la situación de embriaguez letárgica fue preordenada a buscar el resultado dañoso o este se produjo como consecuencia de la imprudencia con que actuó el sujeto, hablamos de *omissio libera in causa* dolosa o culposa respectivamente (ausencia de culpabilidad); o el caso de aquél personaje que queriendo delinquir y para vencer sus dudas y escrúpulos se hace atar a un árbol o se deja encerrar, y en el momento que debería desarrollar una actividad, hace inútiles esfuerzos para liberarse (ausencia de acción por fuerza física irresistible) (Omeba, 2000, p. 320).

La *omissio libera in causa* se da propiamente en aquellos casos en los que el sujeto no realiza, en el momento debido, la acción típicamente indicada para la salvaguarda del bien jurídico, por carecer de la capacidad concreta de hacerlo; sin embargo, o bien ha provocado activamente tal incapacidad, o bien, pudiendo haber impedido previamente que se produjera, no ha hecho nada para evitarla. En lo que se diferencia de la *actio libera in causa* es que en esta se trata de un hecho

delictivo activo, cometido en ausencia de acción o de imputabilidad, pero al igual que en el anterior caso, el sujeto o bien provoca activamente tal situación de inacción o inimputabilidad o, habiendo podido impedir su surgimiento no lo ha hecho. “De estos últimos criterios a su vez se puede distinguir entre *actio* y *omissio libera in causa in agendo*, así como *actio* y *omissio libera in causa in omitiendo*” (Silva, 2003, p. 325).

Señala Silva (2003) que los casos de *actio sive omissio libera in causa in agendo*, se presentan cuando el autor comete un hecho delictivo, mediante un comportamiento activo o pasivo —dependiendo si lo que se reprocha es una acción o una omisión— en ausencia de acción o de imputabilidad, resultando, sin embargo, que dicho autor previamente ha provocado activamente tal situación de inacción o inimputabilidad. De otro lado, nos encontramos ante casos de *actio sive omissio libera in causa in omitiendo*, el agente comete un delito de acción o de omisión en estado defectuoso, pero resulta que el sujeto pudiendo impedir el surgimiento del estado de incapacidad no lo hace. Ahora bien, la provocación o no evitación de la incapacidad para actuar pueden ser dolosas o imprudentes, lo que trasciende al momento de la calificación final del hecho, pues de acuerdo a ello (de adoptar una teoría de la sanción) se perseguirá por delito doloso o culposo de ser el caso.

3.2.5.3 *Actio libera in causa* e inimputabilidad absoluta y restringida

Se habla también del estado de inimputabilidad que alcanza el agente al cometer el ilícito, esto es, si tal estado se presenta en forma absoluta o solo

restringida; aquí, dependiendo de qué teoría se adopte, se determinará también la solución.

En este sentido, si se defiende una teoría ilimitada de la sanción sobre la alic, se responderá que los casos de inimputabilidad tanto absoluta como restringida serán sancionados a título de dolo o culpa según el caso, es decir, no podrá ni siquiera invocarse en los supuestos de inimputabilidad restringida, la eximente incompleta que contempla el artículo 21 del Código Penal, pues este dispositivo no será aplicable.

Sin embargo, otra sería la solución si son las teorías de la impunidad las que se sostiene, ya que tales tesis necesariamente tendrían que aceptar que si bien los casos de ausencia absoluta de imputabilidad son impunes, los que se presentan en forma restringida tendrían que sancionarse de forma atenuada (incluso hasta límites inferiores al mínimo legal) de conformidad con la norma citada, pues tal corriente se basa precisamente en la falta de responsabilidad por la ausencia de acción o culpabilidad, resultando irrelevante si dichos supuestos han sido provocados o preordenados al delito, por lo que en caso que las eximentes no se presentan en forma completa sino más bien incompleta, cabría una responsabilidad atenuada.

3.2.6 Teorías que fundamentan la actio libera in causa

Se ha dicho que la estructura de la alic presenta dos tiempos; un primer tiempo, en el que el sujeto provoca dolosa o imprudentemente una situación defectuosa, bien sea la de incapacidad de acción o de culpabilidad, también llamada acción precedente (*actio praecedens*); y un segundo tiempo, en el que

dicho sujeto ofende, en ese estado defectuoso, el bien jurídico. Siguiendo este esquema, vamos a tratar de explicar las principales teorías que se han propuesto para fundamentar la alic, algunas tratando de buscar una sanción siempre por razones de política criminal y otras sosteniendo la impunidad al advertir los conflictos que presenta para conciliar con algunos principios básicos que inspiran nuestro sistema penal.

3.2.6.1 Teorías de la impunidad

A. Concomitancia del dolo

Algunos niegan la punibilidad partiendo del principio que la imputabilidad delictiva requiere que el dolo sea concomitante a la consumación del delito, lo que no puede ocurrir si el sujeto se encuentra en estado inconsciente en ese momento (Tissot, Garuad, Ortolan, Bernard) (Omeba, 2000, p. 318).

Se critica a esta teoría de que no es exacto que el dolo se deba encontrar siempre presente en la consumación del acto delictivo, sino que puede acompañar a un momento cualquiera de la ejecución; al respecto Manzini (1948) nos dice que nadie debe dudar que quien coloca una bomba provista de un mecanismo de tiempo que la haga explotar después de varias horas cuando el delincuente se encuentre lejos y eventualmente en un estado transitorio de absoluta inconsciencia, sea imputable a título de dolo, ya que dolosamente ejecutó el delito.

Sin embargo, hay que aclarar en principio, que el ejemplo citado no sería un problema de dolo, sino más bien de lo que acertadamente Silva Sánchez denomina como “la dimensión temporal del delito”, distinguiendo en los delitos de resultado entre momento de la acción y momento del resultado (Silva, 2000,

pp. 181-182), pues el resultado es imputable como causa de la acción típica dolosa realizada ex ante por el sujeto. De otro lado, la acción de colocar la bomba es un acto ejecutivo, una tentativa acabada de homicidio u otro delito, sin embargo, el hecho de colocarse en estado de inimputabilidad no reviste tipicidad ni ejecución alguna.

Por otro lado, es verdad que el dolo debe acompañar a un momento cualquiera de la ejecución del delito y no necesariamente a su consumación, pero hay que entender que dicho momento forzosamente se tiene que referir al proceso ejecutivo del delito, esto es, comenzando por la tentativa y culminado precisamente por la consumación.

Es necesario advertir además que el dolo va a ser trascendental únicamente cuando se verifique una acción típica-objetiva y siempre que el sujeto sea imputable al momento de la perpetración delictiva, esto es, se requiere obligatoriamente la concurrencia entre dolo y capacidad de culpabilidad, no obstante, en la *actio libera in causa* no sucede tal cosa, pues en los supuestos de inacción, no tiene sentido hablar de dolo cuando ni siquiera se da el elemento acción en la que se puedan enlazar los predicados de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; del mismo modo, en los casos de inimputabilidad, si bien se verifica una conducta dolosa por parte del autor, este no tiene capacidad de culpabilidad al momento de ejecutar tal conducta.

Así, por ejemplo, en el caso del personaje que se hace atar al árbol a fin de no realizar la acción que se esperaba realizase, se tiene que el dolo si bien podría estar presente en el momento de la omisión delictiva —esto es que el sujeto observase el resultado lesivo y lo quisiese como tal—, este elemento subjetivo

resulta ya intrascendental, pues el sujeto ni siquiera habrá realizado una acción penalmente relevante, no teniendo caso examinar el dolo como elemento de la tipicidad cuando ni siquiera se verifica la concurrencia de la acción. Lo propio sucede en los casos de ausencia de imputabilidad, en los que si bien el sujeto puede haber actuado con dolo —en los casos de trastorno mental transitorio preordenado al delito— es irrelevante la discusión de su presencia o no, pues lo importante es que el sujeto es inimputable al momento de cometer la infracción.

El problema que nos trae la política criminal es que no podemos dejar de sancionar conductas en las que el sujeto preordena un estado de incapacidad para realizar el tipo objetivo; sin embargo, debemos comprender que no interesa las intenciones o deseos —los cuales no pueden ser equiparados al dolo— que tenga el individuo, en momentos anteriores al mismo proceso de ejecución delictual.

B. El problema de la tipicidad

Zaffaroni (2000) sostiene que

la alic presenta un serio problema de tipicidad, porque según esta no es necesario que haya culpabilidad en el momento de realizar la acción ejecutiva del delito, sino que basta con que haya sido imputable en el momento de la acción que fue causa de la acción ejecutiva; en este sentido, refiere que la alic no solo extiende la culpabilidad a una conducta anterior a la conducta típica, sino que extiende la tipicidad misma a la conducta de procurarse la inculpabilidad; sin embargo, tenemos que considerar que no se puede concebir el dolo sin presencia de tipicidad objetiva —pues si bien existe intención por parte del sujeto de procurarse un estado de

incapacidad de acción o culpabilidad, esta no es equiparable al dolo, ya que el acto no es materialmente típico—; así, si no se admite esta extensión de la tipicidad, la alic queda sin base. (p. 672)

En tal sentido, no podrá sancionarse al sujeto así haya preordenado la situación de inimputabilidad, pues el principio de culpabilidad, más exactamente el principio de coincidencia no lo permite; dicho principio señala básicamente que, al momento de la ejecución de la acción típica, el sujeto debe encontrarse en capacidad de culpabilidad.

