



UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”
ESCUELA DE POSTGRADO



**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y
GOBERNABILIDAD**

TESIS

**"LA PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL SOBRE VIOLENCIA
FAMILIAR PSICOLÓGICA Y LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL
DE TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA A FAVOR DE LA
MUJER, A PARTIR DE CASOS EN LA SEGUNDA FISCALÍA
PROVINCIAL PENAL DE CASMA, PERIODO 2016 -2017"**

**Tesis presentada para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho
con mención en Derecho Constitucional y Gobernabilidad**

AUTOR:

SÁNCHEZ SUSANIVAR; JULIA MARIA DEL ROSARIO

ASESOR:

DR. VICTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO

Lambayeque- Perú, enero de 2019

"LA PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL SOBRE VIOLENCIA FAMILIAR PSICOLÓGICA Y LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA A FAVOR DE LA MUJER, A PARTIR DE CASOS EN LA SEGUNDA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL DE CASMA, PERIODO 2016 -2017"

AUTOR

ASESOR

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado de MAESTRA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD

APROBADO POR:

DR. JOSÉ BALCAZAR ZELADA

PRESIDENTE

DR. FREDDY WIDMAR HERNANDEZ RENGIFO

SECRETARIO

MG .RICARDO PONTE DURANGO

VOCAL

DEDICATORIA

El trabajo de investigación es dedicado a mi hija, porque desde que supe que venía en camino ha sido la fuente de mi inspiración y motivo para dar lo mejor de mí como persona, madre, hija y como profesional.

AGRADECIMIENTO

A mi madre por su apoyo incondicional, porque gracias a sus consejos y ejemplo he podido lograr el éxito personal y profesional. Asimismo, a mi asesor porque gracias a sus conocimientos me ha podido guiar en los lineamientos académicos que requería la presente investigación.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO	
1.1. Realidad problemática	5
1.2. Planteamiento del problema	6
1.3. Formulación del problema	9
1.4. Justificación del problema	10
1.4.1. Justificación Teórica	10
1.4.2. Justificación Práctica	11
1.4.3. Justificación Metodológica	12
1.5. Importancia	12
1.6. Objetivos	13
1.6.1. General	13
1.6.2. Específicos.	14
1.7. Aspectos metodológicos	14
1.7.1. Hipótesis de investigación	14
1.7.2. Variables	17
1.8. Marco Metodológico	18

1.8.1. Diseño de contrastación de la hipótesis	18
1.8.2. Población y muestra	19
1.8.3. Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos.	20
1.8.4. Métodos y procedimientos	20

CAPÍTULO II: LA VIOLENCIA FAMILIAR COMO ENFOQUE DE POLÍTICA CRIMINAL DE ESTADO

2.1. Violencia Familiar	24
2.1.1. Concepto de Violencia contra la mujer	24
2.1.2. Definición de Violencia contra los integrantes del Grupo Familiar	26
2.1.3. Tipos de violencia Familiar	27
2.1.3.1. Violencia física	27
2.1.3.2. Violencia psicológica	28
2.1.3.3. Violencia sexual	30
2.1.3.4. Violencia económica o patrimonial	31
2.1.3.5. Otros tipos de violencia contra la mujer	32
2.1.4. Etapas de la violencia	33
2.2. Normativa Internacional de Protección contra la violencia a la mujer	34

2.2.1. Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos (Naciones Unidas)	35
2.2.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Deberes Económicos, Sociales y Culturales	35
2.2.3. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Belem do Para)	37
2.2.4. La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y su Protocolo Facultativo.	40
2.2.5. La Declaración de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer.	42
2.3. Legislación sobre Violencia Familiar en el Perú	43
2.3.1. Antecedentes Legislativos de la Violencia Familiar	43
2.3.2. Análisis de la Ley N° 30364 - Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar y su reglamento.	45
2.3.2.1. Principios rectores de la Ley N° 30364	45
2.3.2.2. Derechos de las mujeres reconocidos en la Ley N° 30364.	51

CAPÍTULO III: LA ACCIÓN PENAL EN LOS CASOS DE VIOLENCIA FAMILIAR PSICOLÓGICA

3.1. La acción penal en los casos de violencia familiar psicológica	55
3.1.1. Delito de lesiones graves	55
3.1.2. Delito de lesiones leves	57
3.1.3. Delito de agresiones contra la mujer e integrantes del grupo familiar.	60
3.1.4. Delito de desobediencia y resistencia a la autoridad.	61
3.1.5. Análisis del artículo 24° de la Ley N° 30364	63
3.1.6. La habitualidad en los casos de violencia familiar Psicológica.	64
3.1.7. Etapas del proceso especial de violencia contra la Mujer.	67
3.1.7.1. Etapa de Protección- Medidas de Protección	68
3.1.7.2. Etapa de Sanción	69
3.1.7.3. Flagrancia	69
3.1.7.4. No flagrancia	72
3.1.7.5. Diligencias Preliminares	73
3.1.7.6. Actuación Policial	74
3.1.7.7. Informe Policial	74
3.1.7.8. Disposición de No formalizar Investigación	

Preparatoria	75
3.1.7.9. Sentencia	76
3.2. La Prueba en los casos de Violencia Familiar Psicológica	78
3.2.1. Declaración de la víctima	79
3.2.2. La Cámara Gesell	82
3.2.3. Declaración del imputado	82
3.2.4. Psicología Forense	84
3.2.5. Pericia Psicológica	84
3.2.5.1. Importancia de la pericia psicológica	87
3.2.5.2. Informe psicológico forense	87
3.2.5.3. Acreditación de la lesión psíquica	87
3.2.5.4. Acreditación del daño psíquico	90
3.2.5.5. Prueba Pre- Constituida	94
3.2.6. La valoración de medios probatorios	96
3.3. Los Principios rectores del Derecho Penal	97
3.3.1. Concepto de principios fundamentales	97
3.3.2. Concepto de Principios del Derecho Penal	97
3.3.2.1. Principio de Mínima intervención del derecho	
Penal	98
3.3.2.2. Principio de Subsidiaridad	102
3.3.2.3. Principio de Fragmentariedad	102

3.3.2.4. El principio de lesividad u ofensividad	111
3.3.2.5. Principio de culpabilidad	119
3.3.2.6. Principio de Proporcionalidad	129
3.3.2.7. Principio de Humanidad	137
3.4. Teorías de la Pena	138
3.4.1. Teoría de la retribución según CLAUS ROXIN	138
3.4.2. Teoría de la prevención general (negativa) según CLAUS ROXIN	138
3.4.3. Prevención especial (negativa) según Claus Roxin	139
3.4.4. Teorías Eclécticas	140
3.5. El consentimiento de la víctima en los delitos de violencia familiar psicológica	143
3.6. Alternativas no penales para solucionar el conflicto	144

CAPÍTULO IV: LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA Y LA VIOLENCIA FAMILIAR PSICOLÓGICA

4.1. Aproximación a la Garantía Constitucional de la Tutela Procesal Efectiva	148
4.1.1. Definición	148
4.1.2. Manifestaciones del Derecho a la Tutela Procesal Efectiva	151

4.1.2.1. Juez natural.	151
4.1.2.2. Acceso a la jurisdicción.	152
4.1.2.3. Derecho a la instancia plural.	153
4.1.2.4. Derecho a un proceso sin dilaciones	
Indebidas	154
4.1.2.5. Deber judicial de producción de pruebas	154
4.2. El debido Proceso	154
4.2.1. Antecedentes del debido proceso	155
4.2.2. Definición de debido proceso	157
4.2.3. El debido proceso como garantía fundamental	158
4.2.4. Manifestaciones del debido proceso	159
4.2.4.1. El debido proceso sustantivo	159
4.2.4.2. El debido proceso adjetivo o formal	160
4.3. Diferencias entre tutela jurisdiccional efectiva y debido Proceso	161
4.4. Derecho de la víctima a la tutela procesal efectiva	162

CAPÍTULO V: ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1. Presentación de Casos	165
5.2. Verificación y comprobación de hipótesis de trabajo	180
5.3. Propuesta de Lege ferenda	181

5.3.1. Fundamento constitucional	181
5.3.2. Fundamento penal	184
5.3.3. Propuesta Lege Ferenda	188
 CONCLUSIONES	 189
RECOMENDACIONES	193
BIBLIOGRAFÍA	195

RESUMEN

La violencia psicológica es también una de las agresiones que caracterizan la violencia contra la mujer, y es por ello que a fin de combatirla los legisladores en el Perú convinieron en tipificar dicha agresión y para ello, el Ejecutivo puso en vigencia el artículo 122- B del Código Penal vigente. Sin embargo, este tipo penal de violencia psicológica muy poco aporta a la represión de violencia contra la mujer, primero porque el tipo penal resulta estar incompleto, y segundo porque con el derecho penal nunca puede haber una acción de prevención general por cuanto el derecho penal siempre actúa posteriormente, cuando el delito ya se consumó.

Por esta razón, el presente trabajo de investigación se estableció como problema de investigación el contenido de la siguiente pregunta: ¿Con la promoción de la acción penal sobre violencia familiar psicológica, el Estado cumple con la Garantía Constitucional de Tutela Jurisdiccional Efectiva a favor de la mujer agredida, a partir de casos en la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Casma, periodo 2016 -2017?

Luego de acopiado el material teórico, se analizó el material fiscal a través del análisis de disposiciones de archivo, y se pudo verificar que en efecto la inviabilidad del artículo 122 – B del Código Penal resulta manifiesta al resultar casi inaplicable en los diversos casos en los que se presenta únicamente la investigación referido a violencia psicológica, sobre esto versa la presente investigación.

Palabras claves: violencia familiar, violencia psicológica, agresiones contra la mujer, lesiones leves, daño psíquico, lesión psíquica, medidas de protección, delito, debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva.

ABSTRACT

Psychological violence is also one of the aggressions that characterize violence against women, and that is why in order to combat it the legislators in Peru agreed to typify this aggression and for this they approved and the Executive put into effect article 122- B of the current Penal Code.

However, this type of psychological violence very little contributes to the repression of violence against women, first because the criminal type turns out to be incomplete, and second because with criminal law there can never be a general preventive action because the criminal law always acts later, when the crime has already been committed

For this reason, this research work was established as a research problem the content of the following question: With the promotion of criminal action on psychological family violence, the State complies with the Constitutional Guardianship Guarantee in favor of the assaulted woman, from cases in the Provincial Criminal Prosecutor's Office of Casma, 2016 -2017 period?

After collecting the theoretical material, the fiscal material was analyzed through the analysis of archival dispositions, and it could be verified that in fact the non-feasibility of article 122 - B of the Penal Code is manifest when it becomes almost inapplicable in the various cases in the that only research referring to psychological violence is presented, on this the present investigation is concerned.

Keywords: Family violence, psychological violence, aggression against women, minor injuries, psychic damage, psychic injury, protection measures, crime, due process, effective judicial protection.

RESUMEN

La violencia psicológica es también una de las agresiones que caracterizan la violencia contra la mujer, y es por ello que a fin de combatirla los legisladores en el Perú convinieron en tipificar dicha agresión y para ello, el Ejecutivo puso en vigencia el artículo 122- B del Código Penal vigente. Sin embargo, este tipo penal de violencia psicológica muy poco aporta a la represión de violencia contra la mujer, primero porque el tipo penal resulta estar incompleto, y segundo porque con el derecho penal nunca puede haber una acción de prevención general por cuanto el derecho penal siempre actúa posteriormente, cuando el delito ya se consumó.

Por esta razón, el presente trabajo de investigación se estableció como problema de investigación el contenido de la siguiente pregunta: ¿Con la promoción de la acción penal sobre violencia familiar psicológica, el Estado cumple con la Garantía Constitucional de Tutela Jurisdiccional Efectiva a favor de la mujer agredida, a partir de casos en la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Casma, periodo 2016 -2017?

Luego de acopiado el material teórico, se analizó el material fiscal a través del análisis de disposiciones de archivo, y se pudo verificar que en efecto la inviabilidad del artículo 122 – B del Código Penal resulta manifiesta al resultar casi inaplicable en los diversos casos en los que se presenta únicamente la investigación referido a violencia psicológica, sobre esto versa la presente investigación.

Palabras claves: violencia familiar, violencia psicológica, agresiones contra la mujer, lesiones leves, daño psíquico, lesión psíquica, medidas de protección, delito, debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva.

ABSTRACT

Psychological violence is also one of the aggressions that characterize violence against women, and that is why in order to combat it the legislators in Peru agreed to typify this aggression and for this they approved and the Executive put into effect article 122- B of the current Penal Code.

However, this type of psychological violence very little contributes to the repression of violence against women, first because the criminal type turns out to be incomplete, and second because with criminal law there can never be a general preventive action because the criminal law always acts later, when the crime has already been committed

For this reason, this research work was established as a research problem the content of the following question: With the promotion of criminal action on psychological family violence, the State complies with the Constitutional Guardianship Guarantee in favor of the assaulted woman, from cases in the Provincial Criminal Prosecutor's Office of Casma, 2016 -2017 period?

After collecting the theoretical material, the fiscal material was analyzed through the analysis of archival dispositions, and it could be verified that in fact the non-feasibility of article 122 - B of the Penal Code is manifest when it becomes almost inapplicable in the various cases in the that only research referring to psychological violence is presented, on this the present investigation is concerned.

Keywords: Family violence, psychological violence, aggression against women, minor injuries, psychic damage, psychic injury, protection measures, crime, due process, effective judicial protection.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación está orientado al estudio de una de las respuestas del Estado para combatir la violencia contra la mujer y los grupos familiares, dentro de un ambiente en el que cada vez más viene siendo objeto de agresiones, de vejaciones e incluso de la muerte sin que haya hasta el momento ninguna acción que dé resultados y que proteja de manera eficaz a la mujer.

Así es, desde hace ya algunos años el Estado ha adoptado como respuesta a la violencia contra la mujer una respuesta normativa, sobre todo desde el derecho penal y esto como parte de la búsqueda de alguna solución a los problemas de lesiones leves y graves, feminicidios, atentados contra la estabilidad emocional de las mujeres, sin que por cierto la sanción punitiva haya contrarrestado de forma alguna las agresiones que sin embargo aumentan con el transcurso de los días.

Y dentro de ese contexto, se ha trasladado a los jueces, fiscales y policías nacionales, la tarea de aplicar las normas y de ser el eslabón más fuerte para contrarrestar la violencia aludida, y hasta incluso se ha responsabilizado del aumento de las agresiones a dichos operadores del derecho, porque supuestamente no aplican las sanciones que están previstas en el Código Penal, cuando es conocido por todos que el sistema punitivo actúa siempre que haya un resultado que es precisamente el delito, es decir, no previene absolutamente algo.

Pero llama la atención de manera particular el contenido del artículo 122 – B del Código Penal, en especial la viabilidad de aplicar del supuesto de violencia psicológica como una de las formas de agresiones contra la mujer, de tal manera que corresponde establecer si es que dicha norma penal contribuye de manera eficaz a contrarrestar las conductas que todos

reprochamos, de tal forma que se analiza si es que dicho ilícito sólo es un elemento declarativo que en nada contribuye con los fines para los que fue constituido como norma punitiva.

Por esta razón, el presente trabajo se denomina: "LA PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL SOBRE VIOLENCIA FAMILIAR PSICOLÓGICA Y LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA A FAVOR DE LA MUJER, A PARTIR DE CASOS EN LA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL DE CASMA, PERIODO 2016 -2017", precisando que el ámbito de estudio es la provincia de Casma, Región de Ancash, que es el lugar donde cumplimos funciones en calidad de Fiscal Adjunta Provincial Penal.

De este modo, en el primer capítulo se encuentra desarrollada la parte metodológica de la presente investigación, partiendo de la realidad problemática, de la cual surgió la presente investigación, la formulación del problema, los objetivos, justificación e importancia, hasta la proposición de una hipótesis.

En el segundo Capítulo presenta el marco teórico, que a su vez contiene una base teórica sobre los postulados del derecho penal, los supuestos que constituyen los delitos de violencia familiar, para analizar el ilícito del delito de violencia psicológica, establecido en el artículo 122 – B, del Código Penal.

El tercer capítulo versa sobre el resultado del análisis de las disposiciones fiscales que se pronuncian sobre la investigación realizado en los casos de violencia psicológica, se verifica la hipótesis planteada en el presente trabajo, para luego hacer la propuesta legal que propone hacer viable la norma legal, para luego proponer las conclusiones y las recomendaciones que origina el presente estudio.

Ponemos a consideración de los Señores Miembros del Jurado el presente trabajo en espera que de su evaluación pueda alcanzar la meta que me he propuesto: obtener el Grado de Maestro en Derecho, con mención en Ciencia Constitucional y Gobernabilidad.

LA AUTORA

CAPÍTULO I:

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

Las políticas criminales que utiliza nuestro país para enfrentar el problema social de la violencia familiar a la mujer, se encuentra enfocada tradicionalmente en utilizar como primera opción al derecho penal como ente correctivo de las conductas de los agresores, política cuyo fin es reducir los índices de agresiones físicas y psicológicas que sufren a diario las mujeres, lo cual, poco o casi nada se realiza una política de prevención para la trata de éstos problemas, situación que viene afectando la tutela jurisdiccional efectiva a favor de la mujer.

De esa manera vemos que en el Perú se viene optando por una política criminal del derecho penal del enemigo, del cual, el único fin es ir detrás de los agresores causantes de la violencia familiar, que en el presente trabajo, -comprende sólo a los hombres y como víctimas a las mujeres-, sin que previamente se analice debidamente si es que los órganos persecutores del delito poseen los instrumentos suficientes que permitan determinar la violencia psicológica con la que actúan muchas veces los agentes.

Entonces, consideramos que el Estado en su obligación de proteger a las víctimas de violencia familiar, privilegia las acciones de persecución penal contra toda forma que atente contra la seguridad e integridad de las agredidas, dejándose de lado la labor preventiva que puede dar respuestas más efectivas, pero también trasladando a los órganos persecutores del delito la labor de contrarrestar las agresiones contra las féminas, bajo la creencia que el aumento de penas y la criminalización de conductas, son las mejores armas para combatir dicho mal social, que por cierto va en aumento en todos los estratos sociales del país.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Partimos del supuesto que la violencia contra la mujer es un problema que afecta a todo el mundo, y esto no es un mal de ahora, sino que siempre ha estado presente y muchas veces se manifestó públicamente, sin embargo, ha sido reducido al ámbito privado o doméstico.

Con el avance y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y la participación que han tenido los movimientos de mujeres, así como de los organismos internacionales se ha reconocido que la violencia contra la mujer constituye grave vulneración contra sus derechos humanos. Sin lugar a dudas estamos frente a uno de los flagelos o situaciones críticas que enfrentan nuestras sociedades contemporáneas, una de las tantas que registran la historia de la humanidad, por un lado, y por otro resulta ser un mal que va en aumento a pesar de los esfuerzos estatales por hacer que disminuya.

Es por esto que en el Perú se han implementado diversas políticas criminales para ver reducidos los índices de mortalidad y agresiones que hoy en día sufre la mujer. Así, casi en todas las veces, se recurre al Derecho Penal para, valga la redundancia, penalizar comportamientos que antes fueron faltas (como el delito de agresiones físicas) y las conductas abstractas como las lesiones leves por violencia familiar psicológica; sin embargo, dicha política no ha podido “prevenir” la vulneración de los derechos de la mujer, lo cual, poco o casi nada ha logrado reducir los índices de casos lamentables donde la mujer es agredida física y psicológicamente llegando incluso a la muerte.

Es preciso anotar que muchas veces no se tiene en cuenta que el derecho penal no cumple un rol preventivo sino se encarga de

penalizar conductas ilícitas consumadas o en su caso en grado de tentativa, los mismos que son subsumidos al tipo penal aplicable.

Por ejemplo, vemos que el legislador crea y modifica diversas figuras delictivas para proteger el derecho de la mujer, entre ellas tenemos: el delito de Femicidio incorporado mediante Ley N° 30068 publicado el 18 de julio del 2013 y modificado por Decreto Legislativo N°1323 publicado el 06 de enero del 2017, el que antes se encontraba comprendido como una modalidad particular del delito de parricidio relacionado a una especial relación sentimental que tenía la víctima con el agresor. Ahora dicho tipo penal su resultado es la muerte de una mujer en su condición de tal, con ello logra diferenciarse con el homicidio. Asimismo, incluye diversos contextos que debe producirse, como: la 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 otra forma de discriminación.

Dichos contextos y circunstancias agravantes específicas para la configuración del femicidio, al parecer resulta ser acertados. Las primeras se corresponden con la situación actual intentando abarcar los principales escenarios de peligro para la mujer. Por su parte, las últimas han previsto los resultados más graves y las conminan con una pena mayor, (...) Pero por ahora, podemos considerar la incorporación del presente delito como una política criminal de prevención destinada a la intervención del ius puniendi, sin embargo, debe aclararse que esto no representa en lo absoluto a la solución del problema de la violencia contra la mujer. (Bendezú, 2013, p.131)

Aunque la actual normativa parezca reforzar la protección de las mujeres frente a los continuos ataques contra sus vidas, este tipo

penal infringe gravemente el principio de igualdad, pues contiene un tratamiento punitivo diferenciado, desfavorable al varón que da muerte a una mujer, y no viceversa. En la doctrina vemos diversas opiniones sobre el trato desigual de este delito, llegando a afirmar que hasta viola el principio de proporcionalidad, logrando a distorsionar la imputación penal del delito de parricidio que se ve mutilado en su objeto de protección. (Cerna, 2013, p. 133)

En esa línea de razonamiento, vemos que el legislador ha creído conveniente penalizar como delito, lo que antes era faltas en los casos de violencia familiar considerando que basta con la agresión física de menos de diez días de prescripción facultativa para considerarlo delito, además, incluye la figura de “cualquier tipo de violencia psicológica” puede ser considerado como delito de agresiones físicas contra la mujer, conforme lo señala el Art. 122-B del Código Penal, incorporado mediante Decreto Legislativo N° 1323- Decreto que fortalece la Lucha contra el Feminicidio, la Violencia Familiar y la Violencia de Género, específicamente en su Art. 2, que entró en vigencia el 06 de enero del 2017, que señala:

“El que de cualquier modo cause lesiones corporales a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar que requieran menos de diez días de asistencia o descanso, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación conforme al artículo 36. La pena será no menor de dos ni mayor de tres años, cuando en los supuestos del primer párrafo se presenten las siguientes agravantes: 1. Se utiliza cualquier tipo de arma, objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima, 2. El hecho se comete con ensañamiento o alevosía, 3.

La víctima se encuentra en estado de gestación, 4. La víctima es menor de edad, adulta mayor o tiene discapacidad y el agente se aprovecha de dicha condición”.

Finalmente, vemos que las políticas que se implementan para la protección de los derechos fundamentales de la mujer, se encuentran esperanzado de la intervención punitiva del Estado.

Por esta razones, como propósito de investigación, queremos evaluar si es que la promoción de la acción penal del delito lesiones por violencia familiar psicológica contra la mujer, corresponde a la garantía constitucional de la tutela procesal efectiva que espera obtener la mujer de parte del Estado, a través del órgano jurisdiccional, de tal manera, que si es que en efecto es posible perseguir penalmente la conducta tipificada, y si es que de ser esto posible realmente se cumple con la obligación de protección de la persona, lo que constituye en sí la labor fundamental del Estado: estar al servicio de los ciudadanos, en este caso de las mujeres agredidas psicológicamente.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Por ello los problemas en el presente caso queda determinado de la siguiente forma:

- ¿Con la promoción de la acción penal sobre violencia familiar psicológica, el Estado cumple con la Garantía Constitucional de Tutela Jurisdiccional Efectiva, a favor de la mujer agredida, a partir de casos en la Fiscalía Provincial Penal de Casma, periodo 2016 -2017?

Además, los problemas específicos se desarrollarán de la siguiente forma:

- ¿Cuáles son las características del delito de violencia familiar, según el Código Penal vigente?
- ¿Cuáles son las dimensiones de la denominada violencia psicológica o vis compulsiva como formas de agresión familiar?
- ¿De qué manera la violencia familiar psicológica contra la mujer se previene con el derecho penal?
- ¿Cómo podría imputarse penalmente un hecho de violencia psicológica?
- ¿Qué características presenta la garantía estatal denominada tutela jurisdiccional?
- ¿Cómo se da la tutela jurisdiccional efectiva a partir de los casos que se presentan en la Segunda Fiscalía Provincial penal de Casma?

1.4. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

La investigación que se propone se justifica por las siguientes consideraciones:

1.4.1. Justificación Teórica

La realización de la presente investigación se justifica, en que se podrá desarrollar una nueva perspectiva de análisis que coadyuve a implementar una política eficiente para contrarrestar los casos de violencia familiar psicológico, asimismo, la presente tesis se orienta a sistematizar las ideas, la normatividad sobre los delitos de lesiones graves, leves y agresiones físicas en el contexto de violencia familiar psicológico, que sobre esta temática existe en el Perú; y a partir de estos conocimientos, hacer un análisis crítico de esta normativa especial en nuestra realidad jurídica penal; y en lo posible presentar algunas iniciativas legislativas, que nos

permitan a partir de lo que ya tenemos mejorar nuestra normatividad referente a este problema social que debe involucrar a toda la sociedad civil. De la cual, va a surgir nuevas ideas, así como recomendaciones o hipótesis a futuros estudios y proyectos de ley que incidan en la disminución de casos de violencia familiar psicológica contra la mujer.

Asimismo, consideramos que la investigación se justifica en la medida que el gobierno sigue introduciendo cambios importantes cada día para implementar políticas criminales cada vez más drásticas para reducir la violencia contra la mujer, ella tenemos, la Ley N° 30710- “Ley que modifica el último párrafo del artículo 57° del Código Penal, ampliando la prohibición del beneficio de la suspensión de la pena efectiva a los condenados por lesiones leves causadas por violencia contra la mujer”, y ello sin duda es material valioso para la presente investigación pues nos permite evaluar el impacto de estas medidas con casos plenamente vigentes.

Finalmente, a nivel de la realidad nacional diversos gremios vienen reclamando una reforma de política que proteja a la mujer a fin de prevenir la ocurrencia de dichos casos. Esto explica la vigencia del tema abordado en el presente trabajo y facilita la viabilidad política del proyecto.

1.4.2. Justificación Práctica

De acuerdo con los objetivos planteados, su resultado permite encontrar soluciones para delimitar la vulneración de la garantía constitucional de la tutela jurisdiccional efectiva a favor de la mujer, en la aplicación del delito de violencia

familiar psicológico, estipulado en el Art. 121-B, Art. 122 y Art. 122-B del Código Penal, que lo regula bajo el nombre de Lesiones graves por violencia familiar, lesiones leves por violencia familiar y agresiones contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, respectivamente. Con tales resultados se tendrá también la posibilidad de proponer una política preventiva para la protección del derecho a la salud psíquica de las mujeres.

1.4.3. Justificación Metodológica

Para lograr los objetivos de estudio, se acude al empleo de técnicas de investigación como la entrevista, orientada a obtener información de forma oral y personalizada de las diversas autoridades que involucra el tratamiento de los delitos de violencia psicológica, y para ellos se utilizará el cuestionario, a efectos de recoger datos de la variable del delito de violencia familiar psicológica.

Con ello se pretende conocer el grado de identificación de la función preventiva que tiende penalizar estos delitos y su incidencia correspondiente en la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Casma del Distrito Fiscal del Santa.

Así los resultados de la investigación se apoyan en técnicas de investigación válidas para determinar la eficacia de la regulación de este delito, lo cual, el legislador lo realiza en aras de prevenir la violencia contra la mujer.

1.5. Importancia

Es importante la realización de la presente investigación, ya que se podrá desarrollar una nueva teoría para implementar una

política eficiente para contrarrestar los casos de violencia familiar psicológico, a lo que se suma, que la promoción de la acción penal en los casos de violencia familiar psicológico ha creado en el Sistema Fiscal y Judicial, la incrementada carga laboral sin que exista a su vez un pronunciamiento de coordinación o criterio para la aplicación de las normas penales, cuya consecuencia es el archivo de las investigaciones, situación que afecta a las víctimas de violencia familiar y crea una imagen desprotectora hasta injusta por parte del Estado y de los órganos de éste sistema de justicia.

Por otro lado, la presente tesis se orienta a sistematizar las ideas, la normatividad actual que rige respecto a los delitos de lesiones graves, leves y agresiones contra la mujer en el contexto de violencia familiar psicológico, que sobre esta temática existe en el Perú; y a partir de estos conocimientos, hacer un análisis crítico de esta normativa especial en nuestra realidad jurídica penal y enfocado en la tutela jurisdiccional efectiva a favor de la mujer; y en lo posible presentar algunas iniciativas legislativas, que nos permitan a partir de lo que ya tenemos mejorar nuestra normatividad referente a este problema social que debe involucrar a toda la sociedad civil. De la cual, va a surgir nuevas ideas, así como recomendaciones o hipótesis a futuros estudios y proyectos de ley que incidan en la disminución de casos de violencia familiar contra la mujer en especial en los delitos de violencia psicológica, donde no en primer término se utilice al derecho penal como medida primordial e inmediata para combatir con dichas medidas.

1.6. OBJETIVOS:

1.6.1. GENERAL.

Determinar si con la promoción de la acción penal sobre violencia familiar psicológica, el Estado cumple con la Garantía Constitucional de Tutela Jurisdiccional efectiva a favor de la mujer agredida, a partir de casos en la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Casma, periodo 2016 -2017

1.6.2. ESPECIFICOS.

- Explicar las características del delito de violencia familiar, según el Código Penal vigente.
- Precisar las dimensiones de la denominada violencia psicológica o vis compulsiva como formas de agresión familiar.
- Determinar si la violencia familiar psicológica contra la mujer se previene con el derecho penal.
- Determinar si es posible imputar un hecho de violencia psicológica.
- Caracterizar la garantía estatal denominada tutela jurisdiccional
- Analizar los casos que se presentan de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Casma.

1.7. ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.7.1. HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

HIPÓTESIS GENERAL

- Con la promoción de la acción penal sobre violencia familiar psicológica, el Estado no sólo incumple con la Garantía Constitucional de Tutela a favor de la mujer agredida, a partir de casos en la Fiscalía Provincial Penal de Casma, periodo 2016 -2017, sino también crea una imagen esperanzada hacia la víctima de que éste sería el camino más idóneo para verse protegida de su agresor y verse resarcida del daño psicológico que le genera, a su vez se crea una imagen deshonesto por parte de las autoridades fiscales y judiciales en que no pudieron amparar el derecho de la víctima de violencia psicológica.

HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

- La violencia familiar psicológica en nuestro ordenamiento penal se encuentra regulado en tres delitos: el delito de lesiones graves (Art. 121^{1º} y 121^º-B² del Código Penal), el delito de lesiones

¹ Art. 121^º del Código Penal: "El que cause a otro daño grave en el cuerpo o en la salud física o mental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Se considera lesiones graves: 4. La afectación psicológica generada como consecuencia de que el agente obligue a otro a presenciar cualquier modalidad de homicidio doloso, lesión dolosa o violación sexual, o pudiendo evitar esta situación no lo hubiera hecho"

² Art. 121-B del Código Penal: "En los supuestos previstos en el primer párrafo del artículo 121 se aplica pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años e inhabilitación ocnforme a los numerales 5 y 11 del artículo 36 del presente Código y los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes, según corresponda cuando: 7. La afectación psicológica a la que se hace referencia en el numeral 4 del primer párrafo del artículo 121, se causa a cualquier niña, niño o adolescente en contextos de violencia familiar o de violación sexual". Artículo modificado por el Art. 1 de la Ley N° 30819, publicado el 13 de julio 2018

leves (Art. 122³ del Código Penal) y el delito de agresiones contra la mujer e integrantes del grupo familiar, regulado en el Art. 122°-B del Código Penal, las características singulares que se presentan en estos tipos penales es que pretenden regular la lesión y daño psicológico de las víctimas sin explicar cómo se va a determinar dicho daño, ya que solamente señala que según la gradualidad del daño serán consideradas lesiones graves o leves, o si se tratase de afectación sería tipificado por el delito de agresiones contra la mujer.

- Las dimensiones de la denominada violencia psicológica o vis compulsiva como formas de agresión familiar, es que para el estudio de este delito, es necesario abarcar la psiquis del agresor y la víctima, donde el profesional especializado en psicología tendrá que determinar si la víctima posee afectación o daño psicológico, pero jamás señalará cual fue la situación causante del hecho y mucho menos el agente.
- La promoción de la acción penal no realiza la prevención de los casos de violencia familiar psicológica, toda vez que la implementación de delitos no hace más que regular hechos consumados mas no de prever la comisión de delitos.
- Es jurídicamente imposible que se impute penalmente un hecho de violencia psicológica si sabemos que la psiquis del ser humano es algo indeterminable, entrar a la psicología de la víctima o del presunto agresor, sin contar con las herramientas posibles para determinar la afectación en caso de la víctima o el tipo de personalidad, agresividad, impulsividad del agresor, es

³ Art. 122 del C.P: "El que causa a otro, lesiones en el cuerpo o en la salud física o mental que requiera más de diez y menos de veinte días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, o nivel moderado de daño psíquico, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años"

casi imposible determinar el aspecto psicológico de las partes, a lo que se suma, la gran tarea de acreditar el dolo y que el daño o afectación psicológica permanezca durante el tiempo para que sea considerado como delito.

- Las características que contiene la tutela jurisdiccional efectiva, son: acceso a la justicia: la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, ya sea como demandante o demandado, con el propósito de que se reconozca un interés legítimo, el derecho a un proceso con todas las garantías mínimas, que sería precisamente el derecho al debido proceso. Sentencia de fondo del asunto materia del petitorio, doble instancia y el derecho a solicitar y obtener el cumplimiento material efectivo de la sentencia definitiva.
- La tutela jurisdiccional efectiva en la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Casma, se da negativamente en contra de las víctimas de violencia familiar, ya que casi en su totalidad las denuncias por violencia familiar en su modalidad psicológica terminan siendo archivadas por diferentes motivos: la agraviada no pasó a evaluación psicológica, luego de pasado tres meses no se encontró afectación psicológica, no existe perito especializado que logre cuantificar el daño psicológico a efectos de determinar la gradualidad y configurarlo como lesiones graves o leves, la víctima se reconcilió con su agresor y no desea continuar con la denuncia en consecuencia deja de asistir a las citaciones en sede fiscal.

1.7.2. VARIABLES



VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES	ÍNDICES	TÉCNICAS
VARIABLE INDEPENDIENTE: Promoción de la acción penal sobre violencia familiar psicológica.	Flagrancia No flagrancia Diligencias preliminares	Declaraciones Constataciones Inspecciones Pericia médica Pericia psicológica	Agresión Tipo Familiar Determina/no determina	Análisis de datos Fichaje
VARIABLE DEPENDIENTE Tutela jurisdiccional a favor de la mujer	Inicio de diligencias Formalización Acusación Sentencia	Fundado No ha lugar Archivo Sobreseimiento Absolución	Acreditación del delito Acreditación de la responsabilidad Insuficiencia probatoria	Análisis de datos Fichaje

1.8. Marco Metodológico

1.8.1. Diseño de contrastación de la hipótesis

Estudio Explorativo

Estudio Descriptivo

Estudio Explicativo

Se aplicarán los siguientes Métodos de Investigación: método de observación, método de análisis, y método de síntesis

1.8.2. Población y muestra

La población está formada por el total de casos denunciados sobre el delito de lesiones por violencia familiar psicológica, en la Segunda Fiscalía Provincial Penal de la Provincia de Casma-Distrito Fiscal del Santa, Región Ancash, precisamente para establecer el tratamiento dado a nivel del trabajo del Ministerio Público.

Se ha considerado como muestra la cantidad de cuarenta casos, entre los años 2016 y 2017, los mismos que serán determinados utilizando la técnica del azar simple, y la fuente de los mismos será las carpetas fiscales de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Casma.

La muestra queda expresada en el siguiente cuadro:

**CUADRO N° 01: MUESTRA A LA QUE SE VA APLICAR LA
FICHA DE ANÁLISIS DE DOCUMENTOS**

Aspectos		
Casos	Frecuencia	Porcentaje
2016	20	50.00%
2017	20	50.00%
Total	40	100.00%

Año: 2017

Fuente: De investigación

1.8.3. Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos.

LOS MATERIALES son de carácter bibliográfico y corresponden a autores nacionales como extranjeros.

LAS FUENTES consultadas pertenecen a la especialidad que corresponde el tema materia de investigación

TÉCNICAS, son las siguientes:

Técnica del Fichaje: mediante esta técnica se recogerá los datos teóricos, de opinión y de comentario de los textos nacionales y extranjeros. Su Instrumento serán las fichas bibliográficas, textuales y de comentarios, fichas linkográficas, etc.

Técnica del Análisis de Documentos: Esta técnica se ha de emplear para cotejar la información teórica con el contenido de las entrevistas a realizar. El instrumento se expresará mediante una ficha de cotejo.

1.8.4. Métodos y procedimientos

Histórico: Se utilizó en el estudio de los antecedentes de los derechos de la mujer y su protección en los casos de violencia familiar.

Sintético: Por intermedio de este método he llegado a sistematizar y estructurar toda la información encontrada.

Descriptiva: Se ha utilizado para la descripción de cada concepto básico de la violencia familiar psicológica y sobre la tutela jurisdiccional efectiva.

Analítico: Me ha permitido analizar, ordenadamente cada uno de los conceptos básicos para comprender la promoción de la acción penal en los casos de violencia psicológica en agravio de la mujer.

Inductivo: Por este método ha pasado el estudio particular de cada uno de los conceptos empleados en la sustanciación de los derechos fundamentales de la mujer para aplicarlos al objeto de estudio.

Deductivo: Por intermedio de este método que va de lo universal a lo particular he llegado a la conclusión, que el gobierno peruano no esta protegiendo a la mujer, penalizando los hechos de violencia psicológica, es más lo que se observa es que los casos van en aumento y no existe una política

preventiva, a lo que se suma que con la nueva Ley N° 30364 en los casos de violencia psicológica se esta afectando la garantía constitucional de tutela a favor de la mujer, ya que al ser un hecho indeterminable y en nuestro país aún no existe una valoración pericial del daño psíquico, esto no permite penalizar dichos hechos, generando que casi todos los casos sean archivados.

Técnicas:

Bibliográficas: Se utilizó para llevar a cabo la revisión y el análisis de la bibliografía relacionada con el tema objeto de estudio, siendo aplicable a todas las fases de la presente investigación. La información requerida fue obtenida de las Bibliotecas Especializadas de las Facultades de Derecho privadas y Nacionales, Colegios de Abogados, páginas Web

Fichaje: Para la elaboración del marco teórico, se procedió al empleo de las siguientes clases de fichas: Bibliográficas, textuales, resumen, comentario y mixtas.

Observación: Permitirá percibir como se desenvuelve el fenómeno estudiado.

Acopio Documental: para la presente investigación se efectuará una extradición de datos preexistentes contenidos en la doctrina, ley y jurisprudencia.

Estadística Descriptiva: para una mejor presentación y explicación de los resultados a obtener, el acopio documental se plasmará en cuadros estadísticos y gráficos.

CAPÍTULO II

LA VIOLENCIA FAMILIAR COMO ENFOQUE DE POLÍTICA CRIMINAL DE ESTADO

2.1. Violencia Familiar

2.1.1. Concepto de Violencia contra la mujer

La OMS (2013) define la violencia contra las mujeres como “Todo acto de violencia de género que resulte, o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada” (p. 60)., reconociéndolo como una pandemia que afecta al 50% de la población mundial, habiendo sido hasta un 70% de las mujeres víctimas de esa violencia en algún momento de su vida (OMS, 2013).

La Declaración de la Organización de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres (1993) define a la violencia contra la mujer como todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada.

Asimismo, la Asamblea General de las Naciones Unidas (2006) ha señalado que gran parte de la violencia contra las mujeres la cometen una amplia gama de personas y entidades, como la pareja y otros miembros de la familia; los conocidos ocasionales y extraños; las instituciones del barrio y la comunidad; las bandas delictivas, como así también las organizaciones y las empresas comerciales” (p. 85).

Además, en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres se introdujo por primera vez el concepto de género para caracterizar la violencia contra las mujeres que se define del siguiente modo: “todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida privada o pública” (ONU MUJERES, 2011-2012, p. 18)

La convención de Belém do Para (1996) entiende por violencia contra la mujer a: “Cualquier acción o conducta basada en su género que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado y puede suceder en la familia, centros de trabajo, escuelas, instituciones de salud, en la calle o en cualquier otro lugar”.

En esta definición, el término “basado en género” significa que: “la violencia se sustenta en creencias, prácticas y estructuras sociales de poder y subordinación que generan discriminación hacia la mujer y le asignan papeles que limitan su desarrollo personal.” (Castillo, 2017a, p. 27)

La declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, aprobada en 1994 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, define la violencia sobre la mujer como “todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la vida privada”. Este tipo de violencia surge a partir de un patrón de

habitualidad y no de un mero incidente aislado. La violencia es ejercida por el varón sobre la mujer para someterla y controlarla.

Asimismo, respecto a la definición de violencia contra las mujeres, es pertinente señalar que la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República deja de lado la expresión “maltrato sin lesión”, incluida originalmente en la derogada Ley N° 26260 (en el entendido que no toda manifestación de violencia necesariamente originara una lesión, pero no por esto debe ignorarse o dejar de investigarse y sancionarse), para utilizar la expresión sufrimiento, pues considera que por más mínima que sea la violencia sufrida por la víctima, siempre habrá un grado de afectación (física y psicológica), y la expresión sufrimiento encierra mejor dicho concepto.

2.1.2. Definición de Violencia contra los integrantes del Grupo Familiar

Esta nueva definición ha sido integrada en el tipo penal específico del delito contra la mujer e integrantes del grupo familiar, estipulado en el Art. 122- B del Código Penal, el que a su vez fue introducido en dicho cuerpo normativo mediante la Ley N°30364- Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, normativa que fue promulgada el 23 de noviembre del 2015, donde se entiende que: “la violencia se aplica a todos los casos de violencia dirigida hacia la mujer e integrantes del grupo familiar; sin embargo, dicha figura alude de manera específica únicamente a las mujer y aparece como una

institución innovadora el concepto de “Grupo familiar”.
(Castillo, 2017b, p.31)

El concepto de Grupo familiar abarca el reconocimiento de tres dimensiones que están en intersección: la protección familiar en sentido extenso; la protección de los miembros del hogar, que es la unidad domestica; y la última parte está referida a la protección de las relaciones de pareja. El grupo familiar comprende: “los cónyuges, ex cónyuges, convivientes, ex convivientes, padrastros, madrastras, ascendientes, los parientes colaterales de los cónyuges o de los convivientes hasta el cuarto grado de consanguineidad y segundo de afinidad y quienes sin tener cualquiera de las condiciones antes señaladas habitan en el mismo hogar siempre que no medien relaciones contractuales o laborales.” (Castillo, 2017c, p.31)

2.1.3. Tipos de violencia Familiar

2.1.3.1. Violencia física

La ley establece que es la acción o conducta, que causa daño a la integridad corporal o a la salud.

“El maltrato físico es el acto (acción u omisión) de agresión, que, de forma directa o indirecta, causa una afectación material en el cuerpo, salud o inactividad vital de la víctima. En este caso, el agresor tiene la intención de inferir un daño físico, siendo su fin inmediato ese, causar el daño, pero también el agresor de violencia familiar tiene un fin mediato, pues con su agresión lo que

busca es someter o posicionarse como superior al agraviado” (Salas, 2009a, p. 36).

Tornes Falcón dice que “la violencia física se manifiesta de manera latente, porque el daño producido se marca en el cuerpo de la víctima, como los golpes, heridas, mutilaciones, a veces producen lesiones internas que solo son identificables tras un periodo más o menos prolongado y que incluso, llegan a ocasionar la muerte” (Tornes, 2006, p. 31).

Para Castillo (2017d), “este tipo de maltrato implica un rango de agresiones muy amplio, que va desde un empujón, hasta lesiones graves con secuelas permanentes o la muerte misma. Así, pues, algunas de estas agresiones físicas consistentes en forcejeos, empujones y bofetadas, tracción de cabellos, intentos de estrangulación, torceduras de brazo, golpes de puño, puntapiés, golpes con objetos, quemaduras, agresión con armas de fuego o punzo-cortantes, hasta el homicidio.” (p.37)

Para Corante Morales y Navarro Garma (2013), citado por Castillo (2017e), indican que el daño físico es el resultado material y corporal que presenta la víctima de maltrato, pudiendo ser de diferentes magnitudes. Su precisión es realizada a través del reconocimiento médico. (p.37)

2.1.3.2. Violencia psicológica

“El maltrato psicológico implica la afectación emocional que sufre la víctima ante la conducta violenta del agresor.

Sea la forma en que se manifieste dicha conducta agresiva: física, verbal, sexual, económica, etc., la víctima siempre padecerá del miedo, ansiedad, depresión, desesperación, inseguridad, desvalorización y demás afecciones emocionales propias del maltrato psicológico” (Salas, 2009b, p. 37).

Asimismo, la violencia psicológica es la acción o conducta que puede ocasionar daños psíquicos, que consiste en la afectación o alteración de algunas funciones mentales.

Daño psíquico es la afectación o alteración de algunas de las funciones mentales o capacidades de la persona, producida por un hecho o un conjunto de situaciones de violencia, que determina un menoscabo temporal o permanente, reversible o irreversible del funcionamiento integral previo. Así se desprende del literal b) del artículo 8, de la Ley 30364.

Además, una aproximación al concepto jurídico de violencia psíquica ha de incluir los actos u omisiones, así como las expresiones, que producen o tienden a producir desvalorización o sufrimiento, limitación de la libertad del otro o cualquier forma de ataque a su dignidad o integridad moral, independientemente de que con ello se produzca o no una lesión psíquica, sea en la misma persona o en otras, que, por su relación con la víctima, indirectamente, pueden producir el mismo resultado.(Deza, 2011a, p.168)

La violencia psicológica se caracteriza por la presencia continuada de intimidación o de amenazas, por el recurso

a humillaciones graves y reiteradas, que contribuyen a socavar la autoestima de la víctima, por la imposición del aislamiento social, por el sometimiento a restricciones económicas graves (cuando ella carece de recursos propios), por la desvalorización total como persona (calificándola, por ejemplo, de loca) o por un acoso continuado. (Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en los Proyecto de Ley 1212/2011-CR, pp.13)

2.1.3.3. Violencia sexual

El maltrato sexual es la “acción u omisión mediante la cual se induce o se impone la realización de prácticas sexuales no deseadas o respecto de las cuales se tiene incapacidad para consentir. Las relaciones sexuales forzadas en la pareja, también son consideradas violaciones y las victimas deben recibir la atención adecuada. El maltrato sexual también comprende la prohibición del libre acceso y uso de métodos anticonceptivos y para la prevención de ITS” (Salas, 2009d, p. 42).

Así también la Ley 30364, define la violencia sexual como acciones sexuales que se cometen contra una mujer o integrante del grupo familiar sin su consentimiento o coaccionándola, considerándose además como violencia sexual a la exposición de material pornográfico y aquellos que vulneren el derecho de las personas de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o

intimidación.

Castillo (2017), nos dice que la violencia sexual: “se refiere a cualquier índole sexual realizado a una persona en contra de su voluntad, ya sea a través de la violencia, amenaza grave, aprovechándose de la situación de vulnerabilidad, imposibilidad o incapacidad de resistir o mediante otro tipo de coerción” (p. 45)

2.1.3.4. Violencia económica o patrimonial

La violencia económica o patrimonial es la acción u omisión que ocasiona daño o sufrimiento a través de menoscabar los recursos económicos o patrimoniales de las mujeres por su condición de tales o contra cualquier integrante del grupo familiar, en el marco de relaciones de poder, responsabilidad, confianza, en especial contra las niñas, niños, adultos mayores o personas con discapacidad.

De igual forma la violencia económica es la acción u omisión que se dirige a ocasionar un menoscabo económico a la víctima de violencia, según fluye del literal d) del artículo 8 de la Ley 30364.

Se trata de una consideración muy reciente. Está implica el control abusivo en la disposición y el manejo del dinero y los bienes materiales. Este tipo de violencia puede darse en todas las clases sociales, a pesar de que varíen las formas. Manifiesta Ramón (2010) citado por Castillo (2017) que se tratan, al fin y al cabo, de un subtipo de

maltrato psicológico al mantener así a la víctima subordinada al agresor, limitando su libertad de actuación. (p.65)

Se ha tratado de precisar de forma analítica el contenido de este tipo de violencia, y en sentido se ponen a consideración dos definiciones que responden a enfoques diversos: 1. Existe violencia económica cuando uno de los miembros de la familia usa el poder económico para provocar un daño a otro, 2. Violencia familiar económica es la modalidad de violencia por la cual las víctimas, son privadas o tienen muy restringido el manejo del dinero, la administración de los bienes propios y/o gananciales o mediante conductas delictivas ven impedido su derecho de propiedad sobre los mismos. (Nuñez y Castillo, 2010, pp.72,73).

2.1.3.5. Otros tipos de violencia contra la mujer

a) El maltrato sin lesión

“La clásica figura del maltrato sin lesión es el abandono que consiste en el “acto de desamparo injustificado, hacia uno o varios miembros de la familia con que se tienen obligaciones que derivan de las disposiciones legales y que ponen en peligro la salud” (Salas, 2009c, p. 41).

Así pues, el maltrato sin lesión es una situación en que sin presentarse un daño físico (tal como una lesión, hematoma, contusión, etc.) en la víctima, existe un maltrato por algún acto negligente en la conducta del

victimario.

Este abuso se manifiesta en situaciones diversas y está referido al incumplimiento de obligaciones hacia uno o varios miembros de la familia, por parte de quien está obligado a proveer cuidados y protección. Puede relacionarse con la higiene, la nutrición, cuidados rutinarios, atención emocional, necesidades médicas no resueltas o atendidas tardíamente o exposición de peligro.

b. El maltrato por negligencia

La nueva Ley N° 30364- Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar incluye dentro de la violencia física, el maltrato por negligencia, que viene hacer el descuido o privación de las necesidades básicas, que hayan ocasionado daño físico o que puedan llegar a ocasionarlo, sin importar el tiempo que se requiera para la recuperación de la víctima.

2.1.4. Etapas de la violencia

Hemos revisado en diversos libros y se ha podido verificar que se hace mención a la investigación realizada en el año 1979 por Leonore Walker, la que nos presenta las siguientes fases de la violencia:

- Primera fase: Acumulación de tensión
- Segunda fase: Descarga de violencia física
- Tercera fase: Arrepentimiento y reconciliación

El ciclo de la violencia de Walker pasa por un estado de tensión, inmovilidad y culpabilidad en la mujer víctima que refuerza todavía más el comportamiento del agresor, una fase de explosión violenta, de descarga de toda la tensión acumulada que provoca en la mujer un estado de indefensión aprendida que le impide reaccionar, y una fase de arrepentimiento o “luna de miel” que, básicamente, es un proceso de manipulación afectiva. Una vez conseguido el perdón, el maltratador se siente seguro y empezará de nuevo con las agresiones y abusos, provocando cada vez mayor dependencia y falta de control en la mujer, produciéndose una escalada de la violencia, siendo el agresor quien tiene el control de estos ciclos. (Asensi, 2008, p. 3)

Se trata de una teoría que explica tanto las consecuencias psicológicas como el modo en el que esas consecuencias psicológicas contribuyen a explicar el mantenimiento en la relación de maltrato.

Leonor Walker, utilizando el modelo de la teoría del aprendizaje social, mantiene que las mujeres maltratadas no pueden visualizar alternativas para salir de esta situación. El maltrato produce al principio de la relación y los intentos iniciales para cambiar la situación fracasan. Fue la primera autora que habló del síndrome de la mujer maltratada. (Castillo, 2017f, p.87)

2.2. Normativa Internacional de Protección contra la violencia a la mujer

2.2.1. Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos (Naciones Unidas)

La violencia familiar, afecta un conjunto de derechos que han sido recogidos en diversos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y relativos al tema de la violencia, que además regulan las obligaciones de los Estados parte al ratificar dichos instrumentos.

Sobre el particular, la Organización de las Naciones Unidas y las organizaciones de mujeres de todo el mundo han cumplido un rol protagónico en resaltar la violencia contra la mujer como objeto de preocupación.

Es importante destacar que según lo señala la doctrina y la jurisprudencia internacional, los Estados, al suscribir los instrumentos internacionales, adquieren dos tipos de deberes el primero referido a respetar los derechos reconocidos por los tratados y el segundo deber que aspira a garantizar su goce efectivo a las distintas personas bajo su jurisdicción. (Castillo, 2017g, p.160)

Se empezará haciendo referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que, si bien no es vinculante para el Estado peruano, fue la primera base jurídica en establecer que todas las personas tienen derecho a la vida, la libertad y la seguridad personal (artículo 3º).

2.2.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Deberes Económicos, Sociales y Culturales

Ambos son tratados internacionales multilaterales que reconocen derechos humanos. El primero reconoce derechos civiles y político mientras que el segundo reconoce derechos económicos, sociales y culturales (como indica cada uno en su denominación). Se adoptaron por separado en virtud a una decisión de orden política. Sin embargo, tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales tienen un carácter de indivisible e interdependiente por lo cual no existe jerarquía entre ellos. (Castillo, 2017h, p. 160)

Los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y, de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sin embargo, en estos últimos se compromete a los Estados parte “a garantizar ha hombres y mujeres la igualdad en el goce” de los derechos a que ellos se refieren; además de ser instrumentos vinculantes para el Estado Peruano.

Así encontramos regulados, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho a la vida, en el artículo 6.1; derecho inherente a la persona humana, el derecho a no ser sometido a tortura, en el artículo 7º; y, el derecho a la libertad y seguridad personales, en el artículo 9.1, derechos amenazados por la violencia familiar.

En el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, relevante al tema de estudio, encontramos el derecho a la salud, en el artículo12º.1, en el

que se establece que toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel de salud física y mental.

Siendo así como se considera la salud, la lucha contra toda forma de violencia familiar requiere una mayor incidencia en la terapia psicológica individual y familiar, las mismas que deben llevarse desde la denuncia como medida de protección, no solo por la salud de la víctima y la modificación de conducta en el agresor, sino por el bienestar general de toda la familia, lo que requiere un verdadero control de las autoridades para verificar su cumplimiento.

2.2.3. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Belem do Para)

La importancia de la Convención Belem do Pará radica en la definición de violencia contra la mujer que ésta prevé y en el establecimiento de responsabilidades estatales respecto de este tema. Así, dicho instrumento internacional define la violencia contra la mujer como una violencia de género y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Específicamente, señala que ésta comprende todo acto o conducta basada en su género que cause muerte, daño físico y/o psicológico a la víctima, tanto en el ámbito público como en el privado (Artículo 1º).

En la misma línea, el artículo 2º de la mencionada Convención establece que la violencia contra la mujer puede tener lugar en la familia (ámbito privado), en la comunidad, y en las actuaciones u omisiones estatales (ámbito público). En tal

sentido, la Convención rechaza la idea de que la violencia contra la mujer sea un asunto meramente privado. Condena la violencia inflingida por personas o instituciones, así como la violencia oficial. Por tanto, de acuerdo con la Convención Belem do Pará los actos de violencia contra la mujer pueden provenir tanto de las actuaciones estatales como de las acciones de los particulares.

A efectos de la protección frente a la violencia contra la mujer, la Convención prevé tres tipos de obligaciones.

En primer lugar, debe señalarse que la obligación estatal comprendida en el artículo 7° de la mencionada Convención es de carácter negativo. Así, el literal a) de dicho artículo establece la obligación de «abstenerse (de manera inmediata) de realizar cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación».

En segundo lugar, el literal d) del mismo artículo, establece obligaciones positivas de los Estados Parte, los cuales deben «adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad». A su vez, el literal f) del mencionado artículo prescribe que también es obligación de los Estados Partes «tomar las medidas apropiadas para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, así como las prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o tolerancia de la violencia

contra la mujer». Este último párrafo resulta de vital importancia en razón de que advierte a los estados a no sólo mantener una legislación adecuada de protección a la mujer, sino a erradicar prácticas policiales o judiciales que, al margen de dichos dispositivos, aún mantengan una interpretación prejuiciosa o sexista de dichas normas, haciéndolas finalmente inútiles para su función.

En tercer lugar, de acuerdo con el literal b) del artículo 7º de la Convención, el Estado peruano está obligado a actuar con la debida diligencia durante la etapa de investigación y a sancionar los casos de violencia familiar. Dicha obligación estatal adquiere significativa relevancia a efectos de la presente investigación, dado que no sólo prescribe obligaciones de implementar disposiciones y sanciones específicamente punitivas frente a este tipo de prácticas (violencia familiar), sino también prescribe la necesidad de que el Estado, a través de sus órganos representativos, actúe de manera diligente frente a la violencia familiar.

Adicionalmente, el literal g) del artículo 7º de la Convención obliga a los Estados Parte a establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento o reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

Por otro lado, el artículo 8º de la Convención Belem do Pará establece una serie de obligaciones que son de carácter progresivo. Éstas buscan fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de

violencia, así como a la plena vigencia de sus derechos humanos. En ese sentido, los Estados Parte están obligados a implementar medidas que tiendan a modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y de mujeres que impliquen prácticas prejuiciosas o sexistas, en nuestro caso, de los operadores del sistema de justicia.

En ese sentido, los Estados Parte deberán fomentar la capacitación del personal de la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, suministrar servicios especializados para la atención de la mujer víctima de violencia. Asimismo, deberán garantizar la investigación y recopilación de estadísticas respecto de las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer; entre otras medidas (artículo 8º literales c) y h), respectivamente). Esto último supone el uso por parte de estos operadores de un registro adecuado de todas las denuncias por violencia familiar, así como el uso de determinados formularios que nos permitan un mejor acopio de información sobre esta práctica violenta.

De todo lo expuesto, podemos afirmar que desde la Convención Belem do Pará se establece una protección a la víctima de violencia familiar que comprende no sólo la implementación de políticas educativas, sociales, administrativas o judiciales, sino que también supone la elaboración de figuras jurídicas especialmente penales que proscriban y sancionen efectivamente la violencia contra la mujer.

2.2.4. La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y su Protocolo Facultativo

La CEDAW fue aprobada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 23432, de 4 de junio de 1982. Tal como su nombre lo indica, el objetivo de la referida Convención es erradicar toda forma de discriminación contra la mujer, sea ésta directa e indirecta. En esa línea, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, sostiene que la violencia contra ésta, al menoscabar o anular el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales, constituye un acto de discriminación.

A efectos de la mencionada Convención, la expresión discriminación contra la mujer denotará «toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera»(<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm> parr. 25)

Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer" (CEDAW), reafirma la fe en los derechos fundamentales, estableciendo en su artículo 5° inciso a) que los Estados Partes tomen medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y

mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

La Convención tiene como objetivo eliminar efectivamente todas las formas de discriminación contra la mujer, obligando a los estados a reformar las leyes vigentes a tal fin. En su artículo 1, define la discriminación contra la mujer como cualquier distinción, exclusión o restricción hecha en base al sexo que tenga el efecto o propósito de disminuir o nulificar el reconocimiento, goce y ejercicio por parte de las mujeres, independientemente de su estado civil, sobre la base de igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil o en cualquier otra esfera” (Naciones Unidas, 2002, p.21).

También establece un programa de acción para poner fin a la discriminación por razón de sexo: los Estados que ratifican el Convenio tienen la obligación de consagrar la igualdad de género en su legislación nacional, derogar todas las disposiciones discriminatorias en sus leyes, y promulgar nuevas disposiciones para proteger contra la discriminación contra la mujer. También deben establecer tribunales y las instituciones públicas para garantizar a las mujeres una protección eficaz contra la discriminación, y adoptar medidas para eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer practicada por personas, organizaciones y empresas. (Fischer, s.f.,p.12)

2.2.5. La Declaración de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer

Se entiende por "violencia contra la mujer" todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada." (UNICEF, 2015, p.1).

Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educativas y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra." (Ramos, 2008, p. 13).

2.3. Legislación sobre Violencia Familiar en el Perú

2.3.1. Antecedentes Legislativos de la Violencia Familiar

A fines de 1993 se promulgó la Ley 26260 que desarrollaba la violencia familiar en el Perú (Ley No. 26260, Ley de Protección frente a la Violencia Familiar.). Esta ley fue un recurso complementario al Código de los Niños y Adolescentes, básicamente hace el reconocimiento de la violencia familiar de los maltratos físicos y psicológicos entre cónyuges, convivientes o personas que hayan procreado hijos en común, asimismo establece que ya no es necesaria la convivencia, ellos pueden ser padres o tutores a menores de edad bajo su responsabilidad.