El principio de coincidencia al que hacemos referencia, se aprecia claramente en las eximentes contempladas en el artículo 20 del Código Penal, pues su aplicación se refiere únicamente al momento de la ejecución del hecho, así por ejemplo, el inciso 1 del dispositivo legal, señala que está exento de responsabilidad el que por anomalía psíquica no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión, por lo que el momento en el que se tiene que verificar la ausencia o no de culpabilidad es el momento del acto típico y no uno anterior, ya que el solo propósito no puede imputarse ni siquiera a título de tentativa, ergo, en los casos que nos presenta la alic, el hecho de colocarse en estado de incapacidad, no importa ya la ejecución del delito.

De otro lado, al condenar una conducta anterior a la real comisión ejecutiva del delito, estaríamos extendiendo la tipicidad más allá de los límites que establece la ley, pues como dijimos, la conducta de colocarse en estado de inacción o inimputabilidad no importa actos de comisión, afirmar lo contrario, sería suponer que en el caso que el sujeto no cometa realmente el ilícito, ya sea

por voluntad propia o circunstancias ajenas, se le tenga que sancionar por el ilícito en grado de tentativa, hecho que deviene en inadmisibile, a propósito de la teoría que sobre la tentativa ha acogido nuestra legislación penal.

En este sentido, superadas en cierto modo las teorías objetivas/subjetivas puras sobre la tentativa, el legislador peruano adopta más bien una teoría mixta, que importa la resolución delictual manifestada en actos de ejecución, esto es, la voluntad criminal materializada en acciones que pongan realmente en peligro el bien jurídico afectado.

En las *acciones libera in causa* no se evidencia tal circunstancia, pues el hecho de orientar una forma de conducta hacia un estado de inacción o inimputabilidad, no revela peligro alguno al bien jurídico, por lo que su eventual sanción carece de fundamento, no importando las intenciones que tenga el sujeto al conducir este comportamiento, pues aquellas pertenecen a la fase interna del iter críminis —ideación, deliberación y resolución delictual— que por sí no son reprimibles, por pertenecer a la esfera interna de la persona.

Respecto de la alic culposa, es obvio que no se puede argumentar los conceptos de tentativa, siendo que la estructura de los ilícitos imprudentes es sustancialmente distinta a los realizados con intención —en aquellos no existe un camino del crimen—, pero hay que tener en cuenta que la acción con la que se infrinja el deber de prudencia o de cuidado, debe determinar el resultado producido, siendo aquella la conducta en la que ha de recaer el juicio de desvalor.

No obstante, en la alic, el hecho de provocar el estado de incapacidad ya sea en forma intencional o por culpa, no determina el resultado lesivo. Creer esto, sería extender los cursos causales hacia atrás en forma arbitraria y exagerada,

adoptando una teoría de equivalencia de condiciones —*conditio sine quanon*—, que como sabemos ha sido duramente objetada. Veamos el siguiente ejemplo: Z se embriaga hasta la inconsciencia, y en circunstancias que conduce su automóvil en tal estado, atropella a un peatón, causándole la muerte.

En el caso propuesto, la norma sustantiva aplicable será el artículo 111 del Código Penal, que por cierto considera agravante el homicidio culposo cuando el agente haya estado conduciendo un vehículo motorizado en estado de ebriedad, en proporción mayor a 0.5 g/l. En este sentido, la conducta desvalorada por la norma se presentará al conducir un vehículo motorizado en estado de ebriedad, y no en embriagarse precisamente —o lo que, es decir, colocarse en estado de ebriedad o incapacidad—.

Así, el mandato de la norma no se traduce en “No te embriagues”, sino más bien en “Si te embriegas, no conduzcas”, siendo esta conducta, la que infringe el deber de cuidado que reclama la estructura de los delitos culposos y sobre la que va recaer el reproche cuando el resultado muerte se produzca, debiendo estar ambos en relación causal.

Bien, como vemos, la acción de embriagarse en sí misma, no le importa al derecho penal como acción típica, sino más bien el comportamiento del agente que encontrándose embriagado conduce un vehículo motorizado, debiendo ser esta la conducta requerida para causar el resultado y no una anterior.

Ergo, no resulta consistente la tesis que señala que en la alic culposa, simplemente es necesario verificar la relación de causalidad entre una acción infractora del cuidado debido y su posterior resultado lesivo, pues como hemos visto, la acción por la cual se da dicha infracción debe ser la contenida en la

norma y no otra —que el derecho penal no toma en cuenta como portadora de peligro real y concreto—, hacer lo contrario, es elaborar analogías para asimilar a conductas criminosas las que no lo son, construcciones que están explícitamente prohibidas.

C. Responsabilidad objetiva

Se sostiene también que existe imposibilidad material de que, en plena inconsciencia, pueda realizarse el propósito delictivo abrigado con anterioridad, de manera que el delito eventualmente cometido en tal estado debe atribuirse a la casualidad o a una pura combinación psicológica y no a una causa imputable (Brussa, Pessina, Berner) (Omeba, 2000, p. 318).

Zaffaroni (2000) refiere que “la mayor objeción que merece la teoría de la alic es que el sujeto sobrio no puede saber lo que hará o sucederá en estado de incapacidad psíquica” (p. 673). Así mismo, no existe ninguna regla que nos permita determinar que lo que hizo el sujeto en estado de inimputabilidad provocada fue lo que quiso hacer cuando se encontraba ecuánime, de forma que, de sancionar algún resultado finalmente producido, sería volver a la ya superada teoría del *versari in re illicita*, cuya proscripción en nuestra legislación es expresa.

3.3 Comparación legislativa

En principio, es el legislador quien impone las reglas para sancionar ciertos comportamientos y, a la vez, eximir de responsabilidad, cuando los mismos se desarrollan en determinadas circunstancias. Corresponde entonces al

mismo órgano legislativo el establecer cuándo son aplicables tales reglas y cuándo no. Sin embargo, la teoría de la alic no es ajena a las regulaciones legislativas.

Resulta ilustrativo lo dispuesto, en el artículo 20.1 del Código Penal español, cuando afirma que están exentos de responsabilidad criminal: «El que, al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión».

Nótese que la provocación o la previsibilidad de comisión de un delito, excluye la exención de responsabilidad por trastorno mental transitorio. Esto es, que pese a que, en el momento del hecho, el autor desarrolle la conducta típica en un estado de inculpabilidad, igualmente responderá por la acción precedente de provocación o previsibilidad de la realización del injusto.

La misma política adopta, el Código Penal de Colombia cuando en su artículo 33 establece: «Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental».

La diferencia reside en que el citado Código Penal no es tan permisivo como el español, al excluir la inimputabilidad, únicamente en casos de preordenación y no de previsibilidad. Finalmente, la política criminal, corresponde a las necesidades y características de cada realidad.

Finalmente, podemos citar el Código Penal chileno, cuyo artículo 10.1 afirma: «Están exentos de responsabilidad criminal: 1° El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón».

La forma de redacción del Código Penal chileno, difiere de las anteriores, pero no por ello, deja de ser clara y expresa, al eximir de responsabilidad al privado de razón, pero solo por causa independiente de su voluntad. Ergo, en una interpretación a contrario, no está exento de responsabilidad, quien ha preordenado o buscado una causa de inimputabilidad, para la realización del injusto.

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS

4.1 Ebriedad o drogadicción como agravante del feminicidio frente a la alteración de la conciencia como eximente de responsabilidad: ¿Antinomia normativa o normas complementarias?

4.1.1 Ideas iniciales del problema

El artículo 1 de la Ley 30819 del 13 de julio de 2018 incorporó el apartado 9 al segundo párrafo del artículo 108-B del Código Penal, que sanciona el delito de feminicidio, incluyendo como circunstancia de agravación, con una pena privativa de libertad no menor de treinta años: “Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.25 gramos/litro, o bajo efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas”.

Por su parte, el artículo 20 apartado 1 del Código Penal, establece que está exento de responsabilidad penal: “El que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión”.

La casuística enseña que uno de los factores más comunes de grave alteración de la conciencia, precisamente radica en la presencia de alcohol o drogas en el sujeto agente, habiéndose diseñado incluso una tabla de alcoholemia, como anexo de la Ley 27753 de fecha 23 de mayo de 2002, donde se pueden apreciar los periodos de ebriedad y alteración de la conciencia.

4.1.2 Tabla de alcoholemia

Una primera impresión da cuenta de una antinomia, ya que, por un lado, la presencia de alcohol o drogas desarrolla una agravante específica del feminicidio, y de otro lado, la alteración de la conciencia por efectos de alcohol o drogas, debería liberar de responsabilidad al autor.

Así las cosas, las soluciones pasan por desplazar la aplicación del contenido normativo del artículo 20 apartado 1 del Código Penal, en beneficio de la norma especial de agravación o, al contrario, cuestionar la vigencia del artículo 108-B, segundo párrafo apartado 9 del mismo código, por no ser compatible con el principio de culpabilidad, puesto que se estaría condenando a una persona, pese a la existencia de una eximente de responsabilidad.

Sin embargo, en atención al principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, debemos verificar la subsistencia y compatibilidad de las normas en mención, de tal manera que se encuentre coherencia en el sistema normativo actual.

4.1.3 Intersección del conflicto normativo

De acuerdo con Reynaldi (2019), la agravante por ebriedad o drogadicción en el delito de feminicidio, ha incluido un parámetro de medición, que es superior a 0.25 gramos/litro en lo que respecta al alcohol. Luego, si recurrimos a la tabla de alcoholemia, tenemos que el primer periodo de 0.1 a 0.5 gramos/litro corresponde a una fase subclínica, que no tiene relevancia administrativa ni penal, puesto que no existen síntomas ni signos clínicos, sino únicamente una prolongación en los tiempos de respuesta al estímulo y posibilidad de accidentes.

Agrega, si utilizamos tal criterio, podemos afirmar que tal sintomatología, no podría activar siquiera alguna eximente incompleta prevista en el artículo 21 del Código Penal, puesto que la alteración de la conciencia, debe poseer gravedad suficiente, para inhibir de alguna manera, la facultad de comprensión del carácter ilícito del acto o la determinación del sujeto agente, o al menos frenar dicha facultad.

Ahora, yendo al extremo opuesto, también podemos cuestionar cómo tales signos subclínicos, pueden modificar la responsabilidad en el delito de feminicidio. Dicho de otro modo, ¿por qué el hecho es más grave en este caso? Al parecer, tal grado de alcohol no debería implicar ni la presencia de una eximente incompleta ni [mucho menos] la agravación de la conducta del autor. No obstante, la norma de agravación es expresa en cuanto al límite de medición. Sobre ello volveremos más adelante.

Si continuamos con los criterios expuestos en la tabla de alcoholemia, podemos encontrar problemas de armonía normativa, a partir del tercer periodo de progresión en sentido creciente. Es en este espacio, donde al parecer ambos dispositivos entrarían en conflicto y serían llamados a concursar.

Veamos, en el tercer periodo de 1.5 a 2.5 gramos/litro correspondiente a ebriedad absoluta, se aprecia una sintomatología de agresividad, alteraciones de la percepción y pérdida de control; el cuarto periodo de 2.5 a 3.5 gramos/litro, corresponde ya a una grave alteración de la conciencia; mientras que el quinto periodo de 3.5 gramos/litro a mayores niveles de alcohol, corresponde a una etapa de coma.

Considera Reynaldi (2019) que, en dichos periodos de alcoholemia, en los que se pueden encontrar conflictos normativos, pues, de verificarse tales signos clínicos, que, de acuerdo a la naturaleza y modalidad del hecho delictivo, hayan afectado la facultad de comprensión del sujeto agente, deberían aplicarse los artículos 20.1 o 21 del Código Penal. Sin embargo, en un mandato a contrario, el apartado 9 del segundo párrafo del artículo 108-B es expreso, al agravar la responsabilidad en estos supuestos.

Agrega el referido autor que no tendría sentido agravar la pena cuando el agente se encuentre en estado de ebriedad superior a 0.25 gramos/litro de alcohol, pero aún no en un estado de alteración de la conciencia, donde entrarían a tallar las eximentes completas e incompletas, pues de ser el ese el caso, la circunstancia de agravación perdería fundamento. ¿Qué propósito persigue el incrementar la pena cuando la persona se encontraría igualmente lúcida o ecuánime ya sea con presencia de alcohol o sin ella?

Luego, la discordia debe ser solucionada, bien escogiendo alguno de los mandatos legales en cuestión en sacrificio del otro, o bien encontrando concordia en los dispositivos normativos. En principio, no resulta razonable una salida apresurada de descarte normativo, pues las leyes se presumen legítimas, hasta que no se evidencie de forma patente su contradicción con el ordenamiento jurídico.

Podemos comenzar entonces, con la búsqueda del fundamento de la agravación, a fin de poder confrontarla con las causas de exención de responsabilidad.

4.2 En búsqueda del fundamento de la agravación

4.2.1 Circunstancias modificatorias y política criminal

De acuerdo con Reynaldi (2019), las circunstancias que modifican la responsabilidad penal residen en la existencia de un mayor o menor injusto o una mayor o menor culpabilidad. Ejemplos del primer supuesto, los encontramos en la lesividad del bien jurídico [resultados preterintencionales], circunstancias de tiempo (hurto de noche), lugar (robo en lugar desolado), concomitancia de bienes jurídicos (vulneración de más de un bien jurídico), etcétera. En cuanto a las circunstancias modificatorias de culpabilidad, podemos citar casos de móviles (homicidio por placer, homicidio por piedad), mayor osadía, atrevimiento (homicidio feroz), etcétera.

Por ello, refiere Reynaldi (2019) que, en el presente caso, podemos afirmar inicialmente que si la alteración de la conciencia por causa de consumo de alcohol o drogas se ubica en el terreno de la culpabilidad podría incluso invocar la existencia de una eximente de responsabilidad; entonces, siguiendo la misma línea, el fundamento de la agravación, también debe encontrarse en la culpabilidad.

No son difíciles de imaginar las razones por las cuales el legislador ha agravado el feminicidio: ebriedad o drogadicción en el sujeto agente. Bastaría con repasar los datos estadísticos del observatorio de criminalística para caer en la cuenta de que gran parte de los delitos violentos (hechos de sangre) se desarrollan en contextos de abuso de alcohol o drogas ilegales.

Todo ello, como precisa Reynaldi (2019), aunado al incremento de los delitos de feminicidio, cometidos precisamente en tales circunstancias, ha

provocado en el legislador una reacción automática (aunque no muy reflexiva), que obedece a criterios políticos de golpe por golpe (*coup by coup*). Tal forma de respuesta político criminal, que busca satisfacer a la opinión pública, ciertamente no es nueva. Sin embargo, por más que no compartamos las formas de reacción estatal, no por ello la respuesta legislativa deviene necesariamente en ilegítima.

4.2.2 Fundamento de la agravación

Reynaldi (2019) considera que se debe verificar ahora, cuáles son los criterios legítimos sobre el fundamento de la agravación. En principio, la conducta típica de «matar a una mujer por su condición de tal», debe desarrollarse en por lo menos, cuatro contextos: «1. Violencia familiar; 2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual; 3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente; y 4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente» [art. 108-B del Código Penal].

Se advierte, según Reynaldi (2019), que los contextos de comisión denotan *per se* situaciones de vulnerabilidad respecto de la víctima; mientras que el agente interactúa en un ambiente de hostilidad y agresión con relación a ella. Luego, si el espacio de interacción de la pareja penal implica un riesgo de agresión (permanente o no), la situación se agrava cuando el agente se coloca en un escenario de mayor impulsividad, exacerbada por el consumo de alcohol o drogas, desencadenándose un riesgo mayor para el bien jurídico, por la presencia de un sujeto más peligroso.

Luego, no resulta muy difícil afirmar que, en un escenario de hostilidad, el agresor resulta más peligroso, cuando se encuentra despojado de los mecanismos naturales de inhibición que posee el ser humano, provocado por el consumo de drogas, que podría liberar instintos de primitiva violencia, para consumir una voluntad de agresión física.

Reynaldi (2019) expresa que la figura se agrava «si el agente actúa en estado de ebriedad (...) o bajo los efectos de drogas», conforme textualmente señala el art. 108-B, 2do. párr. 9) del CP. Ello implica que el agente debe aprovechar el estado de mayor agresividad, provocado por el consumo de drogas legales (alcohol) o ilegales, para la realización del verbo rector, ello en un contexto (anterior) de superioridad hostil frente a la víctima.

Siguiendo esta línea, se tiene que si el agente no provoca o no aprovecha una situación de mayor hostilidad, a través del consumo de alcohol o drogas, para la realización del verbo rector, el fundamento de la agravación desaparece. Por ejemplo, el caso del sujeto que, encontrándose en estado de ebriedad, mantiene una riña habitual con la víctima, y en esos momentos le causa la muerte, la cual le hubiera causado igualmente de encontrarse en estado de ecuanimidad. O la de aquel sujeto que programa su libreto criminal para causar la muerte de su víctima, pero que, llegado el día de la ejecución del plan, se encuentra en estado de ebriedad de forma casual.

La provocación o el aprovechamiento del estado de ebriedad o drogadicción resulta un criterio necesario que permite superar el criterio de coincidencia, previsto en el artículo 20.1 del Código Penal, cuyo mandato normativo exige que, al momento de la realización del acto, el agente se encuentre

en facultad de comprender el carácter delictuoso del hecho o de determinarse según esa comprensión. Luego, si al momento de la comisión del hecho, se presenta un estado de grave alteración de la conciencia, ello no permite afirmar responsabilidad.

Sin embargo, la agravante del delito de feminicidio permite desplazar tal precepto por especialidad, al haberse legislado de forma expresa una especie de *actio libera in causa*, que es necesario abordar brevemente. Volveremos sobre ello, en el acápite siguiente.

Por ello, resulta importante lo establecido por Reynaldi (2019) sobre el cuestionamiento que debe plantearse: ¿por qué el matar en estado de ebriedad o drogadicción merece una pena mucho más grave que el matar solamente? Es evidente que el estado de ebriedad debe tener influencia en el sujeto agente o, dicho de otro modo, el autor debe instrumentalizar tal estado para la comisión del delito. No obstante, aquí surge entonces otra duda ¿por qué la agravación por ebriedad o drogadicción es privativa del feminicidio? Naturalmente que, por el escenario que comunica una situación de vulnerabilidad de la víctima, frente a la agresividad del autor, que lo diferencia de los demás tipos legales.

Si, finalmente, la acción típica se desarrolla al matar a una mujer por su condición de tal, la agravante por ebriedad o drogadicción debe comunicar una diferencia cualitativa de mayor culpabilidad, al convertir al autor en un sujeto más agresivo, desinhibido de cualquier mecanismo de contención, exacerbado precisamente por la ingesta de algún tipo de droga, que desencadene una acción violenta, respecto de la víctima, de quien, por cierto, ya existía un ámbito de violencia familiar, coacción, abuso de poder o discriminación [art. 108-B CP].