La Ley 26260 ha sido difundida básicamente como una ley de protección a las mujeres frente a la violencia familiar. Sin embargo, sus alcances protegen a estos dos grupos humanos que mayoritariamente son afectados por estas manifestaciones de violencia: a las mujeres y a las niñas y niños (Rodríguez, 2011. p.3).

Posteriormente, se implementó en noviembre 2015, la nueva Ley N° 30364- Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, normativa en la cual, implementa la violencia ejercida a las mujeres en su condición de tal, asimismo, la violencia entre los integrantes del grupo familiar, además, en dicha normativa implementa un nuevo tipo de violencia que es la violencia económica, como una manifestación más de la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, ya que en el texto de la Ley N° 26260 - Ley de protección frente a la violencia

familiar, no se le consideraba como un tipo expreso de manifestación de violencia familiar, asimismo, con la nueva Ley se implementa seis principios rectores: el Principio de igualdad y no discriminación, del interés superior del niño y niña, de la debida diligencia, de intervención inmediata y oportuna, de sencillez y oralidad, y de razonabilidad y proporcionalidad, asimismo, reconocen nuevos derechos a la mujer como son: derecho a una vida libre sin violencia, derecho a la asistencia y a la protección integral, además, reconocen derechos laborales como el derecho a no sufrir despido por causas vinculadas a la violencia, al cambio del lugar de trabajo, a la justificación de inasistencia y tardanzas- con un límite, debido a situaciones de violencia ya la suspensión temporal de la relación laboral por parte del juez con derecho a la reincorporación.

2.3.2. Análisis de la Ley N° 30364 - Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar y su reglamento.

2.3.2.1. Principios rectores de la Ley N° 30364

a) Principio de igualdad y no discriminación

“Se garantiza la igualdad entre mujeres y hombres. Prohibiese toda forma de discriminación. Entiéndase por discriminación, cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, que tenga por finalidad o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas” (Ley N° 30364, Art. 2° de la Ley N° 30364).

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Pará”, establece en su artículo 6°: “el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia que incluye entre otros: el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación”

Para el diccionario de la lengua española, discriminar significa “seleccionar excluyendo. Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc. Como se advierte este término presenta una clara connotación negativa, en la medida en que se busca realizar una depuración sobre la base de motivos que resultan irrazonable, desde todo punto de vista” (Real Academia Española, 2001, pp. 398)

En este grupo de conductas se incluyen los diferentes supuestos de discriminación negativa que se pueden presentar contra una mujer. Se entiende la discriminación negativa como una que distingue sin justificación alguna a unas personas de otras, atribuyendo más derechos o dando mejor trato a algunas con base en determinados elementos y razones no sustentados en criterios de justicia, sino en prejuicios como el color de la piel, la condición social o económica, el biotipo, la orientación sexual, la situación cultural, la opción religiosa, política, ideológica o fisiológica, el sexo asignado por naturaleza, entre otros. (Guevara, 2013, p.167)

En el caso de la mujer, se trata de su discriminación por el hecho mismo de serlo o por motivos de índole racial, social, económica, política, ideológica, orientación sexual, etc.

b) Principio de debida diligencia

“El Estado adopta sin dilaciones, todas las políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Deben imponerse las sanciones correspondientes a las autoridades que incumplan este principio”

El principio de la debida diligencia exige que la actuación de las autoridades involucradas en la prevención, investigación y sanción derivados de la violación de los derechos humanos se desarrolle bajo los siguientes componentes:

- Oficiosidad. La investigación debe desarrollarse de oficio por parte de las autoridades competentes. La búsqueda efectiva de la verdad corresponde al Estado, y no depende de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de su aportación de elementos probatorios
- Oportunidad. La Investigación debe iniciarse de manera inmediata y ser llevada a cabo en un plazo razonable, no solo para asegurar una respuesta pronta y efectiva frente a la violación del derecho, sino también para recabar oportunamente todos los medios de

prueba posibles.

- Competencia. La investigación debe ser realizada por profesionales competentes y empleando los procedimientos apropiados.
- Independencia e Imparcialidad
- Exhaustividad
- Participación
- Trato digno a la víctima
- Idoneidad de los recursos. No basta con la existencia formal de recursos judiciales, sino que se requiere de su rapidez e idoneidad para investigar, sancionar y reparar las violaciones denunciadas.

Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las violaciones a estos derechos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito. El deber de investigar tiene dos finalidades: prevenir una futura repetición de los hechos y proveer justicia en los casos individuales.

• Principio de intervención inmediata y oportuna

“Los operadores de justicia y la Policía Nacional del Perú, ante un hecho o amenaza de violencia, deben actuar en forma oportuna, sin dilación por razones procedimentales, formales o de otra naturaleza, disponiendo el ejercicio de las medidas de protección

previstas en la ley y otras normas, con la finalidad de atender efectivamente a la víctima” (Art. 2 numeral 4 de la Ley N° 30364)

La atención oportuna e inmediata ante un hecho de violencia y/o amenaza contra la mujer y los integrantes del grupo familiar constituye un deber de los operadores de justicia, de la Policía Nacional del Perú y de las instituciones involucradas en la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar. En tal sentido, la intervención debe realizarse de acuerdo a la urgencia o riesgo detectado a la víctima y garantizar la integridad física, moral y psíquica de las mismas.

Es así que la investigación debe practicarse de manera inmediata y ser llevada a cabo en un plazo razonable, no solo para asegurar una respuesta pronta y efectiva frente a la violación del derecho, sino también para recabar oportunamente todos los medios de pruebas posibles.

• Principio de sencillez y oralidad

Todos los procesos por violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar se desarrollan considerando el mínimo de formalismo, en espacios amigables para las presuntas víctimas, favoreciendo que éstas confíen en el sistema y colaboren con él para una adecuada sanción al agresor y la restitución de sus derechos vulnerados. (Art. 2 numeral 5 de la Ley N° 30364)

El principio de sencillez alude al principio de mínimo formalismo. Lo que solicita la ley es que los operadores de justicia en los procesos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar actúen evitando los formalismos en sus actuaciones

Acosta de Loor (2015), explica que este principio se debe entender la sencillez no como la carencia de un mínimo orden en el procedimiento, sino como la tendencia a simplificar el proceso, sin la presencia de excesivos formalismos que lejos de ayudar a resolver el conflicto en disputa, dificultan la actuación de las partes, con lo que el juez acaba de estorbar su propio trabajo, al no poder analizar y valorar esos elementos. (p. 549)

• Principio de razonabilidad y proporcionalidad

El fiscal o juez a cargo de cualquier proceso de violencia, debe ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación causada y las medidas de protección y de rehabilitación a adoptarse. Para ello, debe hacer un juicio de razonabilidad de acuerdo con las circunstancias del caso, emitiendo decisiones que permitan proteger efectivamente la vida, la salud y la dignidad de las víctimas. La adopción de estas medidas se adecúa a las fases del ciclo de la violencia y a las diversas tipologías que presenta la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. (Art. 2 numeral 6 de la Ley N° 30364)

Los administradores de justicia sean jueces o fiscales para el otorgamiento de una medida de protección deben considerar: la urgencia y necesidad que resulten indispensables para evitar mayores perjuicios a la víctima o para garantizar su integridad física, psíquica y moral y que no exista peligro por la demora para la expedición de dichas medidas, así como la fundamentación fáctica y prueba anexa, que le permita evaluar la verosimilitud del derecho invocado y hacer un juicio de razonabilidad y proporcionalidad de la ponderación del derecho constitucional que se pretende restringir versus el derecho constitucional que se pretende proteger para el caso concreto. (Castillo, 2014, p. 8)

2.3.2.2. Derechos de las mujeres reconocidos en la Ley N° 30364.

La nueva Ley (Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar) incorpora cuatro nuevos derechos. Si bien estos derechos se derivan de los derechos humanos generales (como la vida, integridad física, salud, trabajo, educación, entre otros), se advierte un gran avance progresivo- en materia de derechos humanos- toda vez que estos nuevos derechos son específicos para los sujetos protegidos por la norma. Estos cuatro son el derecho a una vida libre de violencia, el derecho a la asistencia y a la protección integrales, derechos laborales y derechos en

el campo de la educación, conforme a los artículos 9,10,11 y 12 de la Ley N° 30364.

• **Derecho a una vida libre de violencia**

El artículo 9° de la Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar establece que las mujeres y los integrantes del grupo familiar tienen derecho a una vida libre de violencia, a ser valorados y educados, a estar libres de toda forma de discriminación, estigmatización y de patrones estereotipados de comportamientos, prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación.

Ello significa que es favorable que se cumplan las obligaciones internacionales con el reconocimiento que hace la norma en su artículo 9 del derecho a una vida libre de violencia, que incluye los derechos a la no discriminación en todas sus formas, a la no estigmatización y a la no estereotipación en base a conceptos de inferioridad y subordinación.

El artículo 6 de la Convención de Belém do Pará establece que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: el derecho a ser libre de toda forma de discriminación, y el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

• **Derecho a la asistencia y a la protección integral**

En la norma anterior (Ley N° 26260, Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-97-JUS) no se enumeraban ni desarrollaban derechos de las víctimas. Por ello, resulta especialmente positivo que la nueva ley (Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar) recoja diversos derechos de las víctimas en su artículo 10°. Uno de ellos es el derecho de las víctimas a un acceso a la información amplio en torno a las vías de denuncia de actos de violencia. Es así que resulta obligación de los operadores estatales señalarles todos los canales existentes y asesorar a las víctimas; teniendo en cuenta la propia lengua de la misma.

Es importante señalar el reconocimiento de los derechos de las víctimas resultando positivo que la nueva ley recoja diversos derechos como el derecho a una vida libre de violencia y de toda forma de discriminación. Es así que resulta obligación de los operadores estatales señalarles los derechos que le asisten a las víctimas y los servicios de atención que brinda el Estado, utilizando todos los canales existentes y asesorar a las víctimas de manera gratuita.

CAPÍTULO III

La acción penal en los casos de violencia familiar psicológica

3.1. La acción penal en los casos de violencia familiar psicológica

Desde el 24 de noviembre del 2015, fecha en que entra en vigencia de la Ley N° 30364- Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, se viene penalizando los hechos de violencia familiar psicológica, el mismo que ha traído consigo un sinnúmero de interpretaciones de las normas que tipifican dicha conducta, para lo cual, al inicio nos encontrábamos con solo dos tipos penales que tipificaban la violencia psicológica que vendría a ser la lesiones graves y lesiones leves, sin embargo, desde el 07 de enero del 2017 ante la vigencia del Decreto Legislativo N° 1323 se creó el tipo penal de agresiones contra la mujer e integrantes del grupo familiar, en donde también se encuentra plasmado la tipificación de la violencia psicológica esta vez señala de cualquier afectación psíquica, conductual o cognitiva, delitos que estudiaremos con mayor profundidad a continuación:

3.1.1. Delito de lesiones graves

La penalización del daño psicológico grave se encuentra tipificado en el Art. 121B del Código Penal, que regula el delito de Lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, que a la letra señala: *“En los supuestos previstos en el primer párrafo del artículo 121° se aplica pena privativa de libertad no menos de seis ni mayor de doce años e inhabilitación conforme el artículo 36°, cuando:*

1. La víctima es mujer y es lesionada por su condición de tal en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B”

Como vemos este tipo penal nos conduce a dos normativas: la primera, estipulada en el primer párrafo del Art. 121° del Código Penal, que señala: “*El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Se consideran lesiones graves: 2. Las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente, 3. Las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera treinta o más días de asistencia o descanso según prescripción facultativa o se determina un nivel grave o muy grave de daño psíquico” (subrayado es nuestro y parte pertinente para el desarrollo del presente trabajo).*

La segunda, señalada en el Art. 108-B del Código Penal, que señala: “*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” (subrayado es nuestro y parte pertinente para el desarrollo del presente trabajo)*

Las lesiones previstas en el Art. 121° del Código Penal tienen un aumento en el reproche cuando concurre

cualesquiera de las siguientes agravantes, así como el de la mujer.

El agente lesiona a la mujer por su condición de tal, a la que ve no como persona con dignidad sino como alguien inferior que puede merecer un trato inhumano. Es conocido en las estadísticas de los crímenes que la mujer es el género más afectado, lo que ha llevado en estos tiempos a que la sociedad civil se movilice para detener este fenómeno de índole patriarcal, autoritario, y delictivo. La agresión contra la mujer puede darse en los contextos que se extraen del delito de feminicidio, artículo 108- B del Código Penal. (Arbulu, 2018, p. 146)

3.1.2. Delito de lesiones leves

El delito de lesiones leves por violencia familiar psicológica, se encuentra tipificado en el Art. 122° del Código Penal, que señala: *“1. El que causa a otras lesiones en el cuerpo o en la salud que requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, o nivel moderado de daño psíquico, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años. (...) 3. La pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación de acuerdo al artículo 36°, cuando: (...) c. La víctima es mujer y es lesionada por su condición de tal, en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108°-B”*

Como vemos, esta normativa nos conduce nuevamente a lo señalado en el Art. 108°-B del Código penal, que

señala: *“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*” (subrayado es nuestro y parte pertinente para el desarrollo del presente trabajo).*

La lesión no solo se dirige contra la integridad física de la víctima sino en el ámbito de la mente, estimado como daño psíquico en grado moderado, según prescripción facultativa. En el derecho comparado tenemos que sólo algunos países tienen la afectación a la mente como en el Código Penal de Guatemala Art. 144°, comete delito de lesiones quien, sin intención de matar, causare a otro daño en la mente; en el Código Penal de España el Art. 147°, se sanciona al que cause lesión que menoscabe su salud mental, en el Código Penal de Italia, el Art. 582° se sanciona a quien lesiona a una persona ocasionándole un mal en la mente. En esta misma orientación el Código Penal de Nicaragua sanciona al agente que ocasiona daño a la integridad psíquica de las personas.

El daño físico no solo va a tener un efecto físico sino psíquico de allí que estaríamos ante un resultado de dos dimensiones. Sin embargo, tenemos que hay también una violencia psíquica que puede traer daños emocionales. En la Guía se señala que: “La violencia psicológica consiste en actos tendientes a controlar o aislar a la persona, así como a humillarla o avergonzarla. Algunas veces puede expresarse en omisiones o conculcas desobligantes” (Guía de Valoración del Daño Psíquico, 2011, p. 26)

El art. 122° menciona que será punible la lesión psicológica leve, para lo cual, en el Art. 124°-B del Código Penal se desarrolla el grado de las lesiones, que a la letra señala: “Del daño psíquico y la afectación psicológica, cognitiva o conductual. El nivel del daño psíquico es determinado a través de un examen pericial o cualquier otro medio idóneo, con la siguiente equivalencia: a. Falta de lesiones leves: nivel leve de daño psíquico, b. Lesiones leves: nivel moderado de daño psíquico, c. Lesiones graves: nivel grave o muy grave de daño psíquico. La afectación psicológica, cognitiva o conductual, puede ser determinada a través de un examen pericial o cualquier otro elemento probatorio objetivo similar al que sea emitido por entidades públicas o privadas especializadas en la materia, sin someterse a la equivalencia del daño psíquico”

Respecto a ello, en el Acuerdo Plenario N° 2-2016, Fundamento jurídico número 19: “Estando al inciso 3, del primer párrafo del artículo 121 del Código Penal, se considera lesión grave a la que ocasiona “daño a la salud mental que requiera 30 o más días de asistencia o descanso”, según prescripción facultativa; tal forma de fijación de la alteración a la salud mental, considerada en días de asistencia o descanso es refractaria a la nueva determinación de los niveles de daño psíquico que establece el artículo 124-B, por lo cual resulta razonable entender que aquel parámetro, sólo puede ser de aplicación a las lesiones física. La referencia al daño a la salud mental en función a días de asistencia médica o descanso ha devenido en una reminiscencia, una

residualidad impropia e inoperativa de cara al cambio legislativo introducido por el D. Legislativo 1323, que no fue corregida por omisión del legislador”

3.1.3. Delito de agresiones contra la mujer e integrantes del grupo familiar

El delito de agresiones contra la mujer e integrantes del grupo familiar fue incorporado mediante Decreto Legislativo N° 1323- Decreto legislativo que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género, vigente desde el 07 de enero del 2017, que menciona: *“El que de cualquier modo cause lesiones corporales a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar que requieran menos de diez días de asistencia o descanso, **o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B,** será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación conforme al artículo 36. La pena será no menor de dos ni mayor de tres años, cuando en los supuestos del primer párrafo se presenten las siguientes agravantes: 1. Se utiliza cualquier tipo de arma, objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima. 2. El hecho se comete con ensañamiento o alevosía. 3. La víctima se encuentra en estado de gestación. 4. La víctima es menor de edad, adulta mayor o tiene discapacidad y el agente se aprovecha de dicha condición.”*

“(…) En esta clase de infracciones penales, que ocasionan grave alarma social, la lógica comisiva es su reiteración y el nivel de progresión en la agresión a la mujer es constante, si es que no se trata psicológica y/o psiquiátricamente al agresor- de modo especial- y a la agredida- para evitar su victimización sucesiva y la banalización del mal que produce-. Esa es la conclusión a que arriban los estudios criminológicos en estas clases de delitos. Que incluso generan serios efectos ulteriores en las víctimas de violencia de género, que devastan su autoestima y posición participativa en la sociedad. Por razones de prevención general y especial no es adecuado suspender la ejecución de la pena. La respuesta punitiva debe ser más intensa. (...) La Ley N° 30364 impone, además, junto a la pena privativa de libertad la inhabilitación, la aplicación de la medida de “tratamiento de reeducación de carácter multidisciplinario y diferenciado” (artículos 31 y 32), que los fiscales están obligados a solicitar y los jueces a imponer” (Resolución de Nulidad de la Corte Suprema N° 1865-2015-Huancavelica, F.j N° 6.)

3.1.4. Delito de desobediencia y resistencia a la autoridad

El delito de desobediencia y resistencia a la autoridad, se encuentra plasmado en el Art. 368° del Código Penal, que señala: *“El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor a dos años”*

El Art. 24° de la Ley 30364, señala: **«El que desobedece,**

incumple o resiste una medida de protección dictada en un proceso originado por hechos que configuran actos de violencia contra las mujeres o contra integrantes del grupo familiar, comete delito de resistencia o desobediencia a la autoridad previsto en el Código Penal».

Para Juarez (2016), bajo los alcances del artículo 24° de la Ley 30364, no es posible sancionar la desobediencia, incumplimiento o resistencia a una medida de protección. Por qué:

- El artículo 368° CP, no contiene entre sus elementos típicos a la medida de protección
- El artículo 368° CP, no ha sido modificado para incluirse a la medida de protección como objeto de protección expresa.
- El artículo 368° CP, únicamente contiene como objeto de protección a la orden legalmente impartida.

Además, para dicho autor, considera que aun cuando el artículo 24° de la Ley 30364 estaría penalizando la desobediencia, el incumplimiento y la resistencia a la MEDIDA DE PROTECCIÓN, éste no forma parte del Código Penal, debió incorporarse la medida de protección al texto del artículo 368° CP, no contiene una sanción, sino se remite imprecisamente al Código Penal, no puede ser considerada una ley penal en blanco (es la que debe ser completada por otra norma) y la sanción nunca puede ser objeto de completitud. (Recuperado en:

www.cal.org.pe/v1/wp-content/uploads/2016/10/Presentación-Dr.Carlos-

[Juarez.ppt](#))

3.1.5. Análisis del artículo 24° de la Ley N° 30364

El artículo 24° de la Ley 30364, tiene como supuesto: «el que desobedece, incumple o resiste una medida de protección dictada en un proceso originado por hechos que configuran actos de violencia contra las mujeres o contra integrantes del grupo familiar»; asimismo, su consecuencia es: «comete el delito de desobediencia o resistencia a la autoridad previsto en el Código Penal».

No contiene una sanción penal: la misma la remite a la desobediencia o resistencia a la autoridad del Código Penal.

El artículo 24° infringe el artículo 2, numeral 24, inciso d, de la Constitución Política determina expresamente que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley, esto es al Principio de Legalidad.

Asimismo, el Artículo II del principio general del título preliminar del Código Penal indica que nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

Como lo ha expresado el Tribunal, el Principio de Legalidad impone tres exigencias: la existencia de una ley (lex scripta), que la ley sea anterior al hecho sancionado

(lex praevia), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa). (Cfr. Expediente N.º 010-2002-AI/TC). Como se ha visto, al no contemplar la norma prevista en el artículo 24º la sanción, pasa a ser una norma imprecisa.

- “El que”, es ambiguo
- Desobedece o resiste, ¿ante quién lo hace? El policía que lo ejecuta o el Juez de familia que lo ordena, vgr. Ejecutar el retiro del hogar. Incumplir, es como un contrato.
- A qué medida de protección se refiere la norma. La que dicta el Juez de Familia, la que dicta el Fiscal Provincial Penal, la que se dicta en sentencia penal, la que resuelve la Unidad de Investigación Tutelar. Qué pasa cuando son apeladas.
- A qué proceso se refiere. A la incidental (pero ese no es un proceso) o al penal. Parecería que es el penal pues, la norma dice: “Proceso originado por hechos que configuran...”, o sea, los hechos deben estar debidamente esclarecidos y determinados.
- La norma no señala a qué autoridad se refiere. Judicial o Administrativa.

3.1.6. La habitualidad en los casos de violencia familiar psicológica

Con ocasión de la regulación positiva de las instituciones de la Reincidencia y la Habitualidad, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se tiene que su admisión ha sido

bastante cuestionada y poco feliz, habiéndose incluso cuestionado la Constitucionalidad de estas dos figuras, por presuntamente transgredir el Debido Proceso y atentar contra el Principio del Ne bis in ídem; por lo que mereció pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 0014-2006-PI-TC3, de fecha 19 de enero del 2007, en la cual el Tribunal Constitucional, estableció en el fundamento 48° de la referida sentencia, respecto de la Habitualidad, así tenemos: “(...) se entiende la habitualidad como la comisión reiterada de delitos, usualmente los mismos ... la habitualidad implica la reiteración de más de tres delitos, en tiempos diversos e independientes unos de otros (...)”. Igualmente, en dicha sentencia, el Tribunal efectuó un test de proporcionalidad de las instituciones de la reincidencia y habitualidad, sosteniendo que la aplicación de estas dos instituciones como circunstancias agravantes calificadas para determinar la pena; si resultan siendo constitucionales, toda vez que habrían superado los principios de Idoneidad, Necesidad y Proporcionalidad propiamente dicha, establecidos en el referido test.

Asimismo, dada la falta de uniformidad de criterios para determinar dicha condición, han tenido que intervenir los propios magistrados de la Corte Suprema de la República, a través de la emisión del Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-1184, de fecha 28 de julio del 2008, quienes a través de dicho acuerdo, han establecidos los parámetros correspondientes para determinar cuándo nos encontramos frente a un delincuente habitual; así tenemos que 13° de dicho acuerdo, se estableció como

presupuestos para la Habitualidad, los siguientes: “la habitualidad, ella se produce solamente en el caso de que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de 5 años y no medie condena sobre alguno de ellos en dicho plazo. Además, la habitualidad requiere que todos los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza. Esta especialidad en la reiteración indica la habituación delictiva del agente y justifica su mayor punibilidad”.

Además, el día 30 de setiembre de 2016 tuvo lugar el Pleno Jurisdiccional Distrital de Ancash en materia penal, que reunió a los magistrados en lo penal de la Corte Superior de Justicia de Áncash, en el auditorio Pedro Torres Calderón de dicho distrito judicial, bajo la presidencia y dirección del juez superior titular **Marcial Quinto Gomero**, para discutir y dar solución a diversos problemas interpretativos alrededor del tema de **reincidencia y habitualidad**, tales como: **Para que los hechos punibles sean computados en la habitualidad, ¿basta con que exista un proceso penal pendiente en cualquier etapa en el que se encuentre, o es necesario que mínimamente se haya demostrado su responsabilidad?**

Por mayoría, con ocho votos a favor y uno en contra, se adoptó lo siguiente:

Que toda persona tiene derecho al principio de presunción de inocencia, eso quiere decir que una denuncia o una formalización de investigación preparatoria no determinan la autoría o responsabilidad de una persona en un delito; además, una investigación no necesariamente llega a una

sentencia condenatoria, puesto que cabe la posibilidad de que sea absuelto, de que prescriba la acción o se sobresea por la aplicación de un criterio de oportunidad.

En ese sentido, vemos que, para los casos de la habitualidad en los procesos de los delitos de lesiones graves, leves y de agresiones contra mujer por la modalidad de violencia psicológica, debe haberse condenado en tres procesos distintos en el periodo de cinco años, lo cual, a la fecha consideraríamos que nunca se cumpliría la habitualidad en este tipo de delitos, ya que según las estadísticas recabadas en nuestra población durante el periodo 2016-2017, no ha existido sentencia condenatoria por éste delito, sino mas bien, se ha recabado que lo que existe son mas de tres denuncias realizadas por las mismas partes por hechos distintos, a lo que se suma que el presente delito es creado recién a fines del año 2015, y que a la fecha no supera los cinco años de tiempo de intervalo que la norma prevé, en consecuencia, no podemos alegar ésta agravante cualificada en los delitos sobre violencia psicológica.

3.1.7. Etapas del proceso especial de violencia contra la mujer

El artículo 13° de la Ley N°30364, menciona que el proceso de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar se encuentra regulado por dicha ley, la misma que se encuentra vigente desde el 24 de noviembre del 2015, para lo cual, el procedimiento para tramitar los casos de violencia familiar se ha definido

doctrinariamente en dos etapas, la primera de protección y la segunda de sanción.

3.1.7.1. Etapa de Protección- Medidas de Protección

En esta etapa, se encuentra encaminada desde la denuncia realizada por la víctima quien tiene potestad de formularla en tres instituciones: en la Comisaría de la Familia, en la Fiscalía de Familia o en el Juzgado de Familia, para lo cual, independientemente en qué institución se realice la denuncia se procederá a dictar las medidas de protección, cuya competencia exclusiva es del Juez de Familia o Mixto.

Es así, que son competentes para conocer las denuncias por actos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar los Juzgados Especializados de Familia o los Juzgados Mixtos en los lugares donde no se encuentren los Juzgados especializados de Familia. (Castillo, 2017, p. 110)

Cuando la víctima acude a la Policía Nacional del Perú o al Juzgado de Familia, la policía tiene el deber de investigar en tan solo 24 horas de ocurrido los hechos y remitir en dicho plazo el atestado o informe policial a los juzgados de familia o mixtos de ser el caso.

En uno u otro supuesto, en 72 horas, el juez de familia o mixto debe evaluar el caso y dictar en audiencia oral las medidas de protección a favor de la víctima y, las medidas cautelares que resguardan las pretensiones planteadas

(artículo 16° de la Ley N° 30364)

Acto seguido, el Juez de Familia remite el caso a la fiscalía penal, para, de ser el caso, dar inicio al proceso penal correspondiente.

3.1.7.2. Etapa de Sanción

En la etapa de sanción, la fiscalía penal recibe de los juzgados de familia o mixtos los casos y les da el trámite correspondiente, según las reglas del Código Procesal Penal. Las medidas de protección se extienden hasta el pronunciamiento del juzgado penal o del fiscal, si este decide no presentar denuncia penal, salvo que haya impugnación (artículo 23° de la Ley N° 30364)

El juzgado emite sentencia que pone fin al proceso por delitos vinculados a los hechos que constituyen actos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, la que puede ser absolutoria o condenatoria. En el primer caso, el juez señala el término de las medidas de protección dispuestas por el juzgado de familia.

3.1.7.3. Flagrancia

Se ha facultado que, en caso de flagrante acto de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, la Policía Nacional podrá allanar el domicilio del agresor o el lugar donde estén ocurriendo los hechos, procediendo a su inmediata detención, debiendo redactar un acta donde se haga constar la entrega del detenido y las demás circunstancias de la intervención y comunicar

inmediatamente los hechos a las fiscalía penal para las investigaciones correspondientes y al juzgado de familia o su equivalente para que se pronuncie sobre las medidas de protección y otras medidas para el bienestar de la víctima.

El artículo 259° del Código Procesal Penal señala sobre la detención: La Policía Nacional detiene, sin mandato judicial, a quien sorprende en flagrante delito. Existe flagrancia cuando: 1. El agente es descubierto en la realización del hecho punible, 2. El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto, 3. El agente haya huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos en cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible, 4. El agente es encontrado dentro de las 24 horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo con señales en sí mismos o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.

Con la Ley N° 30558- Ley de reforma del literal f del inciso 24 del artículo 2º de la constitución política del Perú, que señala lo siguiente:

Artículo 20.- Toda persona tiene derecho:

[...] 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: [...] f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. La detención no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones y, en todo caso, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho horas o en el término de la distancia (....)”

Asimismo, en el presente apartado cabe mencionar sobre el arresto ciudadano que se encuentra plasmado en el Art. 260° del Código Procesal Penal y que a la letra señala: “*Arresto Ciudadano. - 1.-* En los casos previstos en el artículo anterior, toda persona podrá proceder al arresto en estado de flagrancia delictiva. **2.** En este caso debe entregar inmediatamente al arrestado y las cosas que constituyan el cuerpo del delito a la Policía más cercana. Se entiende por entrega inmediata el tiempo que demanda el dirigirse a la dependencia policial más cercana o al Policía que se halle por inmediaciones del lugar. En ningún caso el arresto autoriza a encerrar o mantener privada de su libertad en un lugar público o privado hasta su entrega a la autoridad policial. La Policía redactará un acta donde se haga constar la entrega y las demás circunstancias de la intervención.”

Lo que se quiere al aplicar la norma del arresto ciudadano en estado de flagrancia es, en este caso, evitar o reducir

la consumación de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud como las lesiones leves por violencia familiar, las lesiones graves por violencia familiar, el feminicidio, contra la libertad-violación de la libertad sexual como la violación de mayor y menor de edad, los actos contra el pudor entre otros.