4.2.3 *Circunstancia de agravación y actio libera in causa*

Según Reynaldi (2019), la doctrina de la *actio libera in causa* (alic), permite explicar los casos en los que el sujeto agente actúa en un estado de inimputabilidad o inacción, provocando un resultado típico; sin embargo, tal estado de no culpabilidad fue buscado, provocado o pre-ordenado por el autor, a fin de aprovechar una consecuencia de irresponsabilidad.

En tal sentido, podemos distinguir entre *actio libera in causa* dolosa, cuando el estado de inimputabilidad es buscado o pre-ordenado para la comisión de un hecho típico, como el caso del sujeto que se embriaga para cometer un homicidio y así procurarse una excusa, y *actio libera in causa* culposa, cuando el agente, por descuido o negligencia, cae en un estado de inacción o inculpabilidad, y en tal estado provoca un hecho típico, como el caso del sujeto que, descuidadamente, abusa de su medicación de alprazolam, causando un accidente de tránsito vehicular, por los efectos del fármaco.

A su vez, también podemos identificar la *omissio libera in causa*, cuando el agente se coloca en un estado de incapacidad de actuación que le impide realizar la acción esperada, como el caso del guardavía que, encontrándose en un estado de embriaguez letárgica (provocado o negligente) no cumple con su obligación del cambio de agujas, lo que provoca un desastre ferroviario.

De tal forma, la acción es libre solo en su causa y no al momento del hecho típico. Así, se pueden distinguir dos momentos: a) una acción precedente y libre, donde el sujeto pre-ordena, busca o descuidadamente cae en un estado de inacción o inimputabilidad, y b) una acción típica pero no libre, conectada causalmente con la anterior.

Sin embargo, pese a que tal doctrina posee aceptación general, para poder sancionar conductas que, al momento de la realización del hecho típico, el agente se desenvuelve en un estado de inimputabilidad o inacción, se pueden encontrar al menos dos importantes objeciones para su aplicación.

La primera, referida al principio de culpabilidad, pues aún, verificándose que el agente predeterminó un estado de inimputabilidad (la forma más reprochable de *actio libera*) para buscar una excusa de liberación de responsabilidad; sin embargo, finalmente el sujeto actuó bajo una eximente de inculpabilidad al momento de la realización del hecho típico, deviniendo en irrelevante la pre-ordenación. En palabras gráficas, el sobrio no sabe cómo actuará de ebrio y el ebrio no recordará el programa elaborado de sobrio.

La segunda objeción la encontramos en el principio de legalidad, ya que precisamente corresponde al legislador regular cuáles conductas son pasibles de sanción penal y cuáles no. Sigo pensando que mientras no exista un dispositivo legal que permita sancionar tales conductas, y que admita la posibilidad de aplicación de una estructura de *actio libera in causa*, tal figura, por muy útil que pueda parecer, resulta inadmisibile.

Corresponde entonces verificar si la regulación prevista en el art. 108-B, 2do. párr. 9 del CP permite la construcción de una imputación extraordinaria.

4.2.4 Legitimidad de la agravante en nuestro sistema penal

De acuerdo con Reynaldi (2019), corresponde a una decisión de política criminal la adopción de estructuras que permiten sancionar conductas que buscan o preordenan un estado de inimputabilidad para la comisión de delitos, por lo que

no es un tema nuevo. Sin embargo, en nuestra legislación no tenemos una norma general que dé paso a la aplicación de la alic.

Tampoco es posible desprender sin más de la agravante por ebriedad o drogadicción en el delito de feminicidio un supuesto de alic; sin embargo, sí es posible, a partir de tal regulación legislativa, utilizar criterios limitantes para la aplicación de tal circunstancia de agravación específica, pues lo cierto es que el legislador ha sancionado (incluso con mayor pena) al que actúa bajo tal estado. Para ello, los elementos de configuración de la alic resultan utilizables.

En efecto, la agravante exige que el agente actúe en estado de ebriedad o bajo los efectos de las drogas. Tal regulación debe ser entendida entonces como la instrumentalización de tales sustancias para colocarse el propio agente en un estado de mayor peligrosidad frente a la víctima, con quien ya mantiene un clima de hostilidad, y no como la constatación automática de un estado clínico al momento de la realización del hecho típico.

Cuando la norma exige la actuación en tales estados (de ebriedad o drogadicción), ello implica la previa provocación por parte del agente de una situación de mayor peligrosidad para la víctima, de tal modo que el estado de alteración mismo no es ajeno ni se encuentra desligado de la voluntad del autor en el plan criminal.

Y es que así como el fuego o la explosión agravan el homicidio (art. 108.4 CP) debido a una capacidad de mayor peligro para otras personas, el agresor ebrio o drogado también resulta más peligroso, no solo frente a quien persigue con hostilidad (la víctima), sino también frente a cualquier forma de defensa propia o de terceros. Por ejemplo, si el agente padece de una grave alteración de la

conciencia, no respetará mínimamente las reglas de convivencia ni los convencionalismos de orden social, sino que buscará exteriorizar su personalidad de forma explosiva, de tal forma que ni siquiera el autor tendrá control sobre sí.

4.2.5 Criterios de aplicación práctica

Reynaldi (2019) precisa que se pueden establecer los siguientes criterios para la aplicación de la agravante objeto de estudio:

a) Contexto típico. En principio, debe exigirse la existencia de un contexto típico, de violencia familiar, coacción, abuso de poder o discriminación (art. 108-B del CP), donde el agente desarrolle un clima de hostilidad y agresividad frente a la víctima, quien se encuentra en una situación de vulnerabilidad, precisamente debido a la conducta del autor.

b) Estado de mayor peligrosidad. Que, en tal escenario, el agente se coloque voluntariamente en un estado de mayor peligrosidad, a través de la ingesta de alcohol o drogas, de tal manera que exista riesgo de desencadenar o que libere actos de primitiva violencia, debido a la desinhibición de los mecanismos de control propios, producto del impulso exacerbado por la ingesta de tales sustancias.

c) Actuación durante el estado de alteración. El agente aproveche tal estado de agresividad, provocado por la ingesta de las sustancias anotadas, para realizar el injusto típico. Ello puede darse de tres formas: 1) El agente preordena el estado de mayor peligrosidad para causar la muerte de la víctima, procurándose una excusa de liberación de responsabilidad. 2) El agente provoca dolosamente el estado de mayor peligrosidad, pero aprovecha tal estado para causar la muerte de

la víctima. 3) El agente provoca el estado de mayor peligrosidad, siéndole previsible el resultado, debido a la intensidad de los contextos de hostilidad con la víctima.

d) Supuestos de exclusión. En los demás casos, ebriedad casual, inexistencia de alteración de la conciencia, o falta de nexo causal, no es aplicable la circunstancia agravante. Así, los casos de un sujeto que sigue un programa criminal, y el día de la ejecución del mismo, coincide con un estado de ebriedad; o cuando la alteración de la conciencia es ajena con la causación de la muerte, que obedece a otras circunstancias.

4.2.6 ¿Agravante por omisión?

Finalmente, debemos afirmar que si bien el delito de feminicidio permite en muchas de sus formas la comisión a través de la omisión impropia, sin embargo, la agravante por ebriedad o drogadicción no puede ser afirmada por omisión.

Pongamos el caso de un sujeto que mantiene un escenario de violencia familiar constante con su cónyuge y le desea la muerte por no mantenerse sumisa a su rol de esposa. Cierta día, el esposo llega a su domicilio en completo estado de ebriedad dispuesto a agredir a la víctima; sin embargo, observa que esta se está ahogando y no hace nada para salvar su vida, alegrándose más bien por su buena suerte.

En el caso propuesto, no podrá afirmarse la agravante por ebriedad, no solo porque el art. 108-B, 2do. párr. 9 del CP exige la actuación en estado de ebriedad (que bien podría interpretarse normativamente en comportamientos de

acción y omisión), sino que no se aprecia el fundamento de la agravante ni tampoco un nexo causal entre la muerte y el estado de ebriedad, advirtiéndose más bien una conducta displicente y distendida, que no obedece a alguna alteración producida por las sustancias típicas anotadas.

El comportamiento omisivo no ingresa dentro de la agravante señalada, pues la norma exige actuación aprovechando el estado de ebriedad o drogadicción, siendo que no se fundamentaría la mayor agresividad o conducta explosiva del autor provocado por el efecto de la droga, si lo que hace más bien es permanecer inmóvil ante un curso causal no generado por el autor.

4.3 La circunstancia atenuante de embriaguez: una visión de sus elementos y requisitos

4.3.1 Fundamento y naturaleza

Según Goyena (1997), uno de los elementos más relevantes en la interpretación de la atenuante de embriaguez es el de su fundamento. Tanto la jurisprudencia como la doctrina de los tres países lo asocian a un déficit de culpabilidad, derivado del hecho de que el sujeto ha delinquido en un estado de perturbación mental causado, justamente, por la intoxicación alcohólica.

Existe consenso, pues, “en torno a que lo que le da sentido a la atenuación no es la ebriedad por sí sola, sino su incidencia en la motivación, la imputabilidad y la capacidad de conocimiento de la ilicitud. Nos hallamos, así, ante una circunstancia de naturaleza subjetiva, personal, no transmisible a los partícipes” (Suárez-Mira, 2000, pp. 213), que desempeña un papel relevante a la hora de graduar los efectos de los déficits de imputabilidad en el sistema penal, situándose

a medio camino entre diversas eximentes relacionadas con la alteración de la conciencia, la perturbación mental y la propia embriaguez (completa) por una parte, y el simple descontrol o excitación, por otra (Escalante, 2001, pp. 124-126).

Como puede verse, el planteamiento precedentemente manifestado no se aparta de la tendencia (mayoritaria) a “vincular las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la teoría jurídica del delito y a presentarlas, por consiguiente, como una forma de concreción de los presupuestos valorativos en que se asienta” (González, 1988, pp. 53 y ss.).

Ahora bien, a partir de él parecen abrirse dos líneas interpretativas diferenciadas: una más restrictiva, que califica con arreglo a la atenuante los supuestos en que el sujeto ve efectivamente mermadas sus capacidades de conocer y autodeterminarse en el momento de ejecutar el hecho delictivo, y una segunda que, tras verificar la concurrencia de su presupuesto (la embriaguez), no entra ya a considerar si ha quedado demostrada dicha afección.

En consecuencia, su radio de acción no se circunscribe, en ningún caso, a los delitos asociados a la obtención de las sustancias de que depende el sujeto, lo razonable será identificarla con un problema que puede incidir en la realización de cualquier actuación delictiva: un estado de imputabilidad disminuida por alteración de las capacidades volitivas e intelectivas (Arroyo, 1997, pp. 92-93).

4.3.2 Análisis de los elementos de la atenuante

La atenuante se compone, principalmente, de tres elementos: dos de carácter expreso (una situación de embriaguez derivada de la ingesta de bebidas alcohólicas y la exigencia de que dicha situación no haya sido buscada o

“preordenada” a la realización del hecho delictivo de que se trate) y otro que se halla implícito en el Código Penal (la existencia de una determinada relación entre la embriaguez y la ejecución del delito).

4.3.2.1 La embriaguez

Existe un cierto consenso a la hora de presentar la embriaguez o intoxicación etílica, genéricamente, como un estado fisiológico inducido por el consumo excesivo de alcohol y que conlleva una perturbación, más o menos extensa, del nivel de conciencia, de la cognición, de la percepción, del estado afectivo, del comportamiento o de otras funciones y respuestas fisiológicas o psicológicas, pudiendo llegar a provocar trastornos mentales de diversa intensidad o, incluso, la incapacidad de comprender y determinarse (Ottati, 1975, p. 16).

Estas consideraciones son perfectamente aplicables a los términos embriaguez o intoxicación contenidos en las normas que estamos analizando.

En el caso peruano, el numeral 1 del artículo 20 del Código Penal exime de responsabilidad al que, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión.

Aquí trataremos principalmente de los supuestos de grave alteración de la conciencia producida por embriaguez, por ser uno de los elementos de exclusión de inimputabilidad donde se han imaginado y elaborado más casos de *actio libera in causa* que en ningún otro.

Debemos decir, en tal sentido, que la embriaguez preordenada al delito es el ejemplo por antonomasia de *actio libera in causa*, pues como se ha visto, esta figura nació precisamente para solucionar casos como estos, pudiendo distinguirse aquí perfectamente figuras de alic tanto dolosa como culposa. Así, es objeto de debate establecer si debe responder penalmente o no, aquel individuo que comete un hecho delictuoso en estado de embriaguez, pero que dicho estado ha sido buscado o provocado activamente, o bien, pudiendo haber impedido previamente que se produjera, no hizo nada para evitarlo.

Una respuesta apresurada sería decir que es evidente que el sujeto debe ser castigado, puesto que en el caso de alic dolosa, el resultado se produjo de acuerdo con la realización del plan del autor, mientras que en la alic culposa (se produjo) debido a su actuar imprudente anterior a la conducta típica.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que, al momento de realizar la acción, el sujeto era inimputable y carecía de sus facultades para comprender la antijuridicidad del acto. En este sentido, podemos apuntar que resulta irrelevante que el sujeto haya preordenado la situación de incapacidad, pues al último no comprendía el carácter ilícito de sus actos y bien pudo o no alcanzar el resultado que deseó en un primer momento, ya que finalmente le resulta imposible controlar el peligro por él creado.

De este razonamiento, surge la interrogante de cuál es la acción que debe ser desvalorada por el juzgador, y sobre la cual se van a predicar los demás componentes que integran el delito, pues si es la acción típica —la que indudablemente se exige que sea— no tiene sentido hablar de lo que el sujeto hizo anteriormente, por más reprobable que esto sea; no obstante, si el desvalor de la

acción recae sobre la *actio praecedens*, la acción típica podrá conectarse en relación causal con aquella, y se podrá realizar el juicio negativo del desvalor de resultado no obstante que se presentan graves problemas para estructurar legítimamente el delito, pues se vulnera el principio de culpabilidad y se considera como actos ejecutivos los que no lo son, posibilitando de tal forma la creación de estructuras delictivas análogas, las cuales se encuentran proscritas por nuestro sistema penal.

4.3.2.2 El carácter “no preordenado” de la ingesta

“Es bien sabido que el consumo de alcohol incrementa la predisposición al descontrol o la permisividad con relación a las propias conductas” (Rueda, 2006, p. 325). Pues bien, en los países que estamos analizando se excluye la apreciación de la embriaguez cuando el responsable había buscado colocarse en estado de intoxicación, por el consumo de bebidas alcohólicas, con el propósito de cometer un delito (embriaguez “preordenada”).

En el Código Penal, en concreto, se habla por ese orden de una “embriaguez voluntaria que no fuere premeditada para cometer el delito” y de un “estado de intoxicación alcohólica o de otra índole que, sin ser preordenada al hecho, no llegue a tener plenitud de efectos sobre el sujeto.

4.3.2.3 La relación entre la embriaguez y la ejecución del delito

De acuerdo con Arias (2007), se desprende de su fundamento que lo que explica y da sentido a la atenuación no es la situación de intoxicación del sujeto en sí misma, sino su conexión con la realización delictiva. La circunstancia requiere,

entonces, que el delito se halle estrechamente vinculado a la intoxicación, pero no como forma de sufragar una posible adicción asociada a la misma, sino como una manifestación de la alteración que sufre el autor. Su estructura replica la relación que existe entre los dos elementos que fundamentan, en la concepción clásica, las alteraciones de la imputación: un presupuesto psiquiátrico y un déficit en las facultades volitivas y/o intelectivas.

Por su parte, Acosta (2011) resalta que conviene precisar que el vínculo existente entre la embriaguez y la ejecución delictiva presenta un doble carácter: temporal —puesto que la circunstancias se dirige a sujetos que, en el preciso momento de realizar el delito, sufren una perturbación que ha afectado de manera sustantiva a su consciencia y a su capacidad de autodomínio— y objetivo, en la medida en que, como ya se ha avanzado, los tres países abren la circunstancia a todos los delitos que puedan verse influidos por ella (lesiones, homicidio, amenazas, delitos contra la libertad sexual, delitos contra la propiedad, tenencia ilícita de armas...).

En esos términos, su ámbito de aplicación abarcará, además de a los delitos de acción, a los omisivos. Así, por utilizar dos ejemplos sencillos, podrían beneficiarse de ella un sujeto alcoholizado que omitiese prestar socorro a la víctima de un accidente de coche provocado por él mismo o el controlador aéreo en estado de embriaguez que se ausentase de su puesto para beber y diese lugar a un grave accidente por no suministrar las informaciones pertinentes.

4.4 Validación de la hipótesis

4.4.1 ¿Causa de justificación o causa de inimputabilidad?

Si bien en nuestro sistema jurídico penal se han establecido causas de inimputabilidad por las razones previstas en el artículo 20 del Código Penal de 1991, se han notado bastantes imprecisiones, como por ejemplo el haber prescrito los actos de justificación junto a las causas de inimputabilidad con el único título denominado “causas de inimputabilidad” y la paráfrasis de: “Están exentos de responsabilidad penal: (...)”.

A simple vista, podemos distinguir que —en el mundo jurídico penal— las causas de justificación son completamente diferentes a las causas de inimputabilidad, siendo estas las que verdaderamente eximen de responsabilidad al agente y aquellas las que excluyen la antijuricidad.

Esta manera de prescribir las causas de justificación e inimputabilidad, con el solo tenor de “inimputables”, conlleva una interpretación errónea de entender que todos los casos prescritos en dicho artículo eximen de responsabilidad penal, habida cuenta de que la doctrina ha desarrollado separadamente estas dos situaciones de exclusión, una de culpabilidad y la otra de antijuricidad.

El punto de discusión no es en sí el error del legislador en el aspecto de si todos los casos establecidos en el artículo 20 son causas de inimputabilidad, sino otra imprecisión prevista en el inciso 1) del artículo 20 en la que se aprecia en consecuencia de la paráfrasis “están exentos de responsabilidad penal”: a) (...), grave alteración de la conciencia (...), que según la hermenéutica jurídica se ha ampliado e incluido diversas situaciones de alteración de la conciencia, pero como

puede demostrarse con una comparación con el *common law* el supuesto aplicativo más importante es la embriaguez.

4.4.2 La embriaguez como causa de inimputabilidad

Desde el punto de vista de la grave alteración de la conciencia —prescrita en el primer inciso del artículo 20 del Código Penal—, la embriaguez constituye una causa de inimputabilidad, ya que el sujeto autor de un delito, en el momento de haber cometido el hecho delictivo sufre una suerte de trastorno mental transitorio, que origina una plena anormalidad en el conocimiento de la situación o en las condiciones de autocontrol del sujeto.