Es así, que el comportamiento delictivo se traduce en un daño grave o leve que debe producir el sujeto activo, en el cuerpo y la salud de las víctimas mujeres y los integrantes que pertenecen al seno familiar, cuyos sujetos de protección se encuentran comprendidos en la Ley N° 30364. (Castillo, 2017, p.120)

Como vemos, en la figura delictiva de la flagrancia se detalla que el agente debe de haber cometido el delito o es descubierto en la comisión del delito, sin embargo, ¿podríamos decir que en los casos de violencia familiar psicológico se presenta la flagrancia?, pues la respuesta es no, puesto que a nuestro parecer es difícil determinar la afectación psicológica a simple vista, ya que el hecho de notar una discusión de pareja no ameritaría una afectación psicológica para que ese hecho sea merecedor de un arresto policial o ciudadano.

3.1.7.4. No flagrancia

Los casos de violencia familiar psicológico son los más comunes que se presentan en el día a día, estos por ser denunciado en su mayoría en la Comisaría de Familia o de Sección de Violencia Familiar, para lo cual, se

recepciona la declaración de la víctima, se cita al denunciado y se le emite el oficio correspondiente a la agraviada para su evaluación psicológica, paso seguido, se remiten los actuados al Juez Mixto o de Familia para la emisión de las medidas de protección, para luego éste lo remita a la Fiscalía Provincial Penal de Turno, y se comience el proceso penal de sanción en sede fiscal.

3.1.7.5. Diligencias Preliminares

Las diligencias preliminares es una etapa procesal penal, estipulado en el Art. 330° del Código Procesal Penal, el Fiscal puede, bajo su dirección, requerir la intervención de la Policía o realizar por sí mismo diligencias preliminares de investigación para determinar si debe formalizar la investigación preparatoria, cuya finalidad es la realización de los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad. En el caso de la violencia familiar psicológica, vemos que las diligencias preliminares se enfocan en dos medios probatorios importantes: el primero la declaración de la víctima y la pericia psicológica, para lo cual, el Acuerdo Plenario N° 02-2016/CJ-116, ha señalado: en los casos de lesión psíquica tiene que haber pasado 3 meses de ocurridos los hechos y en el caso de determinar un daño psicológico el tiempo es de 06 meses.

Las Diligencias Preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de

conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente. El Fiscal al tener conocimiento de un delito de ejercicio público de la acción penal, podrá constituirse inmediatamente en el lugar de los hechos con el personal y medios especializados necesarios y efectuar un examen con la finalidad de establecer la realidad de los hechos y, en su caso, impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores y que se altere la escena del delito.

3.1.7.6. Actuación Policial

- Tan pronto la Policía tenga noticia de la comisión de un delito, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público por la vía más rápida y también por escrito, indicando los elementos esenciales del hecho y demás elementos inicialmente recogidos, así como la actividad cumplida, sin perjuicio de dar cuenta de toda la documentación que pudiera existir; aun después de comunicada la noticia del delito, la Policía continuará las investigaciones que haya iniciado y después de la intervención del Fiscal practicará las demás investigaciones que les sean delegadas; y, las citaciones que en el curso de las investigaciones realice la policía a las personas pueden efectuarse hasta por tres veces.

3.1.7.7. Informe Policial

La Policía en todos los casos en que intervenga elevará al

Fiscal un Informe Policial; el Informe Policial contendrá los antecedentes que motivaron su intervención, la relación de las diligencias efectuadas y el análisis de los hechos investigados, absteniéndose de calificarlos jurídicamente y de imputar responsabilidades; y, el Informe Policial adjuntará las actas levantadas, las manifestaciones recibidas, las pericias realizadas y todo aquello que considere indispensable para el debido esclarecimiento de la imputación, así como la comprobación del domicilio y los datos personales de los imputados.

3.1.7.8. Disposición de No formalizar Investigación Preparatoria

En la etapa de investigación preparatoria, se persigue reunir los elementos de convicción de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula acusación o no y al imputado en su caso le servirá para reparar su defensa de manera técnica, pues podrá tener acceso a copias de toda la investigación; en esta etapa no tiene por finalidad probar la comisión del delito, ni la responsabilidad penal del imputado, sólo servirá para determinar si hay causa probable o base suficiente para iniciar un juicio; estará a cargo del Fiscal, quien a su término dispondrá si emite acusación o dispone el archivo definitivo de la investigación, para lo cual, el Art. 334 numeral 1 del Código Procesal Penal, ha previsto: “Si el fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente o se presentan causas de extinción

previstas en la ley, declarará que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado. Esta disposición se notifica al denunciante, al agraviado y al denunciado.”

En el caso de la violencia psicológica, tenemos que el medio probatorio fundamental que debe contar el fiscal es la pericia psicológica, en la cual, ante el desistimiento de la víctima o porque no concurrió a la evaluación psicológica, corresponde el archivo del caso, además, cabe señalar que hasta antes del 07 de enero del 2017, fecha en que entró en vigencia el Decreto Legislativo 1323, que incorpora el delito de agresiones contra la mujer e integrantes del grupo familiar, todos los casos de violencia familiar psicológico eran archivados, ya que no se contaba con la pericia psicológica que cuantificara el grado del daño psicológico, puesto que la norma lo había nivelado por grados de nivel leve, grave, moderado, ahora con los casos de agresiones contra la mujer, se considera cualquier tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual.

3.1.7.9. Sentencia

La sentencia es la resolución del juez o Sala Penal que, poniendo fin al proceso penal, decide definitivamente la cuestión criminal condenando o absolviendo al acusado y resolviendo todos los extremos referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto del juicio.

La sentencia ha de considerarse no sólo como el medio

normal de terminación de la fase del juicio oral del proceso penal, sino que ha de calificarse como la resolución más trascendente del proceso, ya que todas las actuaciones practicadas en el juicio oral van directamente encaminadas a la sentencia.

La sentencia penal necesariamente tiene que absolver o condenar al acusado de los delitos o el delito que haya sido objeto de la acusación o la defensa. (Sánchez, 2010b, p. 237)

Es así, que con la sentencia se concreta el Derecho penal por el órgano jurisdiccional después del debido proceso. La sentencia configura la máxima expresión de la potestad jurisdiccional. La sentencia es el acto del juzgador por el que dice sobre el ejercicio de la potestad punitiva del Estado en cuanto al objeto y respecto a las personas a las que se ha referido la acusación, y en consecuencia, impone o no una pena, poniendo fin al proceso. Es, pues, el momento culminante del proceso el cual se llega luego de todo un proceso de discusión y análisis de todos los elementos que permitirían construir la solución del caso, esto es, luego de la debida deliberación.

En lo que respecta a la sentencia, se ha buscado que esta cumpla realmente su finalidad persuasiva, partiendo desde el hecho de que el ineludible curso de acción de un proceso judicial por violencia contra las mujeres o los integrantes del grupo familiar será el de la emisión de una sentencia que puede ser absolutoria o condenatoria.

Así, en el caso que se expida una sentencia absolutoria, el juez señalará el término a las medidas de protección dispuestas por el juzgado de familia o equivalente. En el mismo sentido, las medidas cautelares que resguardan las pretensiones civiles que hayan sido decididas en esa instancia cesan en sus efectos salvo que hayan sido confirmadas en instancia especializada. (Castillo, 2017c, p. 149)

Ahora bien, si en el proceso se expidiese una sentencia condenatoria, se impondrá cuando corresponda, la continuidad o modificación de las medidas de protección dispuestas por el juzgado de familia o equivalente, el tratamiento especializado al condenado, el tratamiento terapéutico a favor de la víctima y la inscripción de la sentencia en el Registro Único de Víctimas y Agresores por violencia hacia la mujer y la familia, a cargo del Ministerio Público; entre otras.

3.2. La Prueba en los casos de Violencia Familiar Psicológica

La prueba, es el conjunto de actividades destinadas a procurar el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso, sin perjuicio de que suela llamarse también prueba al resultado así conseguido y a los medios utilizados para alcanzar esa meta.

Devis Echandia (1998) entiende por pruebas judiciales: “el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesen al proceso” (p.189)

Cabanellas (1998) nos dice que probar es demostrar. Es justificar la verdad de una afirmación o la realidad de un hecho. Entonces probar es acreditar, desarrollar una actividad para demostrar la verdad de una afirmación. En el orden procesal probar significa acreditar o demostrar la verdad de los hechos afirmados por las partes. El Juez, por su parte, tiene la misión de verificar, de confrontar, los hechos acreditados en el proceso por los litigantes utilizando naturalmente los medios probatorios que permite el ordenamiento, con el supuesto de hecho o supuesto fáctico contenido en el derecho objetivo aplicable al caso litigioso. Para ello el Juez tiene que reconstruir los hechos, examinar en forma conjunta el material probatorio aportado al proceso, averiguar cómo sucedieron las cosas, para subsumirlos dentro del supuesto fáctico de la norma sustantiva. (p. 321)

3.2.1. Declaración de la víctima

El Protocolo de actuación judicial para casos de Violencia de Género contra las mujeres, manifiesta que: “ Los jueces y las juezas deben tomar las medidas efectivas y reales para evitar que las víctimas directas e indirectas padezcan actos revictimizantes, so pretexto de procedimientos legales, y realizar todos aquellos actos que tiendan a no producir la victimización secundaria y para tal efecto deberán: 1. Recibir una sola oportunidad la declaración de la víctima, tomando todas las medidas necesarias que aseguren que diga todo lo que servirá al proceso, 2. En lo posible y al amparo del uso de la perspectiva de género recibir la declaración de la víctima como prueba anticipada, 3. Al momento de recibir la denuncia y de forma inmediata, se debe enviar a los servicios médicos, psicológicos y sociales que sean pertinentes al caso y siempre

con miras a la victimización” (Protocolo de actuación judicial, 2015, pp.53, 54)

Desde los estudios del Derecho Penal y las agresiones a la paz social siempre ha existido una víctima y un victimario. En el sistema inquisitivo la víctima se concebía como un objeto a la cual no se le daba la atención que merecía como persona sujeta de derechos, al punto que desde la victimología se ha tratado de trascender que el protagonismo científico reside en la víctima y su humanidad, lo que nos conduce a logros objetivos tales como comprensión, prevención y asistencia. Ya se conoce que las víctimas son victimizadas desde tres dimensiones: a. victimización primaria: la que le produce el victimario al ocasionarle el daño ya sea físico, psicológico, patrimonial o sexual; b. victimización secundaria: la que le ocasiona el sistema jurídico- social- asistencias y se manifiesta en primer lugar a las múltiples ocasiones en que la víctima debe contar lo que le sucedió y someterse a exámenes físicos o psicológicos, c. victimización terciaria: la que le provoca la sociedad al recriminarle y culpabilizarla por el hecho que sufrió.

En los casos de Violencia familiar cuando la víctima sea niña, niño, adolescente o mujer, su declaración debe practicarse bajo la técnica de entrevista única, la misma que tiene calidad de prueba pre-constituida.

Mediante Resolución N° 3963-2016-MP-FN, publicada en el Diario Oficial El Peruano de fecha 08 de setiembre de 2016, se aprueban cuatro guías elaboradas en mérito a lo dispuesto por la ley N° 30364- Ley para prevenir, sancionar y erradicar la

violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Por consiguiente, se aprobaron las siguientes guías:

4. Guía de Valoración de Daño Psíquico en Personas Adultos víctimas de Violencia Intencional

5. Guía de Procedimientos de Entrevista Única a víctimas en el Marco de la Ley 30364 para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra las Mujeres y los integrantes del Grupo Familiar, y, a Niños y Adolescentes Varones Víctimas de Violencia.

6. Guía de Evaluación Psicológica Forense en caso de Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar y en otros casos de violencia.

7. Guía Médico Legal de Valoración Integral de Lesiones Corporales.

En los casos de violencia familiar la Ley 30364 ha dejado señalado que se realizará de manera obligatoria a través del procedimiento de entrevista única de Cámara Gessel y de manera opcional en los casos de víctimas mayores de edad.

La entrevista única es una forma de interrogatorio que tiene por finalidad obtener una declaración veraz de los hechos, en la que se garantice el ejercicio de defensa de las partes procesales, la cual es registrada en un medio audiovisual, que permita su reproducción y control en cualquier momento por aquellas y por los órganos jurisdiccionales. (Castillo, 2017b, p. 137)

3.2.2. La Cámara Gesell

La cámara Gesell es una habitación condicionada para permitir la observación con personas. Está conformada por dos ambientes separados por un vidrio de visión unilateral, los cuales cuentan con equipos de audio y video para la grabación de los diferentes experimentos.

La cámara Gesell o Sala de Entrevista Única fue creada por el estadounidense Arnold Gesell (1880-1961), psicólogo y pediatra que se dedicó a estudiar las etapas del desarrollo de los niños. Gesell la creó para observar las conductas de los niños sin ser perturbados, o que la presencia de una persona extraña cause alteraciones. Básicamente, la cámara Gesell consiste en dos salas separadas por una pared que contiene en parte un vidrio espejado que permite mirar solo de un lado. Está dotado de un sistema especial de audio y video. En esta cámara, la víctima es entrevistada por única vez y por un psicólogo en una sala; y desde la otra, los operadores de justicia observan y oyen todo lo que sucede sin ser vistos ni escuchados. El psicólogo puede recibir, mediante un audífono especial, las preguntas que los operadores de justicia requieran y transmitírsela a la víctima en el lenguaje adecuado. La entrevista es gravada con audio y video a color, para ser presentada como evidencia.

3.2.3. Declaración del imputado

La presunción de inocencia es el derecho del ciudadano, en virtud de esa presunción, de no colaborar con su propia

condena o más precisamente a decidir si desea voluntariamente introducir alguna información al proceso. Esta posibilidad de optar libremente no es otra cosa que el ejercicio de su derecho a declarar.

La presunción de inocencia que presupone un desplazamiento de la carga de la prueba hacia quien acusa, impide que se puede hacer recaer en el inculpado la obligación de declarar o de aportar elementos de prueba que lo lleven a su propia incriminación. Puede decirse entonces que el derecho fundamental de presunción de inocencia junto al derecho de defensa, son los que dan origen al derecho a la no incriminación. No está demás remarcar que los fundamentos de todos estos derechos se basan en la dignidad de la persona y su ubicación en un Estado Constitucional, todo lo cual caracteriza a los sistemas procesales garantistas.

Este derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable o simplemente el "derecho a la no incriminación" se presenta además como expresión del derecho de defensa: el imputado como sujeto del proceso tiene el derecho a defenderse y hacerse oír.

El interrogatorio del procesado, es uno de los momentos procesales importantes, donde el imputado se enfrenta a la administración de justicia y todo lo que quiera o no quiera declarar debe ser tomado como un acto de autodefensa.

La finalidad de dicho principio es la de excluir la posibilidad de obligar al imputado de cooperar activamente en la formación de la convicción sobre sí mismo y la forma de conseguirlo es

mediante la prohibición de utilizar en el proceso cualquier declaración del imputado que haya sido conseguido mediante la violación del principio de Presunción de inocencia.

3.2.4. Psicología Forense

La psicología forense es el área de la psicología jurídica, que busca esclarecer la conducta y estado psíquico de las personas comprometidas en una investigación policial y/o proceso judicial, mediante la explicación de fenómenos, tales como: las características estructurales y dinámicas de la personalidad de víctima y victimario; las conductas desviadas desde un enfoque abarcativo de lo psicopatológico, el conflicto, las motivaciones, así como los factores que influyen en el testimonio. En consecuencia, podemos señalar que la psicología forense es amplia, en la medida que es una disciplina nueva en nuestro ámbito cultural, denotando así su apoyo a la criminalística en particular dentro del marco general de orientación a la investigación policial, fiscal y/o judicial.

3.2.5. Pericia Psicológica

Es la evaluación psicológica forense, que realiza el perito de la especialidad con la finalidad de esclarecer la conducta humana y el estado de salud mental de las personas implicadas en procesos de investigación policial y/o judicial. En el área de la criminalística, la pericia psicológica es solicitada por las unidades operativas o policiales, cuando requieren del estudio psicológico que coadyuve a establecer la condición psíquica y de personalidad de los implicados en un hecho delictuoso. En tal sentido el perito psicólogo forense

debe estar bien entrenado para distinguir entre conducta normal, antisocial y psicopatológica de los delincuentes o de las personas sujetas a investigación policial o judicial.

Finalmente, la pericia psicológica forense es solicitada por el Juez competente o abogado de parte para establecer la responsabilidad penal de un individuo que comete un delito, o bien para indicar el grado de capacidad o incapacidad para el ejercicio de sus derechos civiles.

Para la realización de la pericia psicológica forense el perito psicólogo debe basarse en el siguiente procedimiento:

- a. Observación de la conducta.** - El perito psicólogo forense desde que toma conocimiento que va a realizar la pericia psicológica de una persona, deberá de observar la conducta manifiesta desde tres aspectos: Antes, Durante y Después. En cada uno de estos aspectos registrará la conducta observada como. Tics, movimientos o temblores del cuerpo, sudoración de rostro y/o manos, ruborización, evasión de mirada, postura que asume la persona, etc, así como la descripción física y apariencia.
- b. Historia clínica psicológica.** - En este rubro se explora cuidadosamente las siguientes áreas: a) Datos de filiación, b) Motivo de consulta, c) Factores desencadenantes del problema, d) Tratamientos recibidos, e) Historia personal, antecedentes personales y familiares, embarazo, parto, alimentación, locomoción, control de esfínteres, escolaridad, actividad laboral, historia sexual y de pareja, f) Historia de delincuencia, se recogen datos relativos a la

edad de inicio, tipo de delito, número de detenciones, número de condenas, tiempo de encarcelamiento, pasado o actual, etc. g) Drogodependencia: inicio y curso, tipos, relación entre ésta y el delito actual, si la hubiera, ingresos en centros, etc, h) Aspectos cognitivos; visión particular del sujeto sobre su propia situación actual, expectativas, rendimiento académico, capacidad intelectual. i) Personalidad, conducta durante la entrevista, rasgos y dimensiones de personalidad, motivaciones y actitudes, desarrollo y cambios biográficos. j) Integración socio laboral y apoyos psicosociales: historia laboral, historia familiar, recursos sociales del sujeto en su entorno habitual, esposa, hijos, etc, k) Antecedentes psicopatológicos, tanto en la parte materna como paterna.

c. Examen mental o psicopatológico. - En este rubro se exploran todos los signos y síntomas psicopatológicos que pueda denotar el examinado, dado en función a los siguientes aspectos: a) Actitud, porte y comportamiento, b) Estado de orientación en tiempo, lugar y persona, c) Atención, concentración y memoria, d) Lenguaje, e) Procesos del pensamiento, curso y contenido, f) Juicio, g) Perturbaciones perceptuales, h) Información o bagaje cultural, i) Nivel de funcionamiento intelectual.

d. Pruebas psicopatológicas.- El perito psicólogo administra las pruebas psicológicas de acuerdo o en función al caso que se presenta, teniendo en consideración para ello la siguiente batería de pruebas: a) Pruebas de personalidad, como la figura humana de Karen Machover, el psicodiagnóstico de Rorschach, test de millón, MMPI2

entre otras, b) Pruebas de inteligencia, escalas de Weschler, Wais, WisR, Gipsy, Test de Raven, c) Pruebas de organicidad, como el test de Bender y el Test de retención visual de bentón, d) Análisis grafológico, e) Otras pruebas específicas

3.2.5.1. Importancia de la pericia psicológica

Las pericias psicológicas juegan un papel decisivo a la hora de auxiliar a los jueces en la valoración de la competencia o idoneidad de los sujetos para presentarse ante el tribunal, en la calificación de la imputabilidad o no de los hechos cometidos por él o la acusada, en la valoración de la competencia relativa para ostentar la guarda y custodia de los hijos tras un proceso de separación o divorcio, en la adecuada calificación de la incapacidad laboral y en el caso específico de la criminalística, ayuda al policía o pesquisa a orientarse, guiando sobre la responsabilidad de la persona que cometió el delito.

3.2.5.2. Informe psicológico forense

Es el documento formal, en el cual se plasma de manera sustancial el análisis de los resultados obtenidos de la pericia psicológica con la finalidad de brindar información sobre las características de personalidad y estado de salud mental de las personas implicadas en algún hecho de investigación policial y/o judicial o de otros aspectos específicos de la especialidad.

3.2.5.3. Acreditación de la lesión psíquica

No cabe duda de que el abuso emocional continuado, aun sin violencia física produce graves consecuencias desde el punto de vista del quebranto psicológico de la víctima, que le pueden llevar a esta a sufrir situaciones límites.

Ahora bien, tampoco cabe obviar que el equilibrio emocional del sujeto pasivo puede determinar la presencia o no de enfermedades psíquicas, pues la sensibilidad es diferente en cada persona, dependiendo de sus circunstancias sociales, culturales, o incluso de personalidad. (Díaz, 2009a, p.59)

En este sentido, situaciones de violencia psíquica ejercidas en ambientes más elevados o entre personas de mayor nivel cultural o educativo requiere de unas conductas del agresor más acentuada y permanentes, pues la víctima podría encontrar en el proceso civil unos adecuados resortes para su protección y defensa. En cambio, las hostilidades verbales en un ambiente más bajo, donde la mujer dependa de su marido o pareja, resulta más vulnerable a restringir su capacidad intelectual y por ende, a adquirir relevancia penal.

Por tanto, la acreditación de la violencia psíquica es otro de los grandes problemas con los que nos enfrentamos a diario en los órganos judiciales, siendo necesaria la prueba pericial para valorar la situación anímica de la víctima y las posibles consecuencias que dicha violencia

le ha podido dejar.

El valor de la prueba forense en la lesión psíquica requiere la comprobación de su existencia y la categorización de la necesidad o no de tratamiento específico facultativo. De gran importancia es la comprobación de signos y síntomas que pudieran exteriorizar ese maltrato habitual de carácter psíquico. (Díaz, 2009b, p.68)

Han sido mucho los médicos forenses que han dejado constancia de la dificultad de aplicar a las lesiones psíquicas los mismos criterios de la lesión orgánica o corporal. Resulta compleja la determinación de la existencia de lesiones y secuelas psíquicas, por la dificultad de medir objetivamente unas manifestaciones clínicas subjetivas, si bien lo importante, a estos efectos, es no sólo objetivar el menoscabo del funcionamiento global de la persona, sino establecer una relación causa efecto entre la vivencia y el daño. (Deza, 2016d, p. 184)

En el ámbito de los procesos penales por violencia psíquica no basta con la mera acreditación de que la víctima sufre algún tipo de enfermedad o menoscabo emocional o incluso mental, sino que ha de probarse que el mismo tiene relación o se debe a la conducta agresiva de su pareja o cónyuge, lo cual resultará de gran complejidad en los casos de malos tratos habituales que han perdurado en el tiempo desde el inicio de la relación o del matrimonio.

Además, no siempre el estudio del nexo de causalidad

coincidirá con la creencia de la víctima que “eso que siente como daño psicológico se debe de forma directa y completa a la conducta agresiva sujeta a la valoración penológica”. (Díaz, 2009d, p.70)

La prueba en la lesión psíquica debe dirigirse a plantear si la conducta es capaz de generar una situación de estrés grave y si lo comprobado posee suficiente valor de ruptura de la salud como para que merezca la etiqueta de lesión psíquica con relación a lo esperado y razonable. No olvidemos que la víctima siempre percibirá dicha alteración como relevante, debiendo ser el experto médico quien valore dicha pérdida como de carga penal relevante.

En última instancia, tampoco debe obviarse que mientras los términos empleados para referirnos a las lesiones físicas (hematomas, fracturas, esguinces, ..) forman parte del vocabulario social y jurídico, las expresiones acuñadas para referirnos a las lesiones psíquicas no tienen una adecuada repercusión en los medios de comunicación, ni tampoco en el mundo del derecho (trastorno de estrés post-traumático, trastornos de adaptación, reacción a estrés agudo, reacciones frente a acontecimientos de bajo nivel estresante,..). (Díaz, 2009e, p. 80)

3.2.5.4. Acreditación del daño psíquico

“El daño psicológico se refiere, por un lado, a las lesiones psíquicas agudas producidas por un delito violento, que, en algunos casos, pueden remitir con el paso del tiempo, el apoyo social o un tratamiento psicológico adecuado; y,

por otro, a las secuelas emocionales que persisten en las personas de forma crónica como consecuencia del suceso sufrido y que interfieren negativamente en su vida cotidiana [...]. En uno y otro caso el daño psíquico es la consecuencia de un suceso negativo que desborda la capacidad de afrontamiento y de adaptación de la víctima a la nueva situación”.

En el ámbito fiscal, la prueba psicológica tiene por finalidad determinar el daño psíquico o psicológico que el hecho de violencia familiar investigado le ha producido a quien afirma ser la víctima, para otorgar las medias de protección adecuadas e interponer demanda; o, en la vía penal, denunciar la comisión del delito de lesiones agravada por violencia familiar. (Deza, 2016b, 174).

Sobre la base de las recomendaciones y observaciones precisadas por la Defensoría del Pueblo y los organismos internacionales citados, el Comité de Expertos Interinstitucional integrado por los representantes del IML, el Centro de Atención Psicosocial-CAPS y el Movimiento Manuela Ramos elaboró en el año 2011, la Guía de Valoración del Daño Psíquico en víctimas adultas de Violencia Familiar, Sexual, Tortura y otras formas de violencia internacional, aprobada a través de la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 2543-2011-MP-FN.

El objetivo de la guía es uniformizar metodológicamente los procedimientos para la valoración del daño psíquico estableciendo también los datos que debe tenerse en

cuenta antes de elaborar sus conclusiones y recomendaciones: a) la información recabada durante las entrevistas con el examinado, b) la información de la carpeta fiscal (investigación pre judicial) y exámenes complementarios de ser pertinentes, c) la calificación de los indicadores de daño psíquico (teniendo en cuenta el curso actual, posterior y preexistentes) en las áreas de funcionamiento psicosocial; y, d) el análisis de caso. De la misma forma, establece los niveles de intensidad en los que se presenta este daño en las áreas de funcionamiento psicosocial del examinado, a saber: i) ausencia de indicadores de daño psíquico o ninguna deficiencia en las áreas de funcionamiento, ii) nivel leve de daño psíquico, iii) nivel moderado de daño psíquico, iv) nivel grave de daño psíquico; y, v) nivel muy grave de daño psíquico.

Acertadamente esta guía reconoce que “[...] contar con un instrumento de valoración del daño psíquico coadyuvará a la realización del derecho humano a acceder a la justicia de conformidad con lo establecido en el artículo 25 en relación con el 1.1 de la Convención Americana, en tres sentidos: primero, valorando el daño psíquico con el objetivo de contribuir a la tipificación del delito de lesiones (graves o leves) y faltas contra la persona, en los casos de violencia familiar; segundo, como medio probatorio dando cuenta de la existencia del daño psíquico y posibilitando la sanción, en especial en los casos de violencia familiar, violencia sexual y tortura; y tercero, precisando la naturaleza de la afectación con fines de obtener una reparación civil adecuada.” (Guía, 2011: 31; énfasis agregado).

No obstante, ello, es de resaltar que a más 2 años de su aprobación este instrumento aún no ha sido implementado por la Jefatura Nacional del IML; por esta razón, tampoco es usada entre los profesionales de la salud mental a nivel nacional como se pretendía al ser aprobada. Es por ello que, aun cuando los psiquiatras de los centros de salud estatales puedan determinar la atención facultativa de las víctimas de violencia familiar, su diagnóstico está limitado a determinar los síntomas que se presentan en el paciente en ese preciso instante, mas no las causas ni la existencia de síntomas anteriores y los hechos que puedan causarlos; así, sus evaluaciones no contribuyen a la acreditación de la relación entre el daño psíquico detectado y el hecho de violencia sufrido.

Aún cuando la implementación de la guía constituiría un avance para determinar si los hechos denunciados como violencia familiar han ocasionado o no un daño psíquico, fijando niveles o grados de daño, no contempla un sistema de medición en días de incapacidad o atención médica. A causa de este vacío, su vigencia no implicaría alguna mejora, pues persistiría el riesgo que estos hechos de violencia queden impunes en la vía penal generando la sensación que el daño psíquico —a diferencia del daño físico— es insignificante al no poder identificarse a simple vista, sin tomar en cuenta que es en realidad como una herida invisible. (Deza, 2016c, 147)

Ello no es óbice para reflexionar si es adecuada la cuantificación de daño según los días de atención facultativa o según el nivel de daño; al respecto,

asertivamente señala que el razonamiento basado en la aritmética cronológico temporal de la legislación (días de incapacidad) que presume un daño o incapacidad, tal y como se entiende en el modelo médico (referido al daño físico), no siempre corresponde a un análisis adecuado de la patología psicológica, ya que en estos casos se requiere una valoración de la intensidad y calidad del trauma de acuerdo a una alteración o agravamiento psicológico pre existente, fundada en el tipo de vínculo de la víctima con el agresor.

En vista de lo expresado, la adecuación normativa no debería realizarse en la Guía sino en la tipificación del delito de lesiones.

3.2.5.5. Prueba Pre- Constituida

Es aquella prueba realizada antes de iniciarse el proceso y donde no interviene para la nada la figura de un juez y que por su naturaleza y características deben ser considerados actos definitivos e irreproducibles que se llevan a cabo durante la investigación preliminar o la investigación preparatoria y no es posible postergar su realización hasta la realización del juicio, debido a que existen circunstancias de suma urgencia. (Neyra, 2010, pp.355-356).

Arsenio Ore señala que la regla general es que solo puede entenderse como prueba aquella practicada en el juicio oral, con la observación de los principios de inmediación, contradicción y publicidad. Sin embargo,

excepcionalmente puede otorgarse valor probatorio a elementos producidos antes del juzgamiento. Corresponden a estos casos excepcionales la prueba anticipada y la prueba pre-constituida. (Guardia, 1999, pp.426)

Para Pablo Talavera, es aquella practicada antes del inicio formal del proceso penal o en la propia fase de investigación, observando las garantías constitucionales y las prescripciones legales, con la finalidad de asegurar o mantener la disponibilidad de las fuentes de prueba. Asimismo, manifiesta que la incorporación de la prueba pre-constituida en el juicio se produce mediante su lectura. (Talavera,2009, p. 73)

La llamada prueba pre-constituida manifiesta Sánchez Velarde, aparece- al igual que la prueba anticipada- como otra institución procesal por la cual se exceptúa la práctica de la prueba en el juicio oral porque ésta es irreproducible, dada la existencia de circunstancias especiales de su obtención y atendiendo a la necesidad propia de la investigación preliminar, pero con observancia a los principios de inmediación y contradicción. (Sánchez,2009, p. 236).

Tiene por finalidad permitir, en determinados supuestos, adelantar su práctica, cuando resulte muy difícil de reproducir en el juicio oral cierta clase de diligencias (prueba pericial, análisis químicos, prueba de balística, informes dactiloscópicos, partes médicos, inspecciones oculares, reconstrucción de hecho, etc.) o también cuando

su reproducción en el juicio no pudiera hacerse en idénticas circunstancias a las existentes en la fase sumarial. (Yataco, 2015, p. 296).

3.2.6. La valoración de medios probatorios

Manifiesta el primer párrafo del artículo 10° del Reglamento de la Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, aprobado mediante D.S. N° 009-2016-MIMP, que: “En la Valoración de la prueba en casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, se observa las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia...”

Es así, que en la valoración de los medios probatorios en los casos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar el Reglamento de la Ley N° 30364, aprobado mediante D.S.N° 009-2016-MIMP, acoge el sistema (de valoración de la prueba) de la sana crítica racional o libre convicción.

El sistema de libre convicción o sana crítica racional, también denominada “la apreciación razonada de las pruebas” o “persuasión racional”. Para este sistema el juez es libre de formarse su convencimiento, pero tiene que dar razones que expliquen cómo o el porqué de su convicción sobre la masa de pruebas o determinado medio de prueba. En la sana crítica, interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera que el magistrado puede analizar la prueba (ya sea de

testigos, peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no sea lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

3.3. Los Principios rectores del Derecho Penal

3.3.1. Concepto de principios fundamentales

Los principios son criterios rectores que orientan el desarrollo y comprensión de un determinado campo del saber.

Según Reale (2009), citado por Fernández Carrasquilla, “se trata de ciertos enunciados lógicos que se admiten como condición o base de validez de las demás afirmaciones que constituyen un determinado campo del saber”. (p.125)

En otras palabras, por los principios comienzan las ciencias y por lo tanto ellos explican todos y cada uno de los conocimientos de cada ciencia particular.

Para el Derecho Penal, los principios representan en primera instancia, un conjunto de reglas que van a limitar el *ius puniendi*, con la finalidad de controlar la violencia que intrínsecamente contiene. En segunda instancia los principios van a reconocer derechos de orden constitucional a las personas sometidas al control penal. De igual modo, los principios imprimen la orientación ideológica y funcional del sistema penal de un Estado, lo cual es muy útil para la labor interpretativa de los jueces, pues ello permite controlar la razonabilidad y legitimidad de las leyes penales. (Pestana, U (2009), p.157)

3.3.2. Concepto de Principios del Derecho Penal

Los principios fundamentales del Derecho penal son pautas generales sobre los cuales descansan las diversas instituciones del Derecho Penal Positivo. A nivel doctrinal se considera que constituyen guía para la interpretación del conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico-penal. Estos principios deben ser utilizados por las personas que quieran aplicar sistemáticamente la legislación penal.

Los principios generales del Derecho son los enunciados normativos más generales que, sin perjuicio de no haber sido integrados al ordenamiento jurídico en virtud de procedimientos formales, se entienden forman parte de él, porque le sirven de fundamento a otros enunciados normativos particulares o recogen de manera abstracta el contenido de un grupo de ellos.

Nuestro Código Penal recoge los más importantes principios reguladores del derecho penal, en el Título Preliminar. Otro importante grupo de principios se encuentran en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. A continuación, pretendemos sistematizar los más importantes principios en el siguiente esquema:

3.3.2.1. Principio de Mínima intervención del derecho penal

El principio de mínima intervención del derecho penal o como doctrinariamente se le denomina Principio de necesidad, consiste en que el Estado sólo puede emplear

la pena cuando está en situación de explicar su necesidad para la convivencia social, para mantener el orden democrático y social establecido (artículo 43° de nuestra Constitución).

En un Estado social, el Derecho Penal se legitima sólo cuando protege a la sociedad, pero si su intervención resulta inútil, entonces perderá su justificación. Por eso, este principio conduce a la exigencia de utilidad. (Villavicencio, 2008, recuperado en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/06/10/limites-a-la-funcion-punitiva-estatal/>)

En este sentido la jurisprudencia entiende que: *“El principio de intervención mínima del Derecho Penal está integrado por el carácter fragmentario de este último y por el principio de subsidiariedad, y consiste en que la intervención del Estado sólo se justifica cuando es necesaria para el mantenimiento de su organización, por ello, sólo debe acudir al Derecho Penal cuando han fracasado todos los demás controles, pues el derecho punitivo es el último recurso ya que no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las que revisten mayor gravedad, como en el presente caso en que el delito de Peculado por extensión está relacionado a la sustracción de un alternador y un relay, que por su baja significación no pueden ser ventilados en la vía penal.”* (Recurso de Nulidad de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema- Puno N° 238-2009).

Sabemos que la pena es un mal irreversible y una

solución imperfecta que debe utilizarse cuando no haya más remedio. Por ello, el Derecho Penal sólo debe intervenir en la vida del ciudadano en aquellos casos donde los ataques revisten gravedad para los bienes jurídicos de mayor trascendencia. Las ofensas menores son objeto de otras ramas del ordenamiento jurídico. Aquí no se trata de proteger a los bienes jurídicos de cualquier peligro que los aquejan ni buscándolo a través de mecanismos más poderosos, sino de “programar un control razonable de la criminalidad, seleccionando los objetos, medios e instrumentos”.

Por eso, para que intervenga el Derecho Penal -junto a sus graves consecuencias- su presencia debe ser absolutamente imprescindible y necesaria, ya que de lo contrario generaría una lesión inútil a los derechos fundamentales. Así, supondría una vulneración de este principio, si “el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente e incluso con más eficacia un determinado bien jurídico”.

Este principio de la necesidad de la intervención estatal es, pues, un límite importante, porque permite al mismo tiempo evitar las tendencias autoritarias y ubicar al Derecho Penal en su verdadera posición dentro del ordenamiento jurídico. La ley no se transforma en un instrumento al servicio de los que tienen el poder punitivo, sino que las leyes penales, dentro de un Estado social y democrático de Derecho sólo se justifican en la tutela de un valor que necesita de la protección penal.

Este principio se vincula directamente con la política penal de un Estado, recomendando que el derecho penal sólo puede ser empleado en la protección de los bienes jurídicos, de un modo excepcional y fragmentario. Menciona Hurtado, J (1988a): “No se puede admitir que un Estado pretenda mantener el control social, empleando al derecho penal como forma usual y primaria del control social, pues ello implicaría un Estado intervencionista, arbitrario en donde no habría cabida para las libertades y derechos fundamentales”. (p. 256)

Sería como una forma de estado policiaco, donde la inseguridad ciudadana se extienda a niveles altamente peligrosos, frente a las crecientes potestades de los funcionarios penales.

El principio de mínima intervención se asienta sobre los principios de subsidiaridad y fragmentariedad del derecho penal, estos principios garantizan el empleo racional y necesario del derecho penal.

Sobre el particular, señala Peña Cabrera, que el principio de última ratio tiene un doble significado: en primer lugar implica, que las sanciones penales se han de limitar al círculo de lo indispensable, en beneficio de otras sanciones o incluso de la tolerancia de los ilícitos más leves, es decir, el derecho penal una vez admitido su necesidad, no ha de sancionar todas las conductas lesivas a los bienes jurídicos que previamente se ha considerado dignos de protección, sino únicamente las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Por

ejemplo, considerando el patrimonio como bien jurídico digno de protección penal, no todos los ataques al mismo, sino los más peligrosos harán necesaria la intervención del derecho penal del Estado. (1997, p.129)

3.3.2.2. Principio de Subsidiaridad

Se trata de la *última ratio* o *extrema ratio*, en el sentido que sólo debe recurrirse al Derecho Penal cuando han fallado todos los demás controles sociales. El Derecho Penal debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado, debido a la gravedad que revisten sus sanciones. Los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del derecho o por otras formas de control social. Ejemplo: una determinada política social, sanciones civiles, administrativas antes que penales.

Así también lo cree la jurisprudencia(): “con relación a la función que el Derecho Penal desarrolla a través de sus sanciones, ha de afirmarse su carácter subsidiario o secundario, pues la afirmación de que el Derecho Penal constituye la última ratio entre los instrumentos de que dispone el Estado para garantizar la pervivencia de la sociedad, debería implicar, como lógica consecuencia, que el Derecho Penal está subordinado a la insuficiencia de los otros medios menos gravosos para el individuo de que dispone el Estado; en este sentido, es difícil pensar en la existencia de un bien jurídico que sólo sea defendible por el Derecho Penal”.

3.3.2.3. Principio de Fragmentariedad

El carácter fragmentario del Derecho Penal consiste en que no se le puede utilizar para prohibir todas las conductas. “El derecho punitivo no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino las que revisten mayor entidad”.

Para determinar la fragmentariedad de la selección penal se pueden seguir los siguientes fundamentos:

- En primer lugar, defendiendo al bien jurídico sólo contra aquellos ataques que impliquen una especial gravedad, exigiendo, además, determinadas circunstancias y elementos subjetivos.
- En segundo lugar, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico.
- Por último, dejando, en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales.

Este principio una directriz política criminal, ya que determina en el legislador hasta qué punto puede transformar determinados hechos punibles en infracciones o no serlos ().

El Derecho penal material solo legitima su protección a una parte (importante) de los bienes jurídicos, aquella que de acuerdo con criterios políticos- criminales se considere la más indispensable para la base y el funcionamiento del

sistema social; en tal sentido, esta labor, fundamentalmente legislativa, no siempre se realiza de modo general, sino frecuentemente solo a determinadas formas concretas tanto de ataque (comportamiento) como de objeto de ataque (bien jurídico), de ahí que se hable también de la naturaleza “fragmentaria” del Derecho penal.

Por su parte, el carácter fragmentario del Derecho Penal indica, que la protección penal del bien jurídico es sólo ante las conductas más graves. Por ejemplo, el patrimonio es un bien jurídico, sin embargo, el derecho penal no tutela todos los aspectos de dicho bien jurídico, sino únicamente frente a aquellas conductas que más gravemente la afectan, como el robo, la estafa, etc. (Reyna, 2011a, p. 85).

a. La Política Criminal

Todo Estado de Derecho Democrático debe tener una política criminal permanente, como regla general y en forma excepcional será modificado en esencia sólo cuando existan causas justificantes para una modificación o adecuación de nuevos lineamientos. Eso asegura que el Poder Legislativo no puede saltar como un resorte ante un hecho coyuntural, que diario nos provee los medios de comunicación.

Se trata de construir el marco conceptual adecuado para posteriormente establecer un determinado procedimiento de elaboración de las leyes penales que, yendo más allá

del respeto a las formalidades competenciales y secuenciales previstas en las diversas Constituciones, introdujera una serie de requisitos procedimentales directamente encaminados a garantizar la consideración de ciertos aspectos materiales.

Si bien el Poder Legislativo es el titular de la normativa penal, sin embargo, esa facultad no puede ser ejercida arbitraria y desproporcionadamente, sino debe regirse por ciertas pautas doctrinarias que le dan mayor legitimidad:

En esa orientación la intervención penal garantista se estructura en tres bloques de principios: El primero, atiende a las pautas que deben regir la delimitación de los contenidos a proteger por el derecho penal. El segundo, se ocupa de los requisitos que deben concurrir en un determinado comportamiento para que se pueda exigir responsabilidad criminal por él. El tercero, atiende a los fundamentos en virtud de los cuales se puede reaccionar con sanciones frente a una conducta responsable criminalmente.

Diez Ripolles establece dos componentes imprescindibles de toda teoría de una legislación penal. Los principios estructurales de la protección y los principios coyunturales. Estos últimos están más ligados a una concreta decisión legislativa.

- Este principio pretende asegurar el rechazo, ya señalado en el marco del principio de intervención mínima, a la asignación a la política criminal de funciones de

transformación social. El efecto troquelador de las normas penales, esto es, la capacidad del Derecho penal para desencadenar importantes efectos psicológicos-sociales de adhesión e interiorización de los valores que fundamentan sus contenidos entre los ciudadanos socialmente integrados, no ha de hacer caer en la tentación de penar o mantener la punición más allá de lo estrictamente necesario para salvaguardar los presupuestos esenciales para la convivencia.

Esta manera de limitar la facultad legislativa es consustancial con otras que se establece por la Constitución y hasta la Corte Interamericana ha señalado que “(...) En la elaboración de los tipos penales se debe tener presente el principio de legalidad penal, es decir, una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales como la vida o la libertad”.

El Poder Legislativo es titular de la potestad punitiva, pero debe ser ejercida en consonancia con el carácter fragmentario, subsidiario y de ultima ratio y con el principio de intervención penal mínima y necesaria.

b. La utilidad social

La pena no debe ser impuesta si no existen pruebas empíricas de su efectividad o probabilidad de efectividad. De manera que no basta la lesión de los derechos humanos ni la proporcionalidad. Estos dos aspectos, ya reseñados, son condiciones necesarias, pero no suficientes para castigar. Este principio, entonces, obliga al estudio atento de los efectos socialmente útiles que se puedan esperar de la pena.

Para que el Derecho penal pueda intervenir, con sus graves consecuencias, en la solución o manejo de los conflictos sociales, ha de ser absolutamente imprescindible, "necesario", puesto que de otra manera la pena constituiría una lesión inútil de derechos fundamentales. El principio de necesidad de la pena es otra expresión del principio de prohibición de exceso. Allí donde la pena resulta innecesaria, es injusta, como Protección Jurídico Penal de la Indemnidad Sexual se viene diciendo desde Beccaria y reconoce la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

No sólo no debe intervenir el Derecho Penal allí donde no es necesario, bien porque puede ser el bien jurídico tutelado por otro mecanismo menos costoso, bien porque no necesita de tutela alguna, sino que hay que proclamar que la intervención ha de ser también la mínima imprescindible; por consiguiente, la consecuencia jurídica, la pena, ha de ser la menor posible.

Si el Derecho Penal se legitima sólo en cuanto protege a

la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos. Así, el principio de necesidad conduce pues, a la exigencia de utilidad, lo que plantea la controvertida cuestión de si realmente el Derecho Penal sirve para evitar delitos. “Si el Derecho Penal de una sociedad democrática se legitima en tanto en cuanto previene la realización de hechos delictivos, es lícito llegar a la conclusión de que el recurso al Derecho Penal (y a la pena) deviene en ilegítimo desde el mismo momento en que se demuestre que es inútil o innecesario en orden a alcanzar el fin que se le asigna” (Zugaldía Espinar, ob. cit. p. 240).

Según este postulado, cuando se demuestre que una determinada reacción penal es inútil para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer, aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve. Así, por ejemplo, estudios importantes han demostrado que la supresión de la pena de muerte no ha determinado un aumento en los delitos para los que estaba conminada; ello confirma que debe bastar una pena inferior. Como ya señalaba Beccaria, con frecuencia más importante que la gravedad del castigo es la seguridad de que se impondrá pena.

c. El costo económico

Se han ensayado múltiples esquemas tentativos a fin de estimar el costo del delito. Así, por ejemplo, uno de los

más destacados es el propuesto por Martin, quien clasifica los costos del delito en:

- Costos económicos directos, indirectos y pérdidas preferentes causadas por el delito, el cual incluye conceptos similares a los de daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona.

- Costos de las medidas de prevención y seguridad en instituciones públicas y empresas privadas, los gastos de seguros y la pérdida de la remuneración de los delincuentes internados y de las víctimas incapacitadas.

- Costo que representa para las instituciones de protección social la necesidad de prestar ayuda a las familias de los presos y las víctimas.

- Costo para las finanzas públicas o costo público, que incluye los gastos para la ejecución de la ley, la administración de justicia y el tratamiento de los delincuentes.

Ahora bien, no obstante, los esquemas propuestos para la evaluación del costo del delito, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- i. Dicha evaluación sólo ofrecerá cifras relativas, ya que no puede dejarse de lado el impacto de la gran extensión de la «cifra negra de la criminalidad o delincuencia oculta, dado que los delitos conocidos oficialmente representan sólo un porcentaje insignificante del total que significa la valoración completa del costo de la delincuencia real para un país. Esto quiere decir que más allá de toda magnitud

calculable, existe otro costo oculto, debido a los delitos desconocidos y conocidos no denunciados, que constituyen una fuerza debilitadora de la economía.

ii. Generalmente el delito ha sido visto como un hecho social que sólo genera costos, sin considerarse que existen formas delictivas productivas en términos económicos.

iii. Desde un punto de vista estrictamente económico, una vez consumado un delito, la pérdida social resulta irreparable, por lo que el problema generado no debe ser evaluado a nivel interindividual-autor y víctima-, sino en el sentido de evitar o prevenir la comisión de futuros delitos.

iv. Como es evidente, el costo del delito no se agota en el concepto de costo del sistema penal. Tener claridad sobre ello resulta importante toda vez que el costo del sistema penal debe justificarse racionalmente, en la medida que constituye un gasto que se suma a la pérdida social derivada de la consumación de un delito.

Desde la perspectiva del análisis económico del derecho la pena se asemeja al costo o «precio» que debe pagarse por delinquir. No obstante, el «precio» que significa el castigo no es más que un valor «esperado», algo que depende de la magnitud de la pena y de la probabilidad de que ésta se efectivice. De este modo, el costo de cometer el delito de aborto, cuya pena asciende a 2 años (artículo 114 del C.P.), siendo la probabilidad de ser condenado del 50%, por la insuficiente actividad de la policía, el sistema judicial o el penitenciario, no representa para quien lo comete un costo de 2 años, sino de $2 \times 50/100$, es decir 1 año.

Ahora bien, la prevención del delito podría reposar en el

encarecimiento de la actividad delictiva, aumentando el precio o valor esperado del castigo, con lo cual se estaría desincentivando la delincuencia.

3.3.2.4. El principio de lesividad u ofensividad

En virtud de este principio se establece que, para imputar como punible una conducta, no basta su sola realización material. Es menester, entre otros elementos, la real causación de daño o creación de riesgo para el bien jurídico protegido (*nullum crimen sine injuria*). Materialidad y lesividad u ofensividad equivalen al llamado también principio de "Antijuricidad Material".

El principio de ofensividad descansa en la consideración del delito como un acto desvalorado; esto es, contrario a la norma de valoración. La antijuricidad comportará el desvalor propio del resultado; esto es, de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y derivado de una acción desvalorada; esto es, peligrosa para la integridad del objeto o de los objetos de tutela. La desvaloración viene dada, por tanto, por la doble consideración de la acción y del resultado como objetos de la misma. Y el principio de ofensividad determinará la no tipificación de conductas que no resultan peligrosas para los bienes jurídicos o que no pueden comportar lesión o puesta en peligro de valores con relevancia constitucional.

Este principio tiene como principal característica la voluntariedad, pero solo esta es relevante jurídico-penalmente en la medida que se haya exteriorizado, es

decir que se haya dado cumplimiento al principio de lesividad, como función limitante del Derecho penal.

El artículo IV del Título preliminar del Código Penal, señala: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”, regula el denominado principio de lesividad en nuestro ordenamiento penal, en el sentido de que la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley, reconociendo de esta manera no solo los delitos de lesión, sino también la existencia de los delitos de peligro que la doctrina actual ha desarrollado. En los delitos de lesión, el tipo requiere la efectiva destrucción o menoscabo del bien jurídico para su consumación, en los segundos (de peligro), es suficiente con el peligro para el bien jurídico protegido, con la amenaza del mismo.

En los delitos de peligro, el legislador, de acuerdo con la experiencia y el nivel de los conocimientos científicos, considera que determinados comportamientos son idóneos para perjudicar bienes jurídicos. Su interés en reprimirlos, radica en la idea de que para protegerlos con eficacia es indispensable adelantar la barrera de protección. Es por ello, que, en lugar de esperar la producción del daño real, estima que es mejor intervenir en el momento previo a que se produzca este suceso, es decir, cuando el agente crea una situación que pueda producirlo.

Como manifiesta Bustos (2014) citado en Bellido (2012),

es un principio básico garantista del Derecho Penal Democrático, que garantiza que “solo se persiguen hechos que afecten a un bien jurídico, ya que es el principio básico que desde los objetivos del sistema determina qué es un injusto o un delito” (<http://institutorambell.blogspot.pe/2012/08/los-principios-del-derecho-penal.html>, parr. 22)

Además, como manifiesta Velásquez, el principio de lesividad, también denominado del bien jurídico, o la objetividad jurídica del delito, se puede sintetizar en el tradicional aforismo liberal “no hay delito sin daño”, que hoy equivale a decir que no hay hecho sin bien jurídico vulnerado o puesto en peligro.

Según este principio, el Juez no puede aplicar la pena si no se demuestra que la conducta ha lesionado un bien jurídico o lo ha puesto en peligro. En los delitos de lesión, el juez deberá acreditar que la conducta del autor ha lesionado el bien jurídico protegido.

Por su parte, en los delitos de peligro, deberá acreditarse la existencia de dicho peligro (peligro concreto). La excepción a este principio lo constituye el “principio de insignificancia penal”, el cual sostiene que, a pesar de existir lesión del bien jurídico, no se aplica la pena, por ser la lesión insignificante, por ejemplo: “la estafa dentro de un vehículo de transporte público”. (Prado, 1995, p.37).

a. Bien jurídico

Definimos el bien jurídico como aquellos intereses sociales que por su notable importancia para el desarrollo personal y para el desenvolvimiento de la sociedad en general son merecedores de resguardo y protección a través de las normas jurídicas que componen el Derecho penal. Por ejemplo: la vida, la libertad, entre otros.

A través de este principio controlamos la función de la creación de nuevos delitos, obligando al legislador a definir el bien jurídico que se quiere proteger a través de la ley penal.

Partiendo de esto, su importancia radica en que la protección del bien jurídico es la razón que legitima la intervención penal.

En ese sentido a nivel de nuestra legislación no hay delito sin que exista una afectación o daño a un determinado bien jurídico, es decir, no hay hecho punible si es que un bien jurídico no ha sido vulnerado o puesto en peligro.

Por otro lado, el principio de ofensividad o lesividad, de otra parte, comparte el mismo fundamento funcional, como límite del *ius puniendi*, que el postulado general de la necesidad de pena, invocado por el Tribunal Constitucional y un sector de nuestra doctrina.

No en vano, como ha declarado el Tribunal Constitucional, la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos- o lo que es lo mismo: la realización de ciertos hechos socialmente dañosos- constituye el contenido esencial del concepto de

delito.

En este sentido, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se corresponde con el principio de ofensividad: *nullum crimen sine iniuria* y opera como límite material del *ius puniendi*.

b. Magnitud del daño

El principio de lesividad o dañosidad social del bien jurídico que se enuncia en el aforismo liberal: “no hay delito sin daño”, que hoy equivale a decir que no hay “hecho punible sin bien jurídico vulnerado” o “puesto en peligro”.

El principio de lesividad sirve de límite al poder punitivo estatal, en atención que el estado en uso del “*jus puniendi*” no puede establecer hechos punibles (delitos y faltas penales), así como las penas y medidas de seguridad de modo circunstancial, sino en virtud de leyes penales preventivas o previas que fundamentan la existencia de un bien jurídico protegido lesionado. El delito implica la violación de un bien jurídico (desvalor de resultado), pero también comporta la transgresión de determinados valores materiales, sociales y culturales que se traducen en acciones ilícitas de injusto penal, que favorecen a las clases dominantes (desvalor de la acción), que implica vulneración de las llamadas normas de convivencia social.

El injusto penal comporta un doble desvalor: primero el referente, a la lesión o violación de los bienes jurídicos

tutelados, según la tipificación de la conducta antijurídica y punible, que atenta contra el ordenamiento jurídico del estado y los intereses protegidos; consistente en violación de las normas de convivencia social; por tanto, la acción ilícita e injusta es también acción antisocial.

c. Delitos de lesión

El jurista alemán Birnbaum (1834) refutó la tesis de otro jurista germano Anselmo Von Fierbach, que sostenía la idea del delito como lesión de un derecho, como postulado subjetivo, oponiendo la tesis de lesión de un bien jurídico protegido por la ley, hipótesis objetiva, teoría dominante en el derecho penal de los tiempos actuales; porque el derecho como pretensión subjetiva no puede ser disminuido o sustraído, cuando es reconocido por el derecho objetivo, ello puede suceder sólo en cuanto objeto de un derecho amparado por la constitución del estado, el orden jurídico estatal y los convenios internacionales de Derechos Humanos; es decir, “un bien que jurídicamente nos pertenece”, sostiene la teoría del delito y la posición de Birnbaum; porque los bienes jurídicos como entes objetivos están más allá del derecho subjetivo como pretensión, se ubica en el mundo objetivo de los bienes e intereses del hombre que se encuentran inmersos como de parte de la realidad objetiva, porque los bienes sirven de fundamento al derecho subjetivo y objetivo, que se reflejan en la norma jurídica vigente, expresión del mundo del Derecho.

La propuesta de Karl Binding, sostiene que el bien jurídico

queda, no reconocido por la norma jurídica; es inmanente a la norma, cada norma lleva en sí su propio bien jurídico. Para Karl Binding, quien impuso el concepto de “bien jurídico”, lo único decisivo era la resolución de legislador de otorgar protección jurídica a un bien material, social, político, moral y humano que es de su interés para los hombres.

Franz Von Liszt, afirma que el bien jurídico no es como para Binding un concepto exclusivamente jurídico y creación del legislador, entendido en la formulación de la norma, sino que es una creación de la vida, un interés vital del individuo y de las clases sociales dominantes que origen del Derecho en Ley positiva, como sostienen Karl Marx y Federico Engels. Es el derecho positivo que le da categoría de bien jurídico, como “bien de los hombres” y no como un “bien del derecho”, como sostenía Binding. En suma, la lesión del bien jurídico constituye el reflejo de los intereses de los hombres y de las clases sociales antagónicas dominantes, que se materializan en la realidad social criminógena y en el mundo jurídico, que demanda protección de la ley, en una determinada época histórica del desarrollo de la sociedad.

La tesis psicológica del bien jurídico protegido está constituida por la dañosidad social, que está condicionada por la contraposición con las “condiciones de existencia social” y por el concepto de justicia imperante en la sociedad (Bustos Ramírez, Manual de Derecho Penal, pag. 24).

Una acción es dañosa y disfuncional socialmente, cuando contradice una norma jurídica institucionalizada para resolver el problema de supervivencia de la sociedad y los intereses de los hombres y de las clases dominantes que crean el derecho positivo que lo elevan a la categoría de Ley por conducto del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo según la situación política.

Günter Jacobs, dice que el bien jurídico es cuando esos bienes son protegidos normativamente, mediante la amenaza de la pena, que reposa en los siguientes principios:

d. Puesta en peligro

Denominado también principio de peligro social o de ofensividad, en que se colocan los bienes jurídicos protegidos, se condiciona dentro de los límites del principio de lesividad. por tanto, la pena se funda en la lesividad y puesta en peligro los bienes jurídicos protegidos por la ley, por la amenaza inminente y actual de los delincuentes y por sujetos socialmente peligrosos.

e. Dañosidad social

También la conducta, en relación al grado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico, tiene que ser lo suficientemente grave como para justificar la intervención del Derecho Penal (verbigracia, la afectación nimia, por ejemplo del bien jurídico representado por la libertad personal, en el caso del chofer del autobús, que no se

detiene en la parada solicitada por el pasajero, llevándolo a un paradero posterior, no justifica la intervención del Derecho Penal, aunque ciertamente éste habrá retenido contra su voluntad a dicho pasajero). Por último, también es necesario comprobar la relación existente entre las distintas respuestas que el ordenamiento da a diferentes conductas: no es posible castigar más gravemente conductas menos importantes y trascendentes, y castigar con penas leves conductas gravemente atentatorias contra bienes jurídicos importantes.

3.3.2.5. Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad o responsabilidad penal, puede definirse como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La culpabilidad en el sentido amplio se encuentra regulado en el Art. VII del Título Preliminar del Código Penal, la misma que es expresada en el siguiente axioma “no hay pena sin culpabilidad” (*nullum crimen sin culpa*). Este principio indica que sí es cierto que se necesita una vinculación del hecho con el actor, también es cierto que esa vinculación tiene un límite que es el principio de proporcionalidad regulado en el art. VIII del Título preliminar en el sentido de que debe sancionare en función de la gravedad del injusto cometido.

Este principio es manifestación de un Estado Democrático, en este tipo de Estado se busca "crear las condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo, pero para garantizar el control por el mismo ciudadano de tales

condiciones deberá ser además, un Estado democrático de Derecho” (Mir Puig, Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho” en "Política Criminal y Reforma del Derecho Penal." 1982) , asimismo en el Estado Democrático se ha de partir de un supuesto básico la dicotomía entre libertad y poder, surgiendo así un “sistema de trincheras garantistas” cuyo objetivo es la exclusión de la arbitrariedad”. El principio de culpabilidad sin duda es la manifestación más importante del Estado Democrático, pues en ella encontramos las bases, reglas y presupuestos fundamentales que nos permiten determinar y por ende atribuir responsabilidad jurídico-penal.

Para Villavicencio (2008), el Derecho Penal, al término de culpabilidad se le asignan una triple significación:

- Por un lado, como fundamento de la pena se refiere a la cuestión de si procede imponer una pena al autor de un hecho típico y antijurídico.
- Por otro lado, como fundamento o elemento de la determinación o medición de la pena, su gravedad y su duración. En este caso se asigna a la culpabilidad una función limitadora que impida que la pena pueda ser impuesta por debajo o por encima de unos límites que vienen aplicadas por la idea misma de la culpabilidad y otros como la importancia de los bienes jurídicos, etc.
- Como lo contrario a la responsabilidad por el resultado. De esta manera el principio de culpabilidad impide la

atribución a su autor de un resultado imprevisible, reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo o a la imprudencia. (recuperado en www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/17355/17641)

Por lo pronto, podemos decir que el Estado sólo intervendrá cuando un miembro de la comunidad ha actuado culpablemente, es decir, la pena sólo puede basarse en la circunstancia que al autor debe reprocharle personalmente su hecho. “Con la pena se reprocha al autor una transgresión al derecho; ello presupone la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad”

Hay que tener en cuenta, que la esencia de la culpabilidad no se haya en el carácter del autor, ni en la conducta sino en la posibilidad de haber actuado de otra manera. Los fundamentos de este principio son el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona.

Su importancia radica en que se evita que una persona pueda ser tenida por un medio para la realización de algún fin, en otras palabras, se evita la vulneración de la dignidad de la persona. Se protege al agente de todo exceso en la reacción represiva del Estado.