En la legislación y en la jurisprudencia nacional, se establece la embriaguez como atenuante o simplemente eximente de responsabilidad penal, así se tiene el caso siguiente:

En el caso de autos, se ha tenido en cuenta la confesión sincera de la procesada (...), quien ha aceptado su responsabilidad como autora del delito imputado, en todo el proceso; no obstante, el colegiado no ha considerado su estado de embriaguez, causal que la exime de responsabilidad penal, conforme a lo previsto en el artículo 20 inciso primero del Código Penal (...) (Sala Penal Transitoria, 2005, p. 533).

Es ese sentido, los tratadistas nacionales, extranjeros y algunas legislaciones en materia de derecho penal han establecido que “la embriaguez es causa de inimputabilidad en circunstancias que, el sujeto no pueda discriminar la naturaleza lícita de sus acciones o inhibir sus impulsos delictivos” (Jiménez, 2003, p. 232); y, además, se toma en cuenta que “la imputabilidad se determina en el

momento en que el agente actúa” (Hurtado y Prado, 2011, p. 606), o sea “al momento de la infracción criminal, una aplicación en contrario implicaría una especie de responsabilidad objetiva por el resultado” (Peña, 2011, p. 813).

En algunas legislaciones se establece que la embriaguez para ser eximente de responsabilidad penal tiene que ser plena, fortuita y deje inconsciente al sujeto; en algunas, como meramente culposa, atenuante, accidental e involuntaria; y en algunas otras legislaciones, se considera que no es eximente de responsabilidad penal, pues se estima que puede ser agravante cuando es habitual o preordenada al delito.

Tan es así que en el derecho anglosajón “la embriaguez ocasionada por el propio sujeto solo se admite como causa de exclusión de la pena cuando, como consecuencia de la ebriedad, falta el dolo específico exigido por el tipo” (Roxin, Schüneman, y otros, 2000, p. 121).

4.4.3 La embriaguez como fundamento de punibilidad

La comisión de un delito empieza en el *iter criminis* que tiene como primera etapa la ideación, un proceso interno en que el sujeto elabora el plan del delito y propone los planes que serán meta de su acción, eligiendo a partir del fin los medios para alcanzarlo; la segunda etapa es la preparación, proceso por el cual se procura los medios elegidos; desde este punto de vista, se puede afirmar que el sujeto para la comisión de un hecho delictivo se anima, consumiendo alcohol o drogas, para ejecutar y consumir el delito en estado de inimputabilidad.

Entonces, en el *iter criminis*, quien, de forma libre y voluntaria, en una situación de inimputabilidad para perpetrar el hecho punible, está ya iniciando su

ejecución, por lo tanto, no existe una desvinculación entre el momento de la acción y el momento de la imputabilidad.

Así es que la doctrina ha creado el término *actio libera in causa*, entendido como la acción libre en la causa, con el propósito de establecer cuándo los delitos cometidos en estado de embriaguez deben considerarse punibles o eximentes de responsabilidad penal.

Al respecto, en el año 1892, el Tribunal Supremo del Reich adoptó una solución de compromiso, plasmada en el reconocimiento de la denominada *actio libera in causa*, con ocasión de un caso acaecido en Königsberg, ciudad natal de Immanuel KANT: Un cochero embriagado sin sentido había atropellado y herido a un peón caminero. La imputación se apoyó desde un principio en el modelo del tipo —que se tratará en el apartado de los modelos de punibilidad— y en correspondencia con la autoría mediata.

Algunos casos en que el sujeto es inimputable en el momento de la realización del resultado típico suscitan la cuestión de si el que actúa no puede ser castigado; sin embargo, cuando en un momento anterior en que todavía era imputable estableció dolosa o imprudentemente una causa del resultado, dándose, así, las condiciones de punibilidad, particularmente el dolo o la imprudencia.

Conceptuando la expresión *actio libera in causa* se tiene que “los supuestos en los que el autor libremente ha causado su propio estado de inimputabilidad y luego, sin capacidad de culpabilidad, comete el delito” (Bacigalupo, 1999, p. 456). “El autor se sitúa en estado de incapacidad de culpa, para cometer en él un delito a pesar de que pudo prever la comisión del mismo” (Welzel, 1956, p. 167); “se presentan cuando se produce un resultado contrario al

Derecho, por un acto o una omisión en estado de inimputabilidad, si bien esta conducta fue ocasionada por un acto (acción u omisión) doloso o culposo cometido en estado de imputabilidad” (Jiménez, 1997, p. 336).

a) Teoría de la *Actio libera in causa* como autoría mediata

En primer término, “alguien se coloca a sí mismo en un estado de inimputabilidad, y ejecuta en tal estado la acción o la omisión que acarrea el resultado. El propio cuerpo del agente es el que desempeña el papel de instrumento” (Beling, 2002, p. 105). Ha de entenderse como ejecutado el delito justo en el momento en que se adquiere el trastorno mental preordenado para su comisión. La primera acción (el procurarse tal estado) sería por ello típica (matar, violar, causar lesión, etc.).

En segundo término, se puede afirmar que de acuerdo con la teoría de la autoría mediata podría subsumirse la conducta adoptada por el autor mediato, como el inducir a otra persona consumir bebidas alcohólicas para que, en un estado de inimputabilidad, cometa un delito.

Así, un caso de comisión de delito doloso tiene lugar, por ejemplo, cuando A tiene una rencilla con B al igual que C; entonces A le hace consumir alcohol a C para que así, ebrio, en estado de inimputabilidad le propine una paliza a B. En cambio, la comisión de delito culposo ocurre, por ejemplo, cuando A y B consumen alcohol, sabiendo que en estado de embriaguez son violentos y pierden el control; luego ambos o uno de ellos le propina(n) una paliza a C.

b) Teoría de la *Actio libera in causa doloso*

Esta situación es la más clásica en el ámbito de la *Actio libera in causa*. De allí surge el punto de discusión, teniendo en cuenta que el sujeto para cometer un delito él mismo crea o conlleva su personalidad a un estado de inimputabilidad. De esa forma, “el agente provoca su propia incapacidad con la intención de cometer la conducta punible, concebida y decidida por él” (Hurtado y Prado, 2011, p. 606), hecho que se conoce también “como la ebriedad preordenada, destinada a delinquir, es la que se provoca para cometer un determinado delito” (Peña, 2011, p. 817).

Así, se considera imputable al sujeto que al tiempo de cometer sus actos no lo era, pero sí lo era en el momento en que ideó cometerlos o puso en marcha el proceso causal que desembocó en la acción típica. El ejemplo clásico es el de un sujeto que, con el propósito de matar, causar lesión, violar, etc., se embriaga o consume drogas para darse ánimo y así cometer el delito.

c) Teoría de la *Actio libera in causa imprudente*

Aquí, el agente se pone en estado de inimputabilidad pudiendo y debiendo prever que, llegado el momento, no podrá usar la prudencia y previsión exigibles en la vida ordinaria y sabiendo que posiblemente tendrá que afrontar un deber para cuyo cumplimiento necesita de todas sus facultades. Ejemplo: el agente persiste en conducir un automóvil a pesar de su estado de ebriedad y atropella a una persona.

Se tiene otra concepción, naciente de la doctrina, de esta teoría en la cual se establece que la infracción del deber de cuidado es debido a la persistencia del

agente de consumir bebidas alcohólicas, sabiendo que en estado de ebriedad es violento, pierde el control de su personalidad y conforme a ello puede prever la comisión de un delito.

A este respecto, se tiene el ejemplo de quien, enfurecido con su mujer, se emborracha y, pese a anteriores experiencias en ese sentido, no repara en que le dará una paliza en estado de inimputabilidad, crea al emborracharse un riesgo no permitido para la integridad corporal de su mujer.

4.4.4 Modelos de punibilidad

En este supuesto, se discuten dos opiniones: el “modelo de la excepción” y el “modelo del tipo”.

a) Modelo de la excepción

Este modelo ha sido desarrollado por Hruschka. La punibilidad de la *Actio libera in causa* representa una excepción justificada por el Derecho consuetudinario al principio de que el sujeto ha de ser imputable “durante la comisión del hecho delictivo”. “Se le castiga por lo tanto por su conducta durante la embriaguez, pese a que no era imputable en ese momento” (Roxin, 1997, p. 851).

b) Modelo del tipo

“La imputación no se conecta con la conducta durante la embriaguez, sino con el hecho de embriagarse o con la conducta que de cualquier otro modo provoca la exclusión de la culpabilidad” (Roxin, 1997, p. 851). Esta conducta

previa se interpreta como causación dolosa o culposa y, por tanto, en su caso punible del resultado típico. Desde esta perspectiva, la conducta previa representa una realización típica culpable en el momento de la comisión.

La vía para la punición solo puede pasar por el modelo del tipo, teniendo como consecuencia necesaria que el dolo del sujeto ha de dirigirse no solo a la producción del resultado, sino también el hecho de colocarse a uno mismo en estado de inimputabilidad. Pues solo poniéndose dolosamente en estado de inimputabilidad se dispone el sujeto al hecho y entra en el estadio de la tentativa.

No existe una necesidad político-criminal de la ampliación de la punibilidad, pues en los casos de embriaguez se dará cuenta por regla general de cómo se le escapa paulatinamente el control sobre sí mismo; si, entonces, persistiendo una planificación del delito; sigue bebiendo, ya no le falta el doble dolo exigible en el modelo del tipo.

4.4.5 Una aproximación al problema de la aplicación de la actio libera in causa en el derecho penal peruano

La doctrina jurídico penal ha definido el delito como una acción típica antijurídica y culpable o, en su caso, como acción típicamente antijurídica y culpable, dependiendo de si es la teoría de la *ratio cognoscendi* o *ratio essendi* la que se adopte respectivamente —cuestión que no se analiza en el presente trabajo—, siendo estos elementos los que necesariamente tienen que concurrir para poder calificar un comportamiento como ilícito penal culpable. No obstante, hay unanimidad en establecer que cada elemento estructural del delito, esto es, acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, posee como contrapartida

supuestos negativos, que de concurrir eliminan a aquellos y, por ende, al delito mismo.

Así, los elementos negativos de la acción se presentarán como fuerza física irresistible (vis absoluta), sueño, sonambulismo, hipnosis y estados espasmódicos; es decir, que una persona que realiza un hecho bajo cualquiera de los supuestos anteriores, no solo no comete delito, sino que ni siquiera realiza una acción jurídica penalmente relevante, pues como dijimos, tales supuestos denotan ausencia de acción.

Podemos citar como ejemplo el caso de un somnoloco que profiere palabras insultantes u ofensivas en contra de otro, en que no puede imputársele tal acto como delito de injuria, pues no realizó una acción en el sentido de conducta voluntaria dirigida a una finalidad, ya que precisamente es la voluntad la que se encontraba anulada.

Del mismo modo, la tipicidad presenta como aspectos negativos el error de tipo, el caso fortuito, el consentimiento en los casos de indicación expresa de la norma o tácita por encontrarse implícita en esta como condicionante del tipo objetivo (debido a su doble naturaleza jurídica) y la adecuación social.

Pues en algunos casos elimina la antijuridicidad, específicamente cuando no se prevé en la norma como condicional para la configuración del tipo objetivo; únicamente elimina la tipicidad cuando la norma establece que para que se configure el tipo debe realizarse sin el consentimiento del agraviado.

Por su parte, eliminan la antijuridicidad la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el consentimiento (en la medida en que no haya sido previsto por el legislador en el mismo tipo penal), el ejercicio legítimo de una

profesión, oficio o cargo. Son causas de ausencia de culpabilidad la anomalía psíquica, la grave alteración de la conciencia, el trastorno mental transitorio, el miedo insuperable, las oligofrenias, la inmadurez bio-psíquica (minoría de edad), el error de prohibición, el error de comprensión culturalmente condicionado, la obediencia jerárquica debida y el estado de necesidad inculpante o excusante.

Es necesario advertir que la mayoría de estos elementos negativos del injusto y la culpabilidad, a excepción de la acción, pueden darse en forma imperfecta, lo que no va a originar que se elimine su elemento contrario y por ende no va a ser pasible de una eximente completa, sino más bien de una incompleta, siendo de aplicación lo establecido en el artículo 21 del Código Penal, referido a la responsabilidad restringida, que faculta al juzgador para disminuir la pena incluso hasta límites inferiores al mínimo legal, en los casos en que no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad.

Hasta aquí la cuestión parece simple, pues sabemos que si un individuo comete un hecho (por más reprobable que este sea) bajo cualquiera de los supuestos negativos citados, no podrá ser sancionado. Sin embargo, el problema se presenta cuando nos encontramos con casos en los que si bien el sujeto al momento de realizar el hecho reprobado por la norma, actuó bajo algún presupuesto que elimina el delito (especialmente los correspondientes a la acción y a la imputabilidad), se tiene que dicho estado fue buscado y provocado por el mismo agente ya sea en forma voluntaria o imprudente, o en su caso fue preordenado hacia el delito, o previendo o debiendo prever que en tal estado podía realizar un acto típico, no tomó las medidas necesarias para impedirlo.

“A fin de dar solución a casos como estos, la doctrina ha recurrido a la denominada teoría de la *actio libera in causa* o *actio libertatem relata*” (Omeba, 2000, p. 317), construcción teórica sobre la cual se han tejido diversos modelos para explicarla y que, sin embargo, no deja de presentar problemas de coherencia dentro del complejo normativo de la dogmática penal. La estructura de la *actio libera in causa* supone cuando menos dos etapas: a) un acto precedente (Ezaine, 1997), libre y voluntario, de colocarse en un estado de inacción o inimputabilidad (se considera a diferencia de algún sector de la doctrina, que la teoría de la alic únicamente puede construirse en los niveles de la acción y culpabilidad); y, b) el hecho realizado cuando el sujeto se encuentra en dicho estado de inacción o inimputabilidad, resultando precisamente este último, el hecho típico sobre el cual el agente tendría que responder.

CONCLUSIONES

1. Frente al problema de la violencia familiar el Estado peruano ha optado por implementar medidas legislativas que tienen como objeto frenar los actos feminicidas y garantizar la protección de la mujer a través de la creación e inclusión de un nuevo tipo penal en la legislación penal denominado “feminicidio”, con el cual se criminaliza dicha conducta, se agrava la pena y se establecen nuevas agravantes con el estado de embriaguez y drogadicción.
2. Las razones por las cuales el legislador ha agravado el feminicidio, como la ebriedad o la drogadicción en el sujeto agente, se fundan en el populismo penal y el derecho penal simbólico, y justifican, así, ese hecho en el incremento de los feminicidios que la violencia contra mujer se desarrolla en contextos de abuso de alcohol o drogas ilegales. Por ello, resulta necesario punibilizarlos.
3. La legislación penal nacional recurre a una redacción o técnica descriptiva que opta por definirla incorporando, como características esenciales, una fórmula menos precisa, “embriaguez causante de una perturbación mental”, que la casuística considera que se trata de uno de los factores más comunes de grave alteración de la conciencia, considerando la presencia de alcohol o drogas en el sujeto agente, habiéndose diseñado incluso una tabla de alcoholemia.
4. Los estados transitorios del agente, como la embriaguez o el consumo de drogas, al ser producto de la voluntariedad del agente, con el propósito de cometer un delito o que se hubiera previsto su comisión (dolo o culpa), no operan como eximentes de responsabilidad penal; por ello, ante una *actio*

libera in causa el efecto es retrotraer la reprochabilidad al momento de la manifestación de la voluntad, siendo indiferente para la imposición de la pena el estado mental del actor al instante de producirse el resultado típico.

5. En los periodos de alcoholemia, en los que se pueden encontrar conflictos normativos, pues, de verificarse los signos clínicos que, de acuerdo a la naturaleza y modalidad del hecho delictivo, hayan afectado la facultad de comprensión del sujeto agente, deberían aplicarse los artículos 20.1 o 21 del Código Penal. Sin embargo, en un mandato a contrario, el apartado 9 del segundo párrafo del artículo 108-B es expreso, al agravar la responsabilidad en estos supuestos, por lo que no tendría sentido agravar la pena cuando el agente se encuentre en estado de ebriedad superior a 0.25 gramos/litro de alcohol, pero aún no en un estado de alteración de la conciencia; en este caso, se trataría de las eximentes completas e incompletas, pues la circunstancia de agravación perdería fundamento.

RECOMENDACIONES

1. A los legisladores, considerar que incluir el estado de ebriedad o drogadicción como agravante en el delito de feminicidio en la legislación penal peruana constituye una opción político-criminal asumida por el legislador, consistente en proyectar una nueva legislación penal represiva del feminicidio en atención al género de la víctima, que garantiza la persecución y sanción de los responsables, al identificar única y exclusivamente al varón como autor del delito de feminicidio. De esta manera, se vulnera el principio de responsabilidad penal por el acto, esto es, a que el sujeto agente responda penalmente por el acto cometido y no por sus condiciones personales o de género, puesto que este deviene en violación al principio de igualdad ante la ley y en una plena manifestación de un derecho penal de autor, lo cual no resulta aceptable en el derecho penal moderno, cuyo pilar principal en el cual se sustenta es justamente en un derecho penal de acto.
2. A los legisladores, el hecho de considerar la agravación por ebriedad o drogadicción como privativa del delito feminicidio, por el escenario que comunica una situación de vulnerabilidad de la víctima, frente a la agresividad del autor, que lo diferencia de los demás tipos legales, se presenta como discriminatorio y carente de una justificación lógica-racional, por lo que la pena impuesta en estos casos es discriminatoria y desproporcional frente a las personas que comenten el mismo delito sin estar en estado de alcoholismo o drogadicción.
3. A los jueces, considerar que si la alteración de la conciencia por causa de consumo de alcohol o drogas se ubica en el terreno de la culpabilidad, que

incluso podría invocar la existencia de una eximente de responsabilidad, entonces, siguiendo la misma línea, el fundamento de la agravación, también debe encontrarse en la culpabilidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta, C. (2011). *Los trastornos mentales y la responsabilidad penal*.
<http://maestriauba2010.blogspot.com.es/2011/08/monografia-los-trastornos-mentales-y-la.html>
- Almeras, D., Bravo, R., Milosavljevic, V., Montaña, S. y Rico, N. (2002). *Violencia contra la mujer en relación de pareja: América Latina y el Caribe. Una propuesta para medir su magnitud y evolución*. Naciones Unidas.
- Álvarez-Gayou, J. (2003). *Cómo hacer investigación cualitativa. Fundamentos y metodología*. Paidós.
- Arias, J. (2007). *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Bosch.
- Arroyo, A., Muñoz, J.; Goyena, J. (1997). *Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995*. Aranzadi.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal, Parte General* (2.^a ed.). Hammurabi.
- Beling, E. (2002). *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo*. Librería El Foro.
- Bellati, C. (2000). Inimputabilidad provocada por el agente. La doctrina del *Actio libera in causa*. Estados de embriaguez. *Noticias Jurídicas*, 21.
- Benavides, F. (2015). Femicidio y derecho penal. *Revista Criminalidad*, 1(57), 75-90.