De acuerdo a este principio, no se puede aplicar la pena sino se demuestra la culpabilidad del autor. Este principio se asienta sobre el principio de responsabilidad subjetiva o responsabilidad de acto, por el cual el autor es responsable por su conducta, por lo que hace. Este

principio de culpabilidad, excluye otros criterios que fundamentaban antiguamente la culpabilidad, como por ejemplo la “culpabilidad de autor” y la “responsabilidad penal objetiva”.

El principio de culpabilidad tiene las siguientes manifestaciones: 1. Principio de personalidad de las penas: no se responde por el hecho ajeno. 2. Responsabilidad por el hecho: se reprimen conductas (derecho penal de acto), no formas de ser. 3. Proscripción de la responsabilidad objetiva: exigencia de dolo o culpa. 4. Capacidad de culpabilidad o de motivación: lo que apunta a un presupuesto de la culpabilidad, a saber, la imputabilidad.

(<http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/derecho-penal/Funcion-del-Derecho-Penal.pdf>, parr.30)

Para, Sánchez (2004), la culpabilidad de autor consiste en reprochar al autor por su condición personal, su origen social, su raza o postura religiosa o ideológica, es decir, culpar al autor por lo que es, y no por lo que hace. Por su parte la responsabilidad penal objetiva, consiste en atribuir el resultado lesivo a una persona, sin que medie una relación causal-final entre la conducta del autor y el resultado atribuido. También impone la prohibición de comunicar las circunstancias agravantes, cuando ellas se fundan en una cualidad personal especial del autor. Finalmente, la culpabilidad es la condición y la medida de la pena. La pena no debe sobrepasar la culpabilidad del autor. (p. 29).

a. Responsabilidad Penal Objetiva

“Una vez establecida la existencia de un hecho delictivo y estando vigente el interés del Estado por castigar este hecho resulta necesario determinar la consecuencia jurídico-penal que le corresponde al delito cometido”. (García, 2008, p.288)

La determinación judicial de la pena tiene por función, identificar y decidir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor o partícipe de un delito. Se trata, por tanto, de un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales.

Corresponde hacerlo al órgano jurisdiccional debido a que la conminación abstracta que tiene la pena en la ley se expresa, generalmente, en magnitudes abiertas o semi abiertas donde sólo se asigna a aquélla una extensión mínima o máxima. En el caso de nuestra legislación penal esa es la técnica legislativa utilizada.

Al respecto, el séptimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario número 1–2008/CJ–116 de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha precisado: “Con ello se deja al Juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Lo cual se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal), bajo la

estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales”. (Acuerdo Plenario número 1-2008/CJ-116, 2008, p. 6446)

Cada delito tipificado en la Parte Especial del Código Penal o en Leyes especiales o accesorias a él tiene señalada, por regla general, una o más penas a partir de extremos de duración o realización mínimos o máximos. En consecuencia, la realización culpable y comprobada judicialmente de un delito, conlleva la determinación de la pena entre ambos límites punitivos.

b. Dolo

Existe dolo cuando la persona conoce el hecho punible y quiere su realización. Son dos los momentos del dolo; un momento cognoscitivo y un momento volitivo. Todas las conductas exigen la demostración del dolo. Solo por excepción, y siempre que la ley así lo exprese, no se requiere.

El injusto doloso se caracterizaría por una persona que toma la decisión de realizar un hecho a pesar de conocer (abarcando intelectualmente), todas las circunstancias fácticas que convertirían ese hecho en un hecho típico.

En el injusto doloso el autor se decide con conocimiento del alcance de su decisión por una actuación penalmente relevante. Todo ciudadano que “tiene la realización del hecho típico ante sus ojos” está en el deber de evitar que se produzca ese hecho. En los delitos de resultado lesivo,

el autor no puede conocer, desde luego el resultado, ya que cuando éste se produce el ordenamiento no le puede exigir que planifique nada.

Sólo es posible conocer el pasado y el presente mas no el futuro, éste sólo se puede calcular, prever, predecir. Antes de la realización del tipo, sólo se puede pronosticar que el resultado se producirá o que se podrá producir. Para imputar una conducta a título de dolo basta con que una persona tenga la información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar el resultado lesivo.

c. Culpa

La culpa es la otra forma de culpabilidad. Se actúa con culpa cuando se realiza el hecho punible (típico y antijurídico) por la omisión de un deber de cuidado. Es decir, cuando se hace por negligencia, imprudencia, impericia o por la inobservancia de los reglamentos.

d. Determinación de la pena

La culpabilidad debe servir de principio para la medida de la pena, y la individualización de la pena no sería otro asunto que la expresión de la culpabilidad en unidades de pena. La pena nunca puede ser mayor a la culpabilidad del individuo, y, cuando la pena es inferior a la respectiva culpabilidad, son las razones de prevención especial las que abona tal medida.

El principio de culpabilidad tiene una gran relevancia para

graduar la magnitud y escala de la pena a imponer el reo dentro de su fase de medición judicial (artículo 46° del Código Penal).

En tal sentido, la determinación de la pena como acto mediante el cual se fijan las consecuencias de la comisión de un delito, se manifiesta sobre la base de una triple identidad: a) determinación legal, b) determinación judicial, y c) determinación administrativa. Se deja a discrecionalidad del juez la evaluación de aspectos personal del imputado como podría ser la reincidencia o la habitualidad en el delito. El juez en esta etapa debe valorar las circunstancias del caso, la educación del agente, los deberes infringidos, etc.

En este tema entra lo que se ha denominado la determinación judicial de la pena, que es la que permite “dosificar” las penas de los delitos. Los grados de culpabilidad deben influir en la determinación de la pena. Precisamente, por ello las escalas penales son amplías, para que los jueces puedan conectar el grado de culpabilidad con la intensidad de la reacción violenta. De este modo, del principio de culpabilidad extraemos un doble nexo: el primero entre el hecho y la persona, el segundo entre el grado de culpabilidad y la intensidad de la reacción estatal. (Binder, 2004, p. 252).

En definitiva, entendemos que el principio de culpabilidad solo tiene carácter constitutivo para el sí de la pena (en el sentido de que no cabe pena alguna sin culpabilidad), pero como medida de la pena adquiere solamente una

función de limitación. Junto a ello, del carácter constitutivo del injusto se sigue que solo es legítimo manejar un concepto de “culpabilidad por el hecho”, mientras que otros conceptos como la “culpabilidad por la conducción de la vida, la disposición o el carácter”, han de ser rechazados, y ello no solo por este motivo, sino, además, por el argumento principal de la culpabilidad presupone injusto, y el derecho ni prohíbe ni ordena un determinado carácter, o una determinada conducción de la vida. (Crispe, 2008, p.p. 66 y 67).

Como consecuencia de este principio encontramos al principio de imputación personal con el cual “se impide castigar con una pena al autor de un hecho antijurídico que no alcance unas determinadas condiciones psíquicas que permitan su acceso normal a la prohibición infringida, se añade asimismo aquí, que el hecho punible debe pertenecer al autor no solo material y subjetivamente sino también como un producto de una racionalidad normal que permita verlo como una obra de un ser eficientemente responsable”.

e. Fin Preventivo

Dentro de los fines del Derecho Penal como un instrumento de control, tiene adscrita una fundamental misión social, que, a decir de Jescheck (1981, p. 3), comprende: la protección de la sociedad; una función represiva y preventiva; y, protección de bienes jurídicos y protección de los valores ético-sociales de la acción.

Análogamente, el artículo I, del Título Preliminar del

Código Penal, asigna a nuestra normatividad punitiva, la función fundamental de prevenir delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad. Protección de la sociedad Como misión atribuida por el Estado, corresponde al Derecho Penal proteger la convivencia humana en sociedad.

Dado que el orden social no puede asegurar por sí solo la convivencia humana en la comunidad, requiere completarse, perfeccionarse y reforzarse por medio del orden jurídico. Así, el Derecho Penal asegura la inquebrantabilidad del orden jurídico por medio de la coerción estatal.

También el Derecho civil y el público prevén la posibilidad de aplicación de un tipo de coacción, pero la amenaza de coerción propia (la pena) y su realización, pertenecen al núcleo mismo del Derecho Penal. Tal es así, que, si el Derecho Penal dejara de poder garantizar la seguridad y el orden, aparecería el caos y la venganza privada.

El poder punitivo del Estado no puede ser utilizado de cualquier forma y medida para proteger la convivencia humana en la sociedad. El Derecho Penal debe, ciertamente, contribuir a superar el caos en el mundo y a contener la arbitrariedad de los hombres por medio de una consciente limitación de su libertad; pero sólo puede hacerlo de forma compatible con el nivel cultural general de la Nación.

El Derecho Penal sólo puede asegurar la protección de la

sociedad garantizando la paz pública, respetando la libertad de actuación del individuo, a la vez que defendiéndola de la violencia ilegítima, y actuando con arreglo al principio de justicia distributiva (iustitia distributiva) en caso de infracciones importantes (Jescheck 1981, p.5).

El Derecho Penal tiene una función represiva en tanto interviene para reprimir o sancionar el delito ya cometido. Pero esta función represiva va acompañada de una función preventiva, pues con el castigo del delito se pretende, al mismo tiempo, impedir también que en el futuro se cometa por otros o por el mismo delincuente. Las carencias propias de nuestro sistema penal, la crisis de valores, la ausencia de un Derecho Penal específico para jóvenes delincuentes y la antitécnica y facilista costumbre de sobrecriminalizar conductas, propiciando la agravación indiscriminada de la pena como prácticamente única respuesta al fenómeno delincuencial, se constituyen en los obstáculos principales de nuestro Derecho para llevar a cabo una buena función preventiva.

3.3.2.6. Principio de Proporcionalidad

Por proporcionalidad, no debe entenderse simplistamente, que la pena debe ser estrictamente fijada según la entidad del daño causado a la víctima o de acuerdo con el grado de culpabilidad (que en esta acepción se refiere al principio de proporcionalidad en la aplicación de la pena).

El principio va más allá, pues exige acomodación del

Derecho penal (en lo sustancial y en lo procesal) a las finalidades del Estado en que se desenvuelve, es decir, que aquél debe seguir los lineamientos establecidos en la Constitución, especialmente en cuanto a los objetivos que se buscan según el tipo de poder plasmado en el ordenamiento jurídico (proporcionalidad en concreto).

En sustancia conduce a que la aplicación del Derecho penal, se asiente sobre la base del respeto al libre ejercicio de los derechos esenciales. Trátase, en pocas palabras, de hacer coincidir las decisiones tomadas en materia penal, con las finalidades previstas en la Carta Suprema, pues no se puede concebir una medida, por ejemplo, un auto de detención, que no persiga los mismos fines que pretende la Constitución.

Por ello con razón escribe Silvia Barona Vilar: "El principio de proporcionalidad tiene la tarea de conseguir una solución del conflicto entre el derecho a la libertad personal del individuo y las necesidades ineludibles de una persecución penal eficaz..."

a. Idoneidad

También llamado subprincipio de adecuación. Este juicio tiene una doble exigencia. En primer lugar, requiere que la medida o acto restrictivo de un derecho constitucional tenga un fin; y en segundo lugar exige que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin.

No se trata de una medida que carezca de finalidad, sino

que previéndola la medida adoptada para su consecución se muestra ineficaz: con penas tan benévolas no se iba a lograr persuadir a las personas para que no cometiesen actos terroristas. No cualquier finalidad sirve para legitimar un acto que restringe derechos fundamentales. El fin que ha de perseguir la medida (legislativa o no) debe tener al menos las dos siguientes características: debe ser constitucionalmente permitido y socialmente relevante.

De la misma manera, cuando se enjuicie la idoneidad de la medida para alcanzar el fin, el juicio debe ser realizado siempre en el presente, de modo que puede ocurrir que una medida que en su origen fue no idónea, con el tiempo y el cambio de circunstancias puede haber devenido en idónea y viceversa.

Debe tenerse siempre en cuenta que lo que exige este primer juicio o subprincipio de idoneidad es que la medida elegida como medio para alcanzar el fin no resulte desde todo punto de vista absolutamente incapaz para conseguir la finalidad que se persigue. De manera que, por ínfima que sea la restricción de un derecho fundamental, si tal restricción es manifiestamente inútil, será una medida desproporcionada por no idónea e irrazonable.

En cualquier caso, y dado que se presume la constitucionalidad o legalidad de las actuaciones estatales, en caso de duda se ha de estar por la idoneidad de la medida. El Tribunal Constitucional peruano en más de una oportunidad ha aplicado el juicio de idoneidad para determinar la proporcionalidad de una medida.

b) Necesidad

Si la medida que afecta un derecho fundamental ha superado el juicio de idoneidad no por ello es necesariamente una medida que se ajuste al principio de proporcionalidad, sino que ha de superar –como siguiente paso– el juicio de necesidad. Este juicio, también llamado juicio de indispensabilidad, consiste en examinar si la medida que se evalúa es la menos restrictiva del derecho fundamental afectado que otras medidas igualmente eficaces. Definido así el juicio de necesidad, es claro que presupone el juicio de eficacia, en cuanto que el juicio de necesidad sólo se realiza entre medidas igualmente eficaces para el logro de la finalidad que se persigue. Por ello se afirma que el juicio de necesidad es un juicio plurilateral pues exige un juicio con respecto al fin que se persigue y con respecto a otras posibles medidas igualmente eficaces.

En tanto se trata de evaluar si el legislador o el agente que dispone o ejecuta la medida restrictiva de derechos, tuvo o no a su alcance la posibilidad de decretar otra medida igualmente eficaz para la consecución del fin pero menos gravosa o restringente de los derechos fundamentales, se puede plantear la objeción de si realmente el órgano judicial – y eventualmente el Tribunal Constitucional– está constitucionalmente habilitado para evaluar la necesidad de la medida que se enjuicia, pues en definitiva el legislador o el ejecutivo –como en los casos de regímenes de excepción– tienen un amplio margen de

constitucionalidad dentro del cual pueden tomar una u otra decisión, decisión en la que – indefectiblemente– entran a tallar consideraciones políticas que –en principio y para eficacia de la misma medida– no deberían ser enjuiciadas por el órgano judicial.

Sin embargo, a esta objeción debería responderse afirmando la ya no tan reciente doctrina de la doble dimensión de los derechos fundamentales. Con base en esta doctrina, se reconoce que los derechos fundamentales tienen atribuida una dimensión objetiva por la que debido a la especial significación de los derechos fundamentales al interior de un orden estatal, social y jurídico el poder del estado se compromete a su especial protección y promoción de las condiciones para que el ejercicio de los derechos sea el más amplio y eficaz posible.

Esta significación objetiva de los derechos fundamentales obliga por sí misma a que el poder político cuando tenga que adoptar una medida, adopte la que menos dañe a esos elementos estructurales esenciales para la vida en comunidad que son los derechos fundamentales. Por eso es que se puede leer en el artículo 44 de la Constitución Política del Perú, que un deber esencial del Estado peruano es la promoción de los derechos humanos, fundamentales o constitucionales. Si el deber estatal es promocionar y favorecer lo más posible la vigencia plena de los derechos fundamentales, entonces no hay otra opción que exigirle que cuando se trate de afectar derechos fundamentales, se decida por la medida

igualmente eficaz para el logro del fin, pero la menos restrictiva de derechos.

Y al Tribunal Constitucional y al juez cuando conoce de cuestiones constitucionales, se le debe exigir aplicar en primer lugar el texto constitucional (artículo 51 CP), como el citado artículo 44 CP en general y, en particular, del precepto constitucional que recoja el derecho fundamental afectado por la medida en el caso concreto. De lo contrario, incluso, se estaría contradiciendo el principio de normatividad que debe animar la vigencia y aplicación de la norma constitucional.

El juicio de necesidad, por otra parte, es plenamente reconocido y aplicado en jurisdicciones constitucionales como la española y la peruana. En efecto, el Tribunal Constitucional español apela a este juicio de necesidad cuando se trata de aplicar el principio de proporcionalidad en la determinación de la constitucionalidad o no de una medida.

c) Ponderación o Proporcionalidad propiamente dicha

Si la medida que afecta el derecho fundamental supera el juicio de idoneidad y el juicio de necesidad, no significa con ello que se esté delante de una medida proporcional. Esa medida debe aprobar un juicio más, el llamado juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Este juicio exige que la medida cuestionada guarde una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar.

Generalmente se admite que se está frente a una relación razonable cuando existe un equilibrio entre las ventajas o beneficios y entre las desventajas o los costos de adoptar la medida enjuiciada. Definida así la relación razonable debe llegarse a admitir que a mayor beneficio se permitirá un mayor costo. Es decir, este juicio permitirá concluir que una medida es razonable si se produce una restricción del derecho fundamental en un grado similar al grado de beneficio que se obtiene con la consecución de la finalidad. Esta concepción “costos–beneficios” que definiría la relación razonable es acogida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

Luego de afirmar que para que una medida sea proporcional debe cumplir el juicio de idoneidad y de necesidad, ha establecido que la medida será proporcional “si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”. De igual forma, esta concepción suele estar presente en el razonamiento del Tribunal Constitucional peruano. Así, por ejemplo, tiene dicho este Tribunal de la Constitución que “la esencia de la igualdad consiste no en impedir diferenciaciones, sino en evitar que estas carezcan de justificación objetivamente razonable, y se respete una proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”.

d) Pena efectiva por delitos de violencia familiar psicológica

El 29 de diciembre del 2017 se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley N° 30710, que modificó el artículo 57 del Código Penal. Esta modificación prohíbe la suspensión de la pena privativa de libertad en los delitos de agresión en contra de la mujer o de integrantes del grupo familiar (artículo 122-B del Código Penal) y lesiones leves por violencia familiar (art. 122 del Código Penal). De esta forma, el legislador de forma imperativa obliga al juzgador a condenar con una pena de carácter efectiva, lo que significa que a misma será cumplida obligatoriamente en el interior de un establecimiento penitenciario.

Al materializarse el delito de agresión en contra de la mujer o de integrantes del grupo familiar, cuya pena privativa de libertad en forma agravada es no menor de 2 ni mayor de 3 años, se advierte que la afectación al bien jurídico protegido (integridad personal) resulta siendo mínima, no existiendo correspondencia para que la sanción penal tenga efectos severos como su carácter efectivo.

La prohibición de la suspensión de la pena privativa de libertad no tiene correspondencia con el daño causado, originándose una pena en prisión por un delito leve y por un corto plazo, con lo que se vulnera el principio de proporcionalidad, regulado en el artículo VIII del Código Penal, así como, el principio de humanidad de las penas.

Al trasgredir el principio de proporcionalidad e imponerse una pena efectiva en un delito que no reviste gravedad se

afecta también el principio de resocialización. Así, la norma en comento obliga la efectividad de la pena, incluso en caso de reos primarios, no permitiendo otras formas

3.3.2.7. Principio de Humanidad

También llamado principio de proscripción de la crueldad se le ha considerado en la actualidad como el pensamiento central de la ejecución penal y uno de los límites primordiales en un Estado democrático. Según los postulados de este principio se rechaza por cruel toda sanción penal que resulte brutal en sus consecuencias para el sujeto. Se debe buscar una pena humanitaria en el sentido que se ejecute sin crueldad ni sufrimientos innecesarios para el penado. tomando en cuenta los lineamientos de los Derechos Humanos.

Contemporáneamente este principio conduce a la obligatoriedad del respeto a la persona humana y a la necesidad de disminuir cada vez más la presión individual y social constituida por la pena. De allí la preponderancia del principio de mínima intervención y la urgencia de descriminalizar, despenalizar, desprisionizar, etc. El principio de humanidad se refleja principalmente en el sistema de ejecución de penas privativas de libertad. La consideración del penado como miembro de la sociedad exige que sea tratado como persona y no como simple objeto, respetando su dignidad, procurando su reeducación, si ello es necesario, ayudando a su reinserción social y prohibiendo los trabajos forzados y cualquier tipo de malos tratos de palabra u obra hacia su

persona. Como efecto de ello, las cárceles tienen que garantizar condiciones de humanidad mínimas, como lo exige contemporáneamente las Naciones Unidas en sus Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos.

3.4. Teorías de la Pena

3.4.1. Teoría de la retribución según CLAUS ROXIN

Esta teoría sostiene que el sentido de la pena estriba en que la culpabilidad del autor debe ser compensada mediante la pena. La idea de justicia está dada por la necesidad de la pena.

El retribucionismo, no es aceptado (“expresamente”), en razón de los siguientes cuestionamientos:

1. - Presupone la pena, pero no la fundamenta.
2. – No puede medir la culpabilidad.
3. – No se puede compensar un mal con otro mal (la pena).

3.4.2. Teoría de la prevención general (negativa) según CLAUS ROXIN

Esta teoría considera que el sentido y fin de la pena, está dado por sus efectos intimidatorios sobre la sociedad (amenaza de pena). Se le encuentran 3 argumentos en contra:

1º Queda sin resolver, frente a qué comportamientos tiene el Estado la facultad de intimidar. Se le objeta, además, que el punto de partida preventivo – general tiene en general tendencia al terror estatal. Pues quien quiere intimidar, tendrá

a reforzar en efecto castigando tan duramente como sea posible”. Por ejemplo, en la guerra que se castigo con pena capital a delitos insignificantes. Por eso, se afirma que esta teoría necesita un límite que no se desprende de su punto de partida teórico.

2º En muchos grupos de delitos y delincuentes no se ha podido probar hasta ahora el efecto de prevención general de la pena. Por ejemplo: un delincuente profesional e impulsivo “En resumidas cuentas, cada delito es ya, por el hecho de existir, una prueba en contra de la eficacia de la prevención general”.

3º ¿Cómo puede justificarse el que se castigue al individuo no en consideración a él mismo, sino en consideración a otras?

3.4.3. Prevención especial (negativa) según Claus Roxin

La pena debe prevenir la comisión de nuevos delitos por parte del autor, mediante de 3 maneras:

- 1) Corrigiendo al corregible, osea resocializándolo;
- 2) Intimidando al que todavía es intimidable; y,
- 3) Haciendo Inofensivo mediante la pena de privación de libertad a los que ni son corregibles ni intimidables.

Esta teoría presenta 3 objeciones:

1ra. Esta teoría “tampoco posibilita una delimitación del ius puniendi; en cuanto a su contenido”. Pues, no es sólo que todos somos culpables sino que además todos necesitamos

corregirnos”. A este punto de partida el autor lo considera demasiado amplio, pues pese a incluir a los inadaptados, también se correría el riesgo de poder incluir a los enemigos políticos.

2da. Aún en los delitos más graves, no tendría que imponerse la pena si no existe peligro de “repetición”. Por ejemplo: el de los asesinos del campo de concentración. De esto no se pretende extraer la impunidad como consecuencia, pero la Pena especial “no puede dar la obligada fundamentación de la necesidad de la pena en estas cosas”.

3ra. La mayoría de la gente considera como algo evidente el que se reprima violentamente lo distinto o lo discrepante. Pero en qué medida existe en un Estado de Derecho una facultad para esto, es el verdadero problema, que de antemano no puede resolver la concepción preventiva – especial, porque cae fuera de su campo visual”. O sea, necesita de fundamentación jurídica a partir de otras consideraciones.

3.4.4. Teorías Eclécticas

Las teorías eclécticas son una especie de resolución del conflicto entre las teorías Preventiva General, Retribucionistas y Preventivas Especiales. Con esto se llegó a que el punto de partida de la pena ya no pertenecía a la teoría retributiva, sino se dio para la teoría preventivista, pasando la teoría retributiva a ser un límite de la Pena General, además de otros correctivos que se dieron a partir del principio de proporcionalidad y culpabilidad. (Reyna, 2011a, p. 39)

Pero, esto no salva “las autonomías de los fines de la pena”, pues lo que resulta favorable para la Pena General puede ser desfavorable para los límites: proporcionalidad y culpabilidad. Ello supone conflictos tanto en el momento de la conminación penal por parte de la ley, como en las fases de determinación judicial y determinación penitenciaria de la pena. (Reyna, 2011b, p. 52)

Así para evitar esto se plantea la Prevención General Positiva, cuya definición se ha favorecido por la crisis de la resocialización (reincidencia). Así la Pena Especial ya no podía ser fundamento del Derecho Penal, pero sí puede seguir influenciando a éste. La pena general positiva a diferencia de la pena general intimidatoria “no busca intimidar al posible delincuente, sino afirmar por medio de la pena “la conciencia social de la norma (confirmar la vigencia de la norma)”. Con esto la pena se dirige a los ciudadanos y no solo a delincuentes. Además, se pretende superar las autonomías entre Pena y Retribución. “Así, la confirmación de la vigencia de la norma requiere que se imponga una pena proporcionada cuando se infrinjan las normas jurídicas fundamentales”.

Según el profesor Santiago Mir, hay dos tendencias de la prevención general:

1.- Fundamentadora: Parte del Derecho Penal tiene “la misión de conformación de valores morales en la colectividad. Para Welzel (2006) citado por Cobo (2006), la Protección de Bienes Jurídicos es la finalidad negativa de la Prevención General y por el contrario, la finalidad positiva de la Pena General es de naturaleza ético–social. “Según estos, el

Derecho Penal no ha de limitarse a evitar determinadas conductas dañosas o peligrosas, sino que ha de perseguir, ante todo, algo más ambicioso y de mayor alcance: influir en la conciencia ético – social del ciudadano, en su actitud interna frente al Derecho” (p. 138), esto es la misión de ampliación. Además, la función ético-social “persigue prevenir la destrucción o puesta en peligro de la conciencia ético – social y la actitud jurídica de los ciudadanos”, lo cual complementariamente Welzel considera como “la mejor forma de prevenir a largo plazo la lesión de los bienes jurídicos”.

Esta concepción de prevención general es asumida por Hassemer y Armin Kauffman (2008) quien dice: sobre la función ético – social como aspecto de la Pena General Positiva y la caracteriza como “socialización dirigida a una actitud fiel al Derecho” que tiene 3 componentes: a.- Informativa (lo que ésta prohibido), b.- confianza en el orden jurídico, y c.-) de creación y fortalecimiento de actitud interna de fidelidad al Derecho. (p. 251)

Para Jakobs(2016), citado por Cobo (2006a): La única meta que corresponde al Derecho Penal “es garantizar la función orientadora de las normas jurídicas”. (p.24) Así coincide con Welzel (2006), citado por Cobo (2006b) en cuanto se refiere al mantenimiento de la fidelidad al Derecho en la colectividad pero rechaza que con ello, se proteja valores de acción o Bienes Jurídicos. “La pena no persigue impresionar al penado ni a terceros para que se abstengan de cometer delitos. Trata solo de “ejercitar la confianza a la norma” a la colectividad para que todos sepan cuáles son sus expectativas, de “ejercitar en la fidelidad al Derecho” (p.98), y de “ejercitar en la

aceptación de las consecuencias” en caso de infracción. Estos tres efectos se resumen en el de “ejercitar el reconocimiento de la norma”.

2. - Limitadora

La función de la pena es la prevención general positiva, que no opera mediante la intimidación, sino que persigue la protección efectiva de la conciencia social de la norma. Ello supone dos límites: Proporcionalidad (por la retribución por el hecho), y Resocialización (por la pena al delincuente) entendida como ayuda.

3.4. El consentimiento de la víctima en los delitos de violencia familiar psicológica

La doctrina nacional ha señalado en cuanto el consentimiento de la mujer en los delitos de violencia intrafamiliar no es un tema de fácil resolución, puesto que la ley no establece qué valor se le otorga al que es válidamente otorgado por ésta. Es decir, no es posible conocer si el consentimiento válidamente otorgado por la mujer agredida, podría constituir causal de atipicidad o de justificación.

El punto no deja de ser trascendente, especialmente porque el Estado es el primer garante de los derechos humanos. Así lo establece la Constitución Política del Perú, en el artículo 1: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad”

En este sentido, el Estado debe respetar las decisiones que las

personas adultas toman, puesto que es su deber hacerlo, por lo tanto, debiera respetar también, la decisión de una mujer adulta que, voluntariamente, consiente en que su pareja vuelva a vivir con ella y, por lo tanto, quien va a consentir en la afectación de un interés suyo y no del Estado, es la mujer agredida, en consecuencia, es perfectamente legítimo que lo haga sin la intervención de éste.

Cuando el Estado advierte en alguna persona una incapacidad para conducirse y desarrollarse normalmente, establece mecanismos legales que le permiten otorgarle protección. Por lo tanto, en esos casos, está bien que el Estado intervenga derechamente en la voluntad de incapaces o menores de edad. Sin embargo, cuando se trata de una persona adulta, que es capaz de manifestar su voluntad libremente, como en los casos que estamos viendo, porque ese es el supuesto sobre el cual se plantea la pregunta, creemos que el Estado no tiene explicación alguna para justificar su decisión de imponer, obligatoriamente, a una mujer, que quiere volver a estar con su pareja, permanecer alejada de ella.

3.6. Alternativas no penales para solucionar el conflicto

La Ley N° 30364- Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del Grupo Familiar, lleva a la fecha dos años de aplicación y con el transcurso del tiempo se ha podido observar que la violencia no disminuye, sino que aumenta, aún, cuando se le ha dado una solución penal al problema, siendo en la actualidad uno de los delitos que más se cometen en el Perú, impactando significativamente las cargas de trabajo de los distintos operadores del sistema penal.

Debido a que en la mayoría de las causas por violencia familiar el Juez de Familia, Mixto o que haga de sus veces, señala como medidas de protección, o como sanción accesoria, la prohibición del imputado de acercarse a la víctima, frecuentemente se ha presentado el caso que, transcurrido unos días o semanas, es la propia víctima quien, reconciliándose con el imputado, invita a éste a convivir nuevamente juntos, o bien voluntariamente decide reiniciar la convivencia en común con el imputado.

Entonces, producido un nuevo conflicto o desavenencia entre víctima e imputado, por mínimo que sea, y aun cuando no existan actos constitutivos de violencia familiar, se genera una nueva denuncia, esta vez, por el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad, además, constituiría un nuevo hecho de violencia familiar, hecho que aumenta la carga del sistema penal, innecesariamente, puesto que, nuevamente, después de algunos días y meses, víctima y victimario vuelven a vivir juntos.