- Bendezú, R. (2012). La violencia contra la mujer y la perspectiva de género en el Código Penal peruano: El feminicidio. *Revista Gaceta Penal & Procesal Penal*, 36. Gaceta Jurídica.
- Briones, G. (1986). *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. Trillas.
- Bustos, J. y Hormazábal, H. (2010). *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Trotta.
- Castillo, J. (2008). *Derecho penal: Parte especial*. Grijley.
- Castillo, J. (2014). *El delito de feminicidio. Análisis doctrinal y comentarios a la Ley N° 30068*. Normas Jurídicas.
- Crespo, M. y Ruiz, P. (2013). La educación en el seno de la familia como medio de prevención de la violencia doméstica. En M. Crespo, y M. Moretón (Eds.), *Violencia y familia: Educar para la paz*. Colex.
- Chávez, M. et al. (2003). *La violencia intrafamiliar en la legislación mexicana* (3.^a ed.). Porrúa.
- De La Cuesta, P. (2012). El concepto de violencia de género de la LO 1/2004 en el Sistema Penal: Fundamento, trascendencia y efectos. *Derecho y Proceso Penal*, 27. Aranzadi.
- Díaz, I. (2014). Homicidio por emoción violenta y perspectiva de género: el caso de las mujeres víctimas de violencia que dan muerte a sus parejas. En J. Llaja (Ed.), *Los derechos de las mujeres en la mira*. Demus.
- Donna, E. (2001). *Teoría del delito y de la pena 2. Imputación delictiva*. Astrea.

- Dopico, S. (2014). Violencia y derechos humanos para las mujeres. *Revista Sexología y Sociedad*, 9(22), 36-39.
<https://revistas.usergioarboleda.edu.co › visiuris › article › download>.
- Escalante, R. (2001). *La defensa del enfermo mental en el nuevo proceso penal venezolano*. Vadell Hermanos.
- Ezaine, A. (1997). *El proceso ejecutivo del delito. Autoría y participación*. Ediciones Jurídicas Lambayecanas.
- Ezaine, A. (1998). *Diccionario de Derecho Penal*. Chiclayo: Ediciones Jurídicas Lambayecanas.
- Faraldo, P. (2006). Razones para la introducción de la perspectiva del género en derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género. *Revista Penal*, (17), 72-94.
- Félix, R. (2003). El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Algunas consideraciones sobre su regulación en España y México. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho*, 33, 303-353.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris. Teoría del Derecho y la democracia*. Trotta.
- Galán, A. (2009). De la violencia doméstica a la violencia de género: ¿Un paso fallido hacia el derecho penal del enemigo? En E. Núñez (Ed.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*. Tirant lo Blanch.
- García, P. (2006). Precedentes de la denominada “violencia de género” en el Código Penal español. Apuntes críticos. En E. Núñez (Ed.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*. Tirant lo Blanch.
- García-Pablos, A. (1996) *Criminología* (3.^a ed.). Tirant lo Blanch.

- Gascón, M. y García, A. (2005). *La argumentación en el derecho*. Palestra
- Giménez, J. (2001). La habitualidad en el maltrato físico y psíquico. Evolución legislativa y jurisprudencial del artículo 153 Código Penal. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 5.
- Giraldo J. et. al. (2002). *Metodología y técnica de la investigación sociojurídica*. Universidad de Ibagué.
- González, J. (1988). *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Tirant lo Blanch.
- Goyena, J. (1997). *Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995*. Aranzadi.
- Gros, H. (2005). El derecho humano a la paz. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 517-546.
<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/30271/27324>.
- Hassemer, W. (1984). *Fundamentos del derecho penal*. Bosch.
- Hernández, R. et. al. (2010). *Metodología de la investigación*. McGrawHill.
- Hurtado, J. (1987). *Manual de derecho penal*. EDDILI.
- Hurtado, J. y Prado, V. (2011). *Manual de derecho penal. Parte General* (4.^a ed.). Idemsa.
- Incháustegui, T. (2014). Sociología y política del feminicidio: algunas claves interpretativas a partir del caso mexicano. *Revista Sociedade e Estado*, 29(2), 373-400.
- Instituto Nacional de Estadística E Informática [INEI] (2016). *Perú: Encuesta demográfica y de salud familiar 2015, nacional y departamental*.

- Jakobs, G. (2001). La denominada *actio libera in causa*. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. Instituto Peruano de Ciencias Penales; Grijley.
- Jiménez, L. (1997). *Principios de derecho penal, la ley y el delito*. Abeledo-Perrot.
- Jiménez, L. (2003). *Lecciones de derecho penal*. Oxford University Press.
- Jiménez, Li, (1962). *Tratado de derecho penal*. Losada.
- Lamberti, S. (2008). *Violencia familiar. Sistemas jurídicos*. Universidad de Buenos Aires.
- Lanzos, A. (2001). La violencia doméstica. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 5, 133-150
- Laporta, E. (2012). *El feminicidio/femicidio: reflexiones del feminismo jurídico* [Tesis de maestría, Universidad Carlos III de Madrid]. Archivo digital.
- Laurenzo, P. (2005). La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-08, 1-23. <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>
- Lujan, M. (2013). *Diccionario penal y procesal penal*. Gaceta Jurídica.
- Luzón, D. (1996). *Curso de derecho penal. Parte general*. Civitas.
- Manzini, V. (1948). *Tratado de derecho penal. Primera parte. Teorías generales*. Ediar.
- Maqueda, M. (2006). La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-02, 1-13.
- Martínez, D. (2010). *Metodología y argumentación*. Marcial Pons.

- Meil, G. (2016). *La violencia contra las mujeres en España. Informe España 2016*.
<https://blogs.comillas.edu/informe-espana/2016/12/15/violencia-contra-las-mujeres/>
- Mir Puig, S. (1995). *Derecho penal. Parte general*. PPU; Promociones y Publicaciones Universitarias.
- Mir Puig, S. (2004). *Derecho penal. Parte general*. B DE F.
- Mirat, P. y Armendáriz, C. (2007). *Violencia de género versus violencia doméstica: consecuencias jurídico-penales*. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad.
- Morillas, L. (1996). *Curso de derecho penal español*. Marcial Pons.
- Muñoz, F. (1998). *Derecho penal, Parte general* (3.^a ed.). Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F. (1999). *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F. (1999). *Teoría general del delito*. Temis.
- Omeba (2000) *Enciclopedia jurídica. Tomo I. A*. Bibliográfica Argentina.
- Organización de las Naciones Unidas. (2012). *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*. OACNUDH.
- Ottati, A. (1975). *Alcoholismo y derecho penal*. Amalio M. Fernández.
- Peña, A. R. (2011). *Derecho penal. Parte general. Tomo I* (3.^a ed.). Idemsa.
- Peña, R. (1997). *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general* (3.^a ed.). Grijley.
- Polaino, M. (1984). *Derecho penal. Parte general*. Bosch.
- Prado, V. (2015). *Determinación judicial de la pena*. Pacífico Editores.

- Queralt, J. y Comas, D. (2005). *La violencia de género: Política criminal y ley penal*. Civitas.
- Ramírez, R. (2010). *Proyecto de investigación. Cómo se hace una tesis*. UNMSM.
- Ramos, C. (2011). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Grijley.
- Robles, L. (2014). *Guía metodológica para la elaboración del proyecto de investigación jurídica*. Ffecaat,
- Robles, L. et. al (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Ffecaat.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del* (Diego-Manuel Luzón Peña Trad.; 2.^a ed.). Civitas.
- Roxin, C. (1998). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Marcial Pons.
- Roxin, C.; Schüneman, B. et al. (2000). *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra, Barcelona)*. Civitas.
- Rubio, M. Eguiguren, F. Bernales, E. (2013). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rueda, M. (2006). *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*. Bosch.
- Ruiz, R. (2002). *La violencia familiar y los derechos humanos*. CNDH.
- Sala Penal Transitoria (2005). *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales N° 6-R.N. N° 623-2004*.

- Salinas, R. (2012). El delito del parricidio en el Perú luego de la Ley N° 29819: ¿Y el delito de feminicidio? *Revista Gaceta Penal & Procesal Penal*, 36. Gaceta Jurídica.
- Sánchez, J. (2011). «Si me dejas, te mato». *El feminicidio uxoricida en Lima*. Pontificia Universidad Católica del Perú
- Segato, R. (2006). Qué es un feminicidio. Notas para un debate emergente. *Revista Mora*, (12). Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género de la Universidad de Buenos Aires.
- Serrano, A. (2009). *Introducción a la Criminología*. Dickynson.
- Silva, JM (2000). *Estudios de Derecho Penal*. Grijley.
- Silva, JM (2004). *Estudios sobre los delitos de omisión*. Grijley.
- Suárez-Mira, C. (2000). *La imputabilidad del consumidor de drogas*. Tirant lo Blanch.
- Vilcapoma, J. (2013). *Aprender e investigar. Arte y método del trabajo universitario*. Argos.
- WelzeL, H. (1956). *Derecho penal. Parte general*. Depalma.
- Zaffaroni, E. (1994). *Manual de derecho penal*. Ediciones Jurídicas.
- Zaffaroni, E. (2000). *Derecho penal. Parte general*. Ediar.
- Zaffaroni, R. (2009). *Estructura básica del derecho penal*. Ediar.
- Zelayaran, M. (2000). *Metodología de la investigación jurídica*. Ediciones Jurídicas.
- Zugaldía, J. (2004). *Derecho penal. Parte General* (2.^a ed.). Tirant lo Blanch.