Aun cuando el Estado debe hacer frente a esta problemática social, es necesario considerar los efectos que genera la intervención penal para abordar éste flagelo social: aumenta la carga de trabajo de los operadores del sistema penal, al ingresar causas que tratan de los mismos intervinientes, dentro de los cuales influye sustancialmente la voluntad de la víctima y, por otra parte, la nula repercusión que tienen las medidas referidas en la disminución de este tipo de delitos, los que por el contrario, se agravan y aumentan. Además, no se puede dejar de considerar que cada vez que un Juzgado de Familia o Mixto medidas de protección o una sanción accesoria en una causa por violencia intrafamiliar (por ejemplo, retiro del hogar al

agresor), es el Estado quien impone a la víctima, ahora, una prohibición de estar con una persona y por lo tanto, la mujer pasa, de la sumisión en la que vivía con el victimario, a la obligación que ahora le impone el Estado, de no poder vivir con la persona con quien desea estar.

Además, sería interesante considerar, más que medidas represivas en relación a los delitos de violencia familiar, medidas preventivas y buscar alternativas de carácter civil que permitieran una solución real a la problemática de la violencia familiar. Es decir, analizar si se cumple con el principio de mínima intervención del derecho penal.

CAPÍTULO IV

La tutela procesal efectiva y la violencia familiar psicológica

4.1. Aproximación a la Garantía Constitucional de la Tutela Procesal Efectiva

4.1.1. Definición

Según Gonzales (2001a), es el derecho que tiene toda persona a que se le “haga justicia”, derecho a que, cuando pretenda algo de otra, tal pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas. (p.33). Se configura, pues, como un derecho subjetivo atribuido a la persona y dirigido hacia el Estado con el objeto que éste asuma la prestación jurisdiccional, consistente en una decisión sobre aquello que le es sometido a su conocimiento.

El Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente: “(...) la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder- deber de la jurisdicción” (STC N° 08123-2005-HC/TC, fj. 6 Caso Nelson Jacob Gurman)

Tal como afirma Gonzales (2001b), estamos ante un derecho que es inherente al ser humano y que forma parte del plexo de los derechos fundamentales, con la particularidad que se hace valer o se dirige ante el Estado para que éste despliegue la actividad necesaria conducente a su satisfacción, mediante la prestación jurisdiccional. La organización del poder público, de tal modo que pueda garantizar la justicia le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el derecho positivo no puede desconocer. (p.25).

De Bernardis (1985) define la tutela jurisdiccional efectiva como “la manifestación constitucional de un conjunto de instituciones de origen eminentemente procesal, cuyo propósito consiste en cautelar el libre, real e irrestricto acceso de todos los justiciables a la prestación jurisdiccional a cargo del Estado, a través de un debido proceso que revista los elementos necesarios para hacer posible la eficacia del derecho contenido en las normas jurídicas vigentes o la creación de nuevas situaciones jurídicas, que culmine con una resolución final ajustada a derecho y con un contenido mínimo de justicia, susceptible de ser ejecutada coercitivamente y que permita la consecución de los valores fundamentales sobre los que se cimienta el orden jurídico en su integridad”. (p. 245)

Nuestra Constitución Política peruana de 1993, acorde con lo expuesto, consagra la “tutela jurisdiccional” en el capítulo referente al Poder Judicial, en su artículo 139 inciso 3), al establecer: “Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.”

Germán Bidart Campos (1961) refiere que “personalmente utiliza y de manera frecuente, la denominación nueva del clásico y viejo derecho a la jurisdicción, no porque antes dejáramos de asignarle a éste el contenido amplio que se tiende desde el acceso a la justicia hasta la sentencia última, sino porque se expresa mejor en una fórmula clarísima cuál es

el sentido que debemos atribuir a la jurisdicción, a la acción, al proceso en todas sus etapas, a su duración, y a la decisión que le pone término” (p.65)

El derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional no constituye en modo alguno una conquista del Estado Social de Derecho, ni siquiera del estado de Derecho. La organización del poder público de modo que quede garantizada la justicia le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer. El derecho a la justicia existe con independencia a que figure en las Declaraciones de Derechos Humanos y Pactos Internacionales, Constituciones y leyes de cada Estado. Como los demás derechos humanos es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres. Los ordenamientos positivos se limitan a recogerle, como recogen otros principios del Derecho Natural, al lado de los principios políticos y tradicionales. (Gonzales, 1984. P. 22.)

Es un derecho constitucional reconocido para la efectividad de los intereses y derechos subjetivos. Es un derecho público porque se hace valer ante el Estado, representado por los órganos dotados de potestad jurisdiccional. Su existencia no puede ser desconocida. Existe aun cuando no estuviera comprendido expresamente en la Declaraciones de Derechos humanos, Constitucionales y leyes de cada Estado.

Su existencia es anterior a la ley, preexiste a ella, por lo que el estado únicamente lo reconoce, debiendo crear los mecanismos jurídicos adecuados con el fin de atender a la prestación del servicio de justicia que formule la población.

Es de precisar, como señala Aparicio (1989) que los derechos

al debido proceso constituyen la base sobre la que se asienta la tutela judicial y no judicial. En tal entendido se puede señalar que, en nuestro sistema constitucional se encuentran consagradas enunciativamente las garantías de un proceso litigioso, en función de lo cual toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional (p. 71).

4.1.2. Manifestaciones del Derecho a la Tutela Procesal Efectiva

4.1.2.1. Juez natural.-

Es una garantía de independencia e imparcialidad del juez frente a los demás poderes públicos, de conformidad con el Art. 139º, incisos 1 y 2, de los cuales se desprende:

a. Unidad judicial.-

García (1998) señala que supone la incorporación del juez en el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional salvo excepciones como la jurisdicción militar, comunal y el arbitraje; pero sometidos en última instancia a la justicia ordinaria y constitucional. Dada la excepcionalidad de dicha jurisdicción sus competencias y resoluciones deben interpretarse restrictivamente, en función del respeto a los derechos fundamentales (P. 543-461)

b. Carácter judicial ordinario.-

No se pueden crear tribunales ni juzgados de excepción ni parajudiciales. En esa medida los tribunales administrativos del Poder Ejecutivo no pueden resolver

afectando derechos constitucionales, sino, por el contrario, prefiriéndolos incluso antes que a la ley.

c. Predeterminación legal del órgano judicial.-

La creación previa de cualquier órgano jurisdiccional debe darse en base a la ley del Congreso. No cabe su creación por un acto administrativo del Poder Ejecutivo. Asimismo, la ley debe establecer la competencia, jurisdicción e investidura del juez o tribunal. En consecuencia, el derecho al juez natural se expresa no tanto en el juez competente o del lugar, sino como aquel juez ordinario legalmente predeterminado por la ley. Porque, en última instancia del juez natural se infiere el derecho a un juez imparcial.

4.1.2.2. Acceso a la jurisdicción.-

Es el derecho de poder ocurrir ante los jueces y tribunales, para obtener de ellos una sentencia o mandamiento judicial (González, 1985, p. 61)

Thompson (2000) entiende el “acceso a la justicia” como la posibilidad de toda persona – independiente de su condición económica o de otra naturaleza – de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos de acuerdo al ordenamiento de cada país, y de obtener atención a sus necesidades de determinación externa de situaciones jurídicas (p. 25)

El acceso efectivo a la justicia, según Capelletti y Garth (1996), se puede considerar, entonces, como el requisito más básico – el derecho humano más

fundamental – en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solo proclamar el derecho de todos (p. 13)

Shiappa Pietra (1985) entiende acceso a la justicia como un conjunto de atribuciones que asisten a toda persona, sin distinción de ninguna índole, para contar con asesoría legal, con asistencia letrada durante todo el curso del proceso judicial, alter judicial o administrativo del que sea parte o en el que tenga legítimo interés, y, en general con todos los recursos necesarios para lograr una efectiva tutela judicial, alter judicial o administrativa, de sus derechos, y una defensa justa (p. 407)

4.1.2.3. Derecho a la instancia plural.-

Aquí radica el derecho a recurrir razonablemente de las resoluciones judiciales, ante instancias superiores de revisión final; para lo cual, se ha consagrado la pluralidad de instancias, en el artículo 139º-6 de la Constitución; así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional es la instancia de fallo final de las resoluciones denegatorias de las garantías constitucionales, según el artículo 202º-2. d. Principio de igualdad procesal.- En virtud del cual en todo proceso se debe garantizar la paridad de condiciones y oportunidades; entre las partes, los abogados, el fiscal, el abogado de oficio, en función del derecho fundamental a la igualdad ante la ley, del artículo 2º-2 de la Constitución. (BIDART, 1985, P. 407)

4.1.2.4. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Rubio Llorente (1995) señala que se trata de administrar justicia oportuna dentro de un plazo razonable. Si bien este es un típico concepto jurídico indeterminado: lo razonable será establecido por el juez en base a la ley, considerando el tipo de proceso en curso. En efecto, el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe apreciarse considerando las circunstancias de la causa, la complejidad del asunto, la conducta de los reclamantes y de las autoridades, así como las consecuencias de la demora (p. 327)

4.1.2.5. Deber judicial de producción de pruebas.-

Rubio Llorente (1995) señala que el juez en base a su libertad razonable puede admitir o negar un medio de prueba propuesto; la denegatoria irrazonable de la aportación de prueba supone una violación a la tutela jurisdiccional. En todo caso, el juez debe extremar sus cuidados para obtener las pruebas pertinentes, diligenciarlas y darles su mérito probatorio en la sentencia (P. 348).

4.2. El debido Proceso

Tal como ha sido señalado Picó (2004), lo relevante no es buscar el origen histórico de una determinada institución y de ahí atacarla, sino analizar si dicha institución es o no válida para lograr la mejor justicia sin sacrificar ninguna garantía procesal. O si se quiere, examinar si las instituciones presuntamente autoritarias o de origen fascista, vulneran alguna garantía procesal. Sólo en este caso deberemos optar por el garantismo. De lo contrario, entre dos opciones igualmente válidas y

garantes, deberemos optar por aquella que permita la más justa decisión del caso concreto, pues así se alcanzará la mayor eficacia posible del sistema procesal (p. 253).

4.2.1. Antecedentes del debido proceso

Los antecedentes de la garantía del debido proceso se remontan a la carta magna de 1215, en la que el rey Juan Sin Tierra, otorga a los nobles ingleses entre otras garantías la del *due process of law*, consignada en la cláusula 48 de ese documento que disponía que “ningún hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión, ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus partes, según la ley del país” (Ticona, 1999, p. 63)

De la lectura de la Carta Magna del rey Juan Sin Tierra, se aprecia que el debido proceso se consagra incluso para proteger la libertad de la persona humana antes de iniciado el proceso judicial propiamente dicho, presentándose la detención y la prisión como excepciones a la libertad, las mismas que se concretizan previo al juicio.

Desde el reconocimiento del debido proceso legal “*due process of law*” el estado monárquico inglés asumió el deber y el compromiso que, al momento de restringir las libertades personales, el derecho de propiedad, la posesión, o cualquier otro bien perteneciente “solo a los nobles” deberían respetar las garantías previstas en la carta magna que en ese entonces se expresaban en el derecho a un juicio previo legal y a ser tratado con igualdad, es decir, sin discriminaciones.

Entonces es menester señalar que el debido proceso tiene su

origen en el *due process of law* anglosajón, se descompone en: el debido proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales y, el debido proceso adjetivo, referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales. Su incorporación al constitucionalismo latinoamericano ha matizado sus raíces, señalando que el debido proceso sustantivo se refiere a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables; mientras que el debido proceso adjetivo alude al cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y de procedimiento, para llegar a una solución judicial mediante la sentencia. (Saguez, 1993, p. 328)

Además se debe señalar que el debido proceso no está sistematizado dentro de la teoría general del proceso “ sin embargo esta garantía pertenece básicamente al ámbito del derecho procesal, al derecho judicial, más concretamente al rubro de la ciencia procesal, que con el desarrollo histórico y científico de la teoría general del proceso han visto positivizado en el texto normativo de la constitución, diversos principios y postulados esencialmente procesales sin los cuales no se pueden entender un proceso judicial justo y eficaz”. (Quiroga, 2003, p. 37)

En un Estado de Derecho no puede tolerarse el ejercicio arbitrario del poder. Así lo entiende también el Tribunal Constitucional, el cual nos muestra opciones como el derecho al debido proceso sustantivo para exigir la razonabilidad de toda actuación, sea administrativa, judicial, legislativa o de otra índole.

4.2.2. Definición de debido proceso

Bandrés (1989) refiere que el debido proceso ha sido definido, en términos muy generales por la doctrina comparada como aquel derecho fundamental que garantiza al ciudadano que su causa sea oída por un tribunal imparcial y a través de un proceso equitativo; derecho al debido proceso que agrupa y se desdobra en un haz de derechos filiales reconocidos a la vez todo ellos como derechos fundamentales y que incluye entre otros principios y garantías (p. 169).

Por ello el debido proceso es un derecho humanitario abierto de naturaleza procesal y alcances generales que busca resolver de forma justa las controversias que se presentan ante las autoridades judiciales. Es decir, se considera un derecho “*continente*” pues comprende una serie de garantías formales y materiales (Landa, 2012, p.16), y que al interior del cual existen ciertos números de derechos fundamentales que aseguran el reconocimiento y plenitud de un sujeto de derecho, dentro de un procedimiento o proceso (Monroy, 2005, p. 496)

Así como señala el TC, en la Sentencia del 27 de noviembre del 2005, recaída en el Expediente N° 0023-2005-PI/TC, fundamento jurídico 42:

[...] el debido proceso tiene un contenido complejo pues no solo se encuentra conformado por las garantías reconocidas expresamente en las normas jurídicas, sino también por aquellas que se deriven del principio–derecho de dignidad de la persona humana y que resulten esenciales para que el

proceso pueda cumplir con su finalidad [...]

Asimismo, por su parte la doctrina y la jurisprudencia nacionales han convenido en que el debido proceso es un derecho fundamental de toda persona -peruana o extranjera, natural o jurídica- y no sólo un principio o derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional. En esa medida, el debido proceso comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona y, es un derecho objetivo en tanto asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia (Bustamante, 2005, p. 236).

El debido proceso ha sido definido, en términos muy generales por la doctrina comparada como aquel derecho fundamental que garantiza al ciudadano que su causa sea oída por un tribunal imparcial y a través de un proceso equitativo; derecho al debido proceso que agrupa y se desdobla en un haz de derechos filiales reconocidos a la vez todo ellos como, derechos fundamentales y que incluye entre otros principios y garantías (Bandrés, 1989, p. 194).

4.2.3. El debido proceso como garantía fundamental

Los Derechos Fundamentales como principio y fin en la defensa de la persona humana deben ser los criterios inspiradores de la interpretación y aplicación jurídica en los Estados Democráticos de Derecho. En la estructura normativa, los Derechos Fundamentales aparecen consagrados en la Constitución cobrando prevalencia sobre los demás derechos adjetivos que complementan la vida en

sociedad del hombre.

Así, derechos fundamentales como el derecho a la dignidad, a la vida, a la integridad personal, libertad, debido proceso, libertad de pensamiento, participación, intimidad y los derechos económico – sociales son la piedra angular sobre la cual descansa la superestructura jurídica de las democracias. Los derechos fundamentales son la expresión de un ordenamiento libre ya realizado y al mismo tiempo son el presupuesto para que este se reconstruya continuamente a través del ejercicio individual de las libertades por parte de todos

4.2.4. Manifestaciones del debido proceso

4.2.4.1. El debido proceso sustantivo

El debido proceso sustantivo exige, por su parte, que los actos tanto del legislador, del juez y de la administración sean razonables y respetuosos de los derechos fundamentales, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez. En el proceso judicial, ésta labor se posibilita a través del control difuso que realiza el juez, lo que implica que el juzgador puede declarar ineficaz la ley e inaplicarla para un caso concreto. Por ello nos encontraremos con la dimensión sustancial del debido proceso. En este sentido, nuestra jurisprudencia constitucional afirmado que ella se vincula directamente con el principio de razonabilidad y proporcionalidad de los actos del poder, los que determinan la prohibición de cualquier decisión arbitraria, sin importar si esta fue emitida dentro o fuera de un proceso o procedimiento, en resumido el debido proceso sustancial tiene por fin asegurar la razonabilidad de lo decidido en un proceso.

En esta línea Reynaldo Bustamante Alarcón sostiene que: “La dimensión material del debido proceso exige que todos los actos del poder sean normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales, inclusive sean justos, es decir que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionales protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con invalidez” (Bustamante, 2003).

Esto nos demuestra que el debido proceso no solo opera como un instrumento, si no que fundamentalmente es una finalidad. En observancia a esto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 8 consagra los lineamientos generales del debido proceso legal, donde se aplique certeramente los derechos sustantivos y adjetivos.

4.2.4.2. El debido proceso adjetivo o formal

Debido proceso adjetivo o formal alude entonces a toda aquella estructura de principios y derechos que corresponden a las partes durante la secuela de un proceso determinado.

Entiéndase que el debido proceso formal es muy utilizado a nivel de las decisiones, deben aplicarse en todos los órganos estatales o privados (corporaciones de particulares) que ejerzan funciones materialmente jurisdiccionales.

La protección – garantía que brinda este aspecto de debido proceso se manifiesta en el íter procesal, es decir cuando interactúan los actores del proceso. La hetero-composición representa el ultimo estado en los sistemas de resolución de

conflictos, el sometimiento de las partes al juez, quien representa al Estado representa el reconocimiento del poder-deber que tiene este para con ellos, así el debido proceso es el eje sobre el cual gira la hetero-composición.

4.3. Diferencias entre tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso

CÁRDENAS (2013) refiere que un sector de la doctrina estima que ambos derechos son equivalentes o idénticos; empero, otros consideran que entre la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso existe una relación de género a especie, siendo el primero (*tutela jurisdiccional efectiva*) la abstracción, mientras que el debido proceso vendría a ser la manifestación concreta del primero, es decir ubican el derecho al debido proceso dentro de la tutela jurisdiccional efectiva. No obstante ello, hay quienes consideran que será la hermenéutica judicial la que determine el alcance de los mencionados derechos. (Extraído de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/ariojabermudez/2013/05/25/el-debido-proceso-y-la-tutela-jurisdiccional-efectiva/>)

En la Sentencia Constitucional emitida en el Expediente N° 8123-2005-PHC/TC, se ha establecido lo siguiente:

“(...) la tutela judicial efectiva como marco objetivo y el debido proceso como expresión subjetiva y específica, ambos previstos en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú. Mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es

decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos

Monroy (2005) señala que para la doctrina española la tutela jurisdiccional efectiva está contenida en el debido proceso, en cuanto a la jurisprudencia existen dos tendencias: “la primera que considera al debido proceso como aquella garantía integrada por los elementos del Art. 24.2 C.E., que es uno de los elementos de la tutela judicial efectiva, y la segunda que el concepto de debido proceso como sinónimo de tutela judicial sin indefensión, una forma más de referirse al derecho a la jurisdicción (p. 85)

Ante ello señala CARDENAS (2013) es válido concluir que tanto la tutela jurisdiccional efectiva como el debido proceso son derechos fundamentales, inherentes a la dignidad humana y que representan el valor supremo que justifica la existencia del Estado y sus objetivos, constituyendo el fundamento esencial de todos los derechos que con calidad de fundamentales habilita el ordenamiento, sin el cual el Estado adolecería de legitimidad y los derechos carecerían de un adecuado soporte direccional. (Extraído de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/ariojabermudez/2013/05/25/el-debido-proceso-y-la-tutela-jurisdiccional-efectiva/>)

4.4. Derecho de la víctima a la tutela procesal efectiva

VASQUEZ (1997) señala que el derecho a la “tutela judicial efectiva” “comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho de incoar un proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, el derecho a obtener una sentencia de fondo sobre esa cuestión, el derecho a la utilización de los recursos, el derecho a que la sentencia se ejecute.

Por ello, no cabe duda al afirmar que la tutela judicial o procesal efectiva también le corresponde o le es inherente a a quien ha resultado menoscabado, perjudicado o dañado en su derecho a raíz de la comisión de un delito en su agravio: la víctima.

CAFERATA (2008) refiere que el nuevo sistema constitucional, pero sobre todo las interpretaciones de los organismos supranacionales sobre la normativa de derechos humanos incorporada, aportan mucho a esta discusión, aproximándonos paralelamente a nociones de “protección penal” de la víctima, por obra de un “derecho penal protector”.

CAPÍTULO V

ANÁLISIS

Y

DISCUSIÓN

DE

RESULTADOS

5.1. Presentación de Casos

Definido el problema a investigar, formulados los objetivos y propuesta la hipótesis se hace necesario determinar los elementos que se va a llevar a cabo el estudio o investigación, en este caso se analizarán las investigaciones fiscales.

A continuación, presentamos las unidades de análisis utilizadas en el presente trabajo de investigación:

TABLA Nº 01: Entidad donde realizan la denuncia

Frecuencia Aspecto	Nº	%
Policía Nacional del Perú	20	50
Ministerio Público	12	30
Ministerio de la Mujer	8	20
Demuna	--	--
Total	40	100

Año 2018

Fuente: Ministerio Público

Uno de los aspectos que consideramos relevantes para iniciar el análisis en los casos de violencia psicológica es la entidad ante quien se produce la denuncia, y en esto cerca del 50% de la muestra estudiada hace su denuncia en la Policía Nacional del Perú, luego

esto indica que en este caso hay una mayor disposición de las víctimas para acudir en casos de violencia contra la mujer ante la Policía Nacional del Perú, y esto resulta explicable y hasta acertado por parte de las víctimas, pues una Comisaría de la PNP es un local que se encuentra en casi todos los lugares del país.

La población común y corriente encuentra en los centros policiales un lugar cercano para denunciar, y poder así tratar de resolver los problemas de violencia dentro del hogar, por lo que ha de corresponder en este momento aprovechar dicha coyuntura para fortalecer la posibilidad de investigación sumaria a fin de que los operadores de justicia tomen las decisiones más acertadas, con respecto a los casos que les toca conocer.

No olvidemos que el desarrollo de los actos de investigación en las denuncias por violencia familiar, casi siempre deviene en un tarea harto difícil de realizar, por cuanto muchas veces producidas las denuncias se tiene que enfrentar las indagaciones con las propias versiones rectificatorias que hacen las agraviadas, tal vez llevadas las agredidas por sentimientos, complejo de culpas, antes que por el sentido de autoprotección y de tutela que el Estado debe otorgarle a través de sus instituciones.

La actuación de las entidades deben ser rápidas, con el fin de tratar de evitar agresiones mayores, e incluso con compromiso de la propia vida de las víctimas, razones por las que los puestos de la PNP se deben convertir en las oficinas estatales que deben tener la obligación no sólo de recoger los cargos que deben ser sometidos a investigación, sino para evitar actos de violencia mucho más acentuada, comprometiendo incluso la vida de la víctima, con el consiguiente mal social en el que puede desembocar si es que no se

actúa de manera inmediata.

TABLA N° 02: Plazo en la que se interpuso la denuncia

Frecuencia Aspecto	Nº	%
Inmediatamente	16	40
Cuando la agresión es reiterada	16	40
En tiempo posterior a un mes	8	20
Total	40	100

Año 2018

Fuente: Ministerio Público

Del contenido el cuadro anterior, se advierte que en el presente caso hasta un 40% denuncia inmediatamente la violencia psicológica de la que es víctima, y éste es un indicador interesante que revela la intención de la víctima de querer que la agresión de la que es objeto debe ser erradicada dentro de un primer momento de ocurrida la misma; y como ya se expuso, corresponde que frente a esta actitud de las agraviadas, el sistema de justicia debe estar preparado para iniciar una investigación inmediata a fin de esclarecer los hechos, teniendo en cuenta que muchas veces esta actitud de denuncia resulta cambiar rápidamente debido a la concurrencia de circunstancias fuera de proceso que conllevan incluso al cambio de

versión de sindicación y que terminan viciando los medios probatorios que se puedan obtener.

Por otra parte, no es alentador que casi el 40% de casos espera que la violencia psicológica ejercida en su contra sea reiterada, según manifiesta, y el otro 20% lo haga incluso de manera extemporánea, cuando los actos de investigación pueden resultar influctuosos, sin posibilidad de que por el transcurso del tiempo se pueda obtener resultados que en efecto permitan acreditar el hecho de agresión por violencia familiar, más aún si es que en estos casos la comunicación oportuna de un hecho delictivo resulta más provechoso para el acopio de medios probatorios, y la toma de decisiones para evitar que el incremento de violencia aumente, y se cause mayor daño a la víctima.

TABLA N° 03: Forma de la denuncia

Frecuencia Aspecto	N°	%
Escrita	12	30
Oral	24	60
Con asesoramiento de abogado	4	10
Total	40	100

Año 2018

Fuente: Ministerio Público

En el cuadro Número TRES, se aprecia que en los casos analizados predominan las denuncias orales, debido precisamente a que esta es la manera cómo las víctimas de las agresiones contra la mujer dan a conocer la violencia de la que son objeto. Esta manera de comunicación, resulta ser la más óptima por cuanto es la menos burocrática y fácil de acceder ante la autoridad policial, pues recurrir al Ministerio Público o al Poder Judicial ya resulta más complicado ante la exigencia de la defensa cautiva, y con la desconfianza que se tiene siempre ante el accionar de dichas instituciones.

En esto, insistimos que una de las formas de luchar contra esta forma de violencia contra la mujer, se debe implementar las comisarías policiales de una especie de unidades de actuación inmediata ante las agresiones físicas y psicológicas que se infringen contra la mujer, por los motivos que también ya se expusieron y que al final resultan determinantes para arribar con una investigación que acredite la violencia física o violencia psicológica, que ha sido denunciada.

TABLA Nº 04: Calificación de los hechos

Frecuencia Aspecto	Nº	%
Artículo 121-B	20	50
Artículo 122	15	38
Artículo 122-B	5	12
Total	40	100

Año 2018

Fuente: Ministerio Público

En el cuadro N° 04, debemos precisar que en todos los casos denunciados se contempla la investigación por violencia psicológica, expresado en amenazas hechas contra las víctimas, por ello es que la totalidad de la muestra analizada comprendió casos de intimidación contra las agraviadas.

Sin embargo, en solo cinco casos se denunció violencia psicológica de manera exclusiva, es decir, los hechos denunciados fueron calificados bajo el contenido del artículo 122-B del Código Penal, lo que a su vez refleja el bajo índice de ocurrencia de estos casos.

A ello debemos agregar que, en estos casos, las denuncias restantes también refieren sucesos de violencia psicológica pero también se califican las denuncias como agresiones físicas que resultan comprender los artículos 121- B y 122 del Código Penal, y que devienen en ser las más viables para promover la acción penal ante el juzgado penal.

Señalamos que, en los cuatro casos exclusivos de violencia psicológica, no se pudo demostrar la concurrencia de los supuestos delictivos considerados en el artículo 122-B del Código Penal, a pesar del esfuerzo del Ministerio Público, por las razones que se desarrollan en el presente trabajo, concluyendo la investigación con el archivo definitivo de los actuados.

En los casos en los que se investiga bajo el imperio del artículo 121- B y artículo 122 del Código Penal, en algunos casos procedió la formalización de la investigación, sin embargo, la alusión a la violencia psicológica quedó supeditada a la agresión física que resulta más viable en cuanto su acreditación.

TABLA N° 05: Elementos de convicción presentados

Frecuencia Aspecto	N°	%
Certificaciones médicas	20	50
Informes psicológicos	14	35
Declaraciones agraviados	24	60
Testimonios	16	40
Total	40	100

Año 2018

Fuente: Ministerio Público

En la Tabla N° 05, se detalla los elementos de convicción recogidos durante las investigaciones preliminares, y conforme podemos leer en solo 24 casos, las mujeres agredidas declaran sobre los hechos que denunciaron, y en esta cifra de 40 casos denunciados, implica que 16 de ellos no se han ratificado en la versión de denuncia inicial que hicieron, de tal manera que la sindicación no puede ser sometida a análisis formal, y esto implica que la agraviada expresa indirectamente su intención de desatenderse del tema.

La razón por la que no declaran convergen siempre es que no pretenden judicializar penalmente una imputación contra el agresor, por cuanto consideran que de repente es un castigo mayor conducirlo ante los tribunales y la posible imposición de una sanción penal.

La actitud de su negativa para declarar de parte de las agraviadas se expresa también en su incomparecencia para ser sometidas a peritaje psicológico, como también al reconocimiento médico legal, lo que supone de sobremanera que las víctimas no les interesa ya el resultado de la investigación que promovieron con su denuncia.

Mención aparte, se resalta la presencia de testigos, pero sobre para los casos de violencia física, y son precisamente personas que refieren haber escuchado gritos, lamentos de dolor, llantos, etc. que refieren de alguna manera la agresión a la que fueron sometidas las víctimas. Sin embargo, debemos ser claros en cuanto a señalar que las declaraciones de los testimonios son elementos corroborantes de la imputación hecha por las agraviadas, y a falta de éstas, es realmente difícil corroborar una sindicación inexistente.

TABLA Nº 06: PREVALENCIA DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Frecuencia Aspecto	Nº	%
Se dispone medidas para proteger niños o niñas	--	--
No se dispone estas medida	40	100
Total	40	100

Año 2018

Fuente: Ministerio Público

En el análisis advertimos, que una de las leyes que puede coadyuvar con las acciones de investigación que permitan acopiar los elementos de convicción para acreditar con elementos de convicción

la procedencia de la acción por violencia psicológica es sin duda la Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

En la ley mencionada, se proporcionan una serie de elementos que pueden ser utilizados para coadyuvar a valorar los elementos de convicción, y uno de ellos es la establecer criterios a partir de la consideración del Principio del Interés Superior del Niño, lo que implica que, si hay violencia familiar dirigida a los miembros del grupo familiar, lo habrá también para con la mujer.

Sin embargo, no obstante, este aspecto de protección a los integrantes del grupo familiar se ve afectado por la propia decisión de la agraviada, quien luego de denunciar violencia contra sí, no ratifica dicha versión y más bien con su renuencia a participar en los actos de investigación, contribuye a la impunidad, pero sobre todo a la protección a la que la propia mujer está obligada a proporcionar a los otros miembros del grupo familiar, en este caso las niñas y los niños.

Pero este aspecto referido a la aplicación del Principio del interés superior del niño, tampoco constituye un criterio que resulta ser asumido por el responsable de la investigación como es el fiscal provincial penal. De los 40 casos analizados, en ninguno de ellos se expresa un análisis a partir de la violencia en el grupo familiar, y esto por cuanto la agresión contra la mujer no lo es un acto aislado, sino que refleja coacciones dirigidas a todos los miembros de la familia, específicamente, a los hijos e hijas. No olvidemos que, en muchos casos de atentados contra la mujer, termina también afectándose directamente a los hijos y a las hijas, sin que estos elementos sean incorporados en el trabajo que realizan el ente persecutor del delito.

TABLA N° 07: Se desarrollan diligencias extraordinarias a fin de constatar agresiones a la víctima

Frecuencia Aspecto	Nº	%
No se realizan	40	100
Se realizan diligencias especiales	--	--
Total	40	100

Año 2018

Fuente: Ministerio Público

Corresponde ahora analizar el trabajo de investigación que permita analizar los actos de investigación desplegados. Siempre bajo el contenido de la Ley N° 30364, se advierte que las diligencias realizadas no se ejecutan alguna diligencia diferente orientada a recabar los elementos de convicción que permitan corroborar la imputación.

La mencionada norma prevé la realización de una serie de diligencias no convencionales a fin de corroborar la sindicación realizada, de tal manera que, ante la renuencia de la agraviada para ratificarse en la denuncia, corresponde haber realizado por ejemplo diligencias de constatación, identificación y testimonios de testigos, afectación de la vida cotidiana de la víctima, entre otras.

TABLA Nº 08: Oportunidad de acción de la fiscalía provincial penal

Frecuencia Aspecto	Nº	%
Atención oportuna e inmediata	12	30
Nos se atiende	28	70
Total	40	100

Año 2018

Fuente: Ministerio Público

De la revisión de la Tabla Nº 08, se advierte que en 28 casos analizados, la actividad de investigación desplegada del Ministerio Público resulta ser convencional, es decir, se limitan a investigar a través de citaciones, pericias, sin que haya alguna actividad que refleje una atención pronta, y sumaráisima que es precisamente la finalidad del proceso penal.

Esta pasividad en la realización de los actos de investigación se explique tal vez en la recargada carga procesal que afrontan los representantes del Ministerio Público, o en la falta de especialización que supone la preparación de los fiscales para afrontar las indagaciones por cada delito que responde a una naturaleza diferente.

El problema radica en que dados los casos especiales de violencia psicológica y física que se presentan en estos casos, resulta urgente

la atención de estos no solo por el daño que se puede ocasionar, sino que ante la duración de la investigación se pueden producir otros actos de agresión cada vez más intensos y que pueden desencadenar precisamente con lesiones más graves para la víctima.

TABLA N° 9: Diligencias sencillas y de naturaleza oral

Frecuencia Aspecto	Nº	%
Predominio de la oralidad	12	40
Predominio de la escrituralidad	28	60
Total	40	100

Año 2018

Fuente: Ministerio Público

En este cuadro N° 9, se advierte también que técnicamente en las investigaciones realizadas, existe predominio de las diligencias que privilegian la escritura por sobre la oralidad.

Predominio de los informes, de las pericias, de las declaraciones, de las diligencias de oficina, sin advertir una actitud por activa que se exige a los representantes del Ministerio Público, especialmente en la persecución de delitos de esta naturaleza.

Por ejemplo, resultaría interesante que en estas investigaciones se debe realizar diligencias en el domicilio de la agraviada, tomas medidas de protección a la víctima, o disponer que actúe la Unidad de Protección de Víctimas y Testigos, pues, ante todo la naturaleza del delito supone que debe actuarse de manera inmediata y pronta, porque a veces la propia agredida resulta ser el más difícil escollo de este tipo de ilícitos penales.

TABLA N° 10: Razonabilidad y proporcionalidad en las decisiones

Frecuencia Aspecto	N°	%
Predominio de las garantías a favor de las víctimas	8	20
Predominio de las garantías a favor de los encausados	32	80
Total	40	100

Año 2018

Fuente: Ministerio Público

En el cuadro N° 10, se presunta el resultado referido a la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones adoptadas en la investigación. Del contenido presentado, se advierte sin lugar a dudas que las decisiones asumidas, se asume de sobremanera el respeto por los derechos de los procesados, y consideramos que esto resulta ser válido.

Sin embargo, es el propio desarrollo de la investigación la que termina perjudicando el derecho de las víctimas: retardo en la investigación falta de pro activismo, a lo que debemos añadir un tipo penal que prescribe la represión por violencia psicológica sin establecer en el mismo tipo penal un elemento de cotejo que permita realmente establecer que se ha realizado el delito que se pretende perseguir.

Así es, de qué sirve tener un tipo penal cuando no hay elemento de comparación que permita establecer que estamos frente al hecho delictivo de violencia psicológica. Si bien es cierto que eso puede resultar un problema para el fiscal provincial penal, sin embargo, no se puede dejar de promover la acción de la justicia ni mucho menos dejar sin protección a las víctimas, razón por la que debemos también pensar que proporcionalmente se deben desarrollar las diligencias necesarias y conducentes a acreditar un tipo penal abierto, pero que puede completarse con la consecuencia grave de afectación a las actividades que desarrolla la víctima. Esto es también proporcional en el trato para con la agraviada, pero también resulta ser racional con referencia a la acción que el Estado deberá proporcionar a la agredida como consecuencia de la tutela a la que se obligue otorgar.

Incluso, si el tema no es estrictamente penal, la realización de las diligencias utilizando una práctica pro activa, deberá llevar al Fiscal provincial penal a derivar el caso ante la Fiscalía de Familia para que con mayor normatividad de protección se proceda a dictar las medidas que correspondan y promover las acciones que procuren la tan ya mencionada protección a la víctima de esta clase de ilícitos.

TABLA N° 11: Resultado de las diligencias preliminares en los procesos por violencia psicológica

Frecuencia Aspecto	N°	%
Archivo definitivo	40	100
Formalización de investigación	--	--
Archivo provisional	--	--
Total	40	100

Año 2018

Fuente: Ministerio Público

En la Tabla N° 11, resaltamos el destino de las investigaciones realizadas, y todas ellas terminaron pronunciándose por el archivo correspondiente.

Se señala que en cinco casos en lo que se investigó por violencia psicológica fueron archivados, los demás casos en los que se denunció también dicha violencia corrieron la misma suerte, pero al haberse investigado violencia física merecieron distinta suerte pero no precisamente por el delito que constituye la parte principal de la presente investigación.

5.2. Verificación y comprobación de hipótesis de trabajo

Luego de exponer el resultado del análisis hecho a las disposiciones finales emitidas por los señores fiscales provinciales, consideramos que se pueden concluir en este trabajo de la manera siguientes, con respecto a la verificación de la hipótesis:

.Las denuncias sobre violencia familiar psicológica contra la mujer y los niños y niñas, generalmente son verbales y realizadas ante la Policía Nacional del Perú, responden a amenazas, gritos, intimidaciones que muchas veces comprometen la vida de las mujeres y de los demás miembros de la familia.

Determinar si ante un caso se ha producido violencia psicológica por haberse causado daño a la mujer, resulta ser una tarea bastante difícil de realizar, por diversas razones, por cuanto el perito psicólogo diagnostica un estado de ansiedad en la víctima, pero esta conclusion no se ve corroborada por cuanto muchas veces la agraviada ya no asiste a la segunda convocatoria realizada en el peritaje psicológico.

El principio de legalidad implica que el tipo penal debe especificar sin lugar a dudas los supuestos del delito para poder evaluar la conducta reputada como ilícita, sin embargo, resulta extremadamente difícil que en forma específica y solo por este tipo de violencia se determine que la misma sin un patrón de cotejo cuantitativo que permita al Ministerio Público y al órgano jurisdiccional penal establecer la existencia de la agresión psicológica.

En efecto, en palabras simples, a lo largo de este estudio se ha podido determinar que el tipo penal no permite establecer cuándo se puede considerar violencia psicológica, a diferencia por ejemplo de la violencia

física que deviene en ser advertida fácilmente cuando se somete a la víctima al reconocimiento médico legal.

Incluso, como sabemos se tiene entendido que para acreditar la violencia psicológica, deben ocurrir más de una sesión que debe sostener la víctima con el perito psicólogo, de tal manera que sólo así se podría determinar si es que en efecto esta afrenta deviene en trascendente y con connotación penal.

.La actividad probatoria complica más la delimitación del presente caso, en la medida en la que en los casos de violencia psicológica se presenta: rectificación de versión de imputación, inasistencia a declarar de la agraviada, inasistencias para continuar las pericias psicológicas, ausencia de testigos, imposibilidad para realizar actos de corroboración, etc., de lo que se infiere que resulta difícil arribar a conclusiones que sean equivalentes a la lucha contra la violencia contra la mujer, a partir de las agresiones psicológicas.

Siendo esto así, bajo el contenido del tipo penal que sanciona conductas de violencia psicológica, muy a nuestro pesar consideramos que el Estado incumple con la Garantía Constitucional de tutela a favor de la mujer agredida.

El tipo penal sin precisiones no permite garantizar la tutela jurisdiccional efectiva a favor de la víctima, por lo que siendo esto así queda corroborada la hipótesis de trabajo que nos propusimos demostrar.

5.3. Propuesta de Lege ferenda

5.3.1. Fundamento constitucional

El fin del Estado peruano es la dignidad de la persona humana, lo que supone que el Estado asume por sí la tarea de hacer prevalecer por sobre todo la convivencia ciudadana con un sentido que implica la prevalencia del bien común, dejando de lado los intereses de grupo e individuales.

Conforme lo expresa el professor Landa Arroyo: el artículo 1 del Capítulo 1 Derechos fundamentales de la persona, del Título 1 De la persona y de la sociedad de la Constitución del Perú de 1993, señala que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Este artículo constituye la piedra angular de los derechos fundamentales de las personas y, por ello es el soporte estructural de todo el edificio constitucional, tanto del modelo político, como del modelo económico y social. En tal sentido, fundamenta los parámetros axiológicos y jurídicos de las disposiciones y actuaciones constitucionales de los poderes políticos y de los agentes económicos y sociales, así como también, establece los principios y a su vez los límites de los alcances de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos y de las autoridades (Landa Arroyo,

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15957/16381>).

Bajo esta perspectiva, entonces corresponde al Estado proteger al ciudadano desde todo punto de vista, más aún si se considera aquellas personas que resultan ser vulnerables, precisamente por

estar en menores condiciones que otras, por razones de interés ideológico, racial, social, cultural, o precisamente por el sexo que tienen, como es el caso de las mujeres⁴.

De tal manera que proteger a la mujer, deviene en el reconocimiento de un derecho no enumerado. De modo que la Constitución peruana, a través de la cláusula de los derechos implícitos -*numerus apertus*- del artículo 3 y de la incorporación de los tratados internacionales en el derecho nacional en el artículo 55 y cuarta disposición final y transitoria; reconoce que la dignidad humana abarca bienes jurídicos más allá de lo que positivamente se haya consagrado en el texto político. Por ello, la protección y desarrollo de los derechos fundamentales también debemos encontrarlos en los valores propios de la dignidad del hombre, que no deben estar al libre arbitrio de la interpretación del juez, sino en concordancia con una interpretación indubio pro homine correcta, como viene desarrollando la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en el marco de los tratados internacionales de los derechos humanos que el Perú se ha comprometido internacional y nacionalmente a cumplir, sin perjuicio de su inválido retiro de la instancia jurisdiccional del sistema interamericano de derechos humanos. (Landa, César;

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15957/16381>).

⁴ El reconocimiento de esta noción en el Estado constitucional indica no sólo su comprensión como «postulado filosófico», sino su «reconocimiento incondicional como norma jurídica» (3). Por medio de la positivación la noción de dignidad adquiere en el sistema jurídico un carácter de norma fundamental de la Constitución, se concretan sus posibilidades de realización y se objetiviza. Desde aquí se concluirá —dicho sintácticamente— que la referencia constitucional a la dignidad se comprende como «norma en sentido pleno y precepto jurídico obligatorio» (4), «conforme al cual debe ser interpretado el propio sentido de toda la Constitución» (5) y que, por otro lado, «exige prestaciones positivas del Estado y abstenciones de este mismo en la medida que no debe atentar contra ella» Cfr. Oehling de los Reyes, Alberto. El concepto constitucional de dignidad de la persona. Revista española de derecho constitucional, enero –abril – 2011, p. 135 s.s.

Entonces frente a todos los casos que devienen en violencia contra la mujer, en el hecho mismo en el que termina siendo un objeto, corresponde que el Estado promueva el trato de manera especial dirigido hacia proteger directamente a la mujer, de tal manera que el campo penal no resulta la excepción del derecho, sino más bien se convierta en un instrumento contra quien se ejerce violencia sistemática, más aún si la misma ocurre dentro del seno del hogar, donde se supone debe ser el ambiente de mayor seguridad para el desenvolvimiento de la personalidad de los miembros de una familia sea del nivel social que corresponda.

5.3.2. Fundamento penal

Resulta entonces racional que el derecho penal se haya ocupado de abordar el tema de la protección a la integridad de la mujer, pues, las consecuencias más graves que se advierten de violencia contra estas personas llegan incluso hasta la muerte, por lo que el legislador ha pretendido dotar de entidad a tipos penales que representen de alguna forma la posibilidad de una sanción contra los sujetos que lesionan la integridad física y psicológica de las mujeres, a quienes se deben por tener una relación que supone más bien imposición de deberes de ayuda, cuidado, protección.

Por esto, a nivel de tipos penales se pretende proteger a la mujer como víctima de la violencia doméstica, en los casos siguientes:

a) “Artículo 121-B.- Lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar

En los supuestos previstos en el primer párrafo del artículo 121 se aplica pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años e inhabilitación conforme al artículo 36, cuando:

1. La víctima es mujer y es lesionada por su condición de tal en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B.

2. La víctima se encuentra en estado de gestación;

3. La víctima es el padrastro; madrastra; ascendiente o descendiente por consanguinidad, adopción o por afinidad; pariente colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o adopción, o segundo grado de afinidad; habita en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, o la violencia se da en cualquiera de los contextos de los numerales 1, 2 y 3 del primer párrafo del artículo 108-B.

4. La víctima mantiene cualquier tipo de relación de dependencia o subordinación sea de autoridad, económica, laboral o contractual y el agente se hubiera aprovechado de esta situación.

5. Para cometer el delito se hubiera utilizado cualquier tipo de arma, objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima.

6. El delito se hubiera realizado con ensañamiento o alevosía.

7. Cuando la afectación psicológica a la que se hace referencia en el numeral 4 del primer párrafo del artículo 121, se causa a los hijos, hijas, niñas, niños o adolescentes bajo el cuidado de la víctima de feminicidio, de lesiones en contextos de violencia familiar o de violación sexual.

Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever ese resultado, la pena será no menor de quince ni mayor de veinte años."

En este caso, se alude al Código Penal vigente en su artículo 122 referido al delito de lesiones graves dolosas, y el que por cierto prevalece la agresión física, sin que se descarte alguna posibilidad de incorporar las lesiones psicológicas, aunque no existe algún indicador normativo que permita realizar el cotejo que el operador de justicia realiza para calificar exclusivamente un acto de violencia psicológica equivalente a un delito. Queda claro entonces que el tipo penal establecido en el artículo 121-B del Código Penal deviene en utilizable, pero cuando se trata de analizar de un caso de violencia psicológica definitivamente este artículo por sí mismo no resulta suficiente.

Resulta atendible el caso por violencia psicológica, pero como una circunstancia agravante del tipo penal para determinar la pena y ubicarla dentro del tercio que corresponda.

b) “Artículo 122. Lesiones leves

1. El que causa a otro lesiones en el cuerpo o en la salud que requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, o nivel moderado de daño psíquico, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

2. La pena será privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años si la víctima muere como consecuencia de la lesión prevista en el párrafo precedente y el agente pudo prever ese resultado.

3. La pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación de acuerdo al artículo 36, cuando:

a. La víctima es miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial, del Ministerio Público o del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular o servidor civil y es lesionada en el ejercicio de sus funciones oficiales o como consecuencia de ellas.

b. La víctima es menor de edad, adulta mayor o tiene discapacidad y el agente se aprovecha de dicha condición.

c. La víctima es mujer y es lesionada por su condición de tal, en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B.

d. La víctima se encontraba en estado de gestación;

e. La víctima es el padrastro; madrastra; ascendiente o descendiente por consanguinidad, adopción o por afinidad; pariente colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o adopción, o segundo grado de afinidad; habita en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, y la violencia se da en cualquiera de los contextos de los numerales 1, 2 y 3 del primer párrafo del artículo 108-B.

f. La víctima mantiene cualquier tipo de relación de dependencia o subordinación sea de autoridad, económica, laboral o contractual y el agente se hubiera aprovechado de esta situación.

g. Para cometer el delito se hubiera utilizado cualquier tipo de arma, objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima.

h. El delito se hubiera realizado con ensañamiento o alevosía.

4. La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de catorce años si la víctima muere como consecuencia de la lesión a que se refiere el párrafo 3 y el agente pudo prever ese resultado.”

En este caso, el artículo 122 del Código Penal refiere también las lesiones dolosas pero ahora leves, en las que también se toma como referencia el elemento cuantitativo, a pesar que se hace expresa alusión a un nivel moderado del daño psíquico, sin embargo no se establece un requisito que permita a los órganos jurisdiccionales establecer que estamos frente a un daño psicológico moderado, que permita completar de los supuestos del tipo penal que exige la norma. De esto, no es difícil establecer que este artículo del Código sustantivo tampoco resulta evaluable, de tal forma que sólo tomará forma como una circunstancia agravante para determinar la existencia del delito.

c) “Artículo 122-B.- Agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar

El que de cualquier modo cause lesiones corporales a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar que requieran menos de diez días de asistencia o descanso, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación conforme al artículo 36.

La pena será no menor de dos ni mayor de tres años, cuando en los supuestos del primer párrafo se presenten las siguientes agravantes:

1. Se utiliza cualquier tipo de arma, objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima.
2. El hecho se comete con ensañamiento o alevosía.
3. La víctima se encuentra en estado de gestación.

4.La víctima es menor de edad, adulta mayor o tiene discapacidad y el agente se aprovecha de dicha condición.”

Como se aprecia, de lectura del tipo penal, existe en el tipo penal clara alusión a la afectación psicológica, cognitiva o conductual como parte de las lesiones que se puede causar a las mujeres o integrantes de un grupo familiar, sin embargo consideramos que el tipo penal no se completa por cuanto ya hemos señalado que no se prescribe algún elemento descriptivo que permita verificar ese tipo de lesiones, como por ejemplo sí lo hay en el artículo 121 del Código Penal; incluso, las circunstancias que prevé el tipo no podrían configurarse si es que no faltara ese elemento de corroboración. De esta manera el ilícito, como ya lo hemos referido, tendría existencia simbólica en la medida en la que no se podría verificar.

5.3.3. Propuesta Lege Ferenda

Por esta razón, presentamos la siguiente propuesta para subsanar el problema presentado y que ya hemos aludido. En esto, consideramos que basta con incluir el tipo penal que permita medir mediante actos externos la mencionada afectación psicológica, incluso la afectación cognitiva o afectación conductual. Para lo que proponemos la siguiente modificación:

a) “Artículo 122-B.- Agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar

El que de cualquier modo cause lesiones corporales a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar que requieran menos de diez días de asistencia o descanso, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación conforme al artículo 36.

La afectación psicológica, cognitiva o conductual resulta verificable cuando la víctima deja de realizar de alguna forma la actividad laboral, profesional, ocupacional, o de cualquier otra índole que desarrolla hasta antes de ocurrida la agresión.

La pena será no menor de dos ni mayor de tres años, cuando en los supuestos del primer párrafo se presenten las siguientes agravantes:

1. Se utiliza cualquier tipo de arma, objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima.
2. El hecho se comete con ensañamiento o alevosía.
3. La víctima se encuentra en estado de gestación.
4. La víctima es menor de edad, adulta mayor o tiene discapacidad y el agente se aprovecha de dicha condición.”

CONCLUSIONES

- La implicancia que se produce en sancionar los delitos de violencia familiar psicológica, tal como están previstos en la norma penal estudiada, es que afectan los principios del Derecho Penal, tales como el principio de mínima intervención del derecho penal, el principio de lesividad, el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad.
- Esto por cuanto conforme está estipulado en el artículo 122 – B del Código Penal vigente, dicho artículo no contribuye a la protección de la mujer, pues es simplemente declarativo, no presenta el elemento descriptivo que permita determinar si es que la conducta atribuida como violencia psicológica al sujeto activo resulta o no punible.
- Asimismo, al estudiar el aspecto penal que enmarca los delitos de violencia familiar se puede observar que no cumple dicho rol, por cuanto, la política criminal para combatir la violencia psicológica en agravio de las mujeres, no encuentra sustento ni protección jurídica en el derecho penal, dando como resultado que muchas investigaciones sean archivadas y lo que es peor aún, que ante dicho pronunciamiento por parte del Ministerio Público se proceda a dejar sin efectos las medidas de protección.
- Los problemas de tipo penal en cuanto a los hechos de violencia psicológica, conforme están redactado en el artículo 122-B del Código Penal, no son concretos ni estables para ser encajado en un tipo penal, sería entrar en la conciencia del ser humano lo que su incorporación en la normativa penal hace que transgreda los

principios del derecho penal antes mencionados, por esto resulta necesario introducir elementos descriptivos que permitan evaluar la conducta ilícita atribuida.

- Por otra parte, no debe dejarse de lado que el derecho penal no genera la prevención de los delitos de violencia familiar contra la mujer, ya que como podemos observar su aplicación se basa en hechos consumados, mas no penaliza conductas que aún no se han realizado, es decir, si se quiere prevenir las agresiones contra la mujer debería intervenir una política a fin de que ello no ocurra y no lo contrario.
- Por ello, es necesario enfrentar otras políticas para proteger los derechos de la mujer, toda vez que en la actualidad solo se busca acudir en primera facie al Derecho Penal como ente regulador para alertar a los agresores de que no cometan el delito porque si no se les sancionará hasta con pena efectiva, sin embargo, este es una tradicional política que utiliza el Estado para corregir la parte externa del problema pero no se preocupa por la finalidad del problema de violencia familiar, debiendo trabajar más en programas sociales que busquen cambiar el esquema de las mujeres que se sienten sumisas, o de que niños o niñas sientan que es normal agredir a una mujer o de ser agredidas o insultadas, respectivamente, sino se trata este problema de fondo no se logrará reducir los índices de casos de violencia contra la mujer.
- En la Segunda Fiscalía Provincial de Casma del Distrito Fiscal del Santa, de los casos analizados del 2016-2017, vemos que en su mayoría han sido archivados, que desde el 07 de enero del 2017, ante la implementación del Decreto Legislativo 1323, se incorporó

el delito de agresiones contra la mujer e integrantes del grupo familiar, donde incluye cualquier lesión psicológica cognitiva, conductual, siendo que desde dicha fecha se ha venido investigando la afectación psicológica ante cualquier informe psicológico, llegando en todos los casos a concluir mediante un acuerdo reparatorio, lo que en dicha fiscalía no existe ningún caso donde se haya desarrollado un juicio a fin de determinar el daño psicológico, lesión psicológica o cualquier afectación cognitiva, conductual.

- Una de las alternativas de solución para no vulnerar el derecho a la tutela procesal efectiva es que el delito de agresiones contra la mujer e integrantes del grupo familiar en su aspecto psicológico, incorpore en su tipo penal la conducta reiterativa de tres a mas hechos de violencia psicológica que haya presentado la víctima para poder encaminar con la actuación probatoria respectiva, esto es, recibir la denuncia, disponer la evaluación psicológica, que la conducta punitiva no sólo se trate de cualquier tipo de afectación psíquica, cognitiva o conductual, ya que la ambigüedad genera criterios discrecionales y confusión en la aplicación de la norma, se debe señalar una relación de conductas que se encuentre en la víctima producto de la afectación psicológica recibida, como por ejemplo: cambio de domicilio, abandono de trabajo, aislamiento de la sociedad, falta de socialización, abandono de estudios, situaciones que acompañen con la evaluación psicológica para determinar que verdaderamente nos encontramos ante una presunta víctima de violencia psicológica.
- Otro mecanismo de solución a éste problema es que en éste tipo de casos vuelvan a la competencia de las Fiscalías de Familia, ya que, a través de su rol preventivo y protector a la familia, pueden

realizar campañas de prevención y enfocarse en los casos de violencia psicológica como preventivas a que no ocurra una violencia física, además, en colaboración con el equipo multidisciplinario pueden dar seguimiento al cumplimiento y evaluación de las medidas de protección a favor de las víctimas, asimismo, promover la acción civil a través de una demanda para que las víctimas sean indemnizadas para sustentar los gastos que requiere un tratamiento psicológico, situación que no ocurre en el proceso penal ya que al ser archivado el caso no solo afecta la tutela procesal efectiva sino también ser resarcidos por el daño sufrido a través de una reparación civil.

RECOMENDACIONES

- Es recomendable que el Estado peruano evalúe los resultados de la política criminal que se está adoptando para contrarrestar la violencia psicológica, toda vez que su conducta no sólo debe ser de imponer medidas sino también de controlarlas, vemos que en el estudio de la presente investigación en los casos ingresados en el año 2016-2017 en la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Casma, no ha tenido éxito en ver reducidos los casos, lo mismo, estaría sucediendo en los diversos distritos fiscales del país, lo cual, no es dable que el Estado siga invirtiendo en una política que no tiene resultado, sino buscar otro camino para solucionar un problema social que es la violencia psicológica contra la mujer.
- Es recomendable que el Estado adopte políticas sociales que ayuden a concientizar a la población masculina del daño que produce a su familia, el agredir a sus parejas, lo cual, empieza con una lesión psicológica, así también, cambiar el esquema a las mujeres que se sienten vulnerables, con baja autoestima, a fin de que puedan asistir a terapias psicológicas tanto para la víctima como al agresor que sean controladas por el Estado.
- Para alcanzar la viabilidad del artículo 122 – B del Código Penal, se propone la siguiente modificación a dicha norma penal:

“Artículo 122-B.- Agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar

El que de cualquier modo cause lesiones corporales a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar que requieran menos de diez días de asistencia o descanso, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación conforme al artículo 36.

La afectación psicológica, cognitiva o conductual resulta verificable cuando la víctima deja de realizar de alguna forma la actividad laboral, profesional, ocupacional, o de cualquier otra índole que desarrolla hasta antes de ocurrida la agresión.

La pena será no menor de dos ni mayor de tres años, cuando en los supuestos del primer párrafo se presenten las siguientes agravantes:

1. Se utiliza cualquier tipo de arma, objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima.
2. El hecho se comete con ensañamiento o alevosía.
3. La víctima se encuentra en estado de gestación.
4. La víctima es menor de edad, adulta mayor o tiene discapacidad y el agente se aprovecha de dicha condición.”

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO, L. M. (2011). Delitos contra la familia y la violencia doméstica. Lima: Jurista Editores.
- ANDIA, J. R. (2008). Derecho de familia en el Código Civil. Lima: Demsa. Anicama. Estudio epidemiológico sobre la violencia y comportamientos asociados en lima metropolitana y callao. Lima: Unfv
- ANGULO ARANA, P (2010). El plazo razonable y las desacumulaciones. En Gaceta Constitucional Tomo 29 – mayo.
- APARICIO, M. (1989) La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional, en RCEC, N° 3, Mayo-Agosto, CEC, Madrid.
- BANDRÉS, J. M. (1989) Derecho fundamental al proceso debido. Estudios de derecho procesal civil. 3ra. edición, tomo I. Buenos Aires, Argentina: De Palma.
- BAPTISTA, F. Y. (2014). Metodología de la investigación.
- BENDEZÚ BARNUEVO, R (2013). Comentarios a la Ley N° 30068 que incorpora el nuevo tipo penal de feminicidio. Revista de Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica. Tomo 237 Agosto. Lima.
- BIDART, G. (1961). Derecho de Amparo. Cap. I: Ediar. Buenos Aires.
- BIDART, G. (1985). Manual de Derecho Constitucional Argentino: Ediar, Buenos Aires.

- BRONFERBRENNER, U. (1987). La ecología del desarrollo humano. Paidós.
- CABANELLAS DE TORRES, G. (2011). Diccionario Jurídico Elemental. Heliasta.
- CABANELLAS, G. (2003). Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual. Heliasta Argentina.
- CANALES, Y. G. (2011). Manual De Derecho De Familia. Lima: Jurista Editores.
- CAPPELLETTI, M – GARTH, B (1996) El acceso a la justicia: La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos. México: Fondo de Cultura Económica.
- CARRASCO GOMEZ, J (2000), Lesiones psíquicas, síndrome del estrés postraumático: lesiones y secuelas psíquicas en las víctimas de maltrato familiar. Estudios sobre violencia familiar. Madrid 2000.
- CERNA SALAZAR, D (2013). El delito de feminicidio: crítica a los fundamentos político-criminales que lo sustentan. Revista de Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica. Tomo 237 Agosto. Lima.
- COBO PLANA, J (2006). El Juez y la prueba forense en la violencia de género. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid.
- CORSI, J. (2007). La Violencia de las mujeres como problema social.
- CORSI, J. (1994). Una mirada abarcativa sobre el problema de la violencia familiar.

- CRUZ , A (1991). Historia de la filosofía contemporánea. EUNSA. Pamplona.
- DE BERNARDIS, L. (1985). La Garantía Procesal del Debido Proceso. Lima: Cultural Cusco S.A. –Editores.
- DEL MORAL GARCIA, A(2004). Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del M. Fiscal. “Encuentros de Violencia doméstica”. Madrid.
- DEMETRIO CRESPO, E (2008). Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin. Grijley. Lima.
- DIAZ POME, A. (2009). La efectividad de la Medidas De Proteccion Frente A La Violencia Familiar.
- FARALLI, C (2007). La Filosofía del Derecho Contemporáneo. Traducción por María José Falcón y Tella y Juan Antonio Martínez Muñoz. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires.
- GARCÍA, Víctor. (1998). Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993, tomo II, Universidad de Lima. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial.
- GONZALES, Jesús (1985). El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. 2da Edición España: Editorial Civitas
- GONZÁLES, Jesús (1984) El derecho a la tutela jurisdiccional. Madrid: Editorial Civitas.

- HEGEL, G.W.F. (1993). Fundamentos de la Filosofía del Derecho. Libertarias/Prodhuffi.
- HUMBERTO, N. A. (2014). Dignidad de la Persona, Derechos Fundamentales, Bloque Constitucional de Derechos y Control de Convencionalidad. Iboamerica, X. C. (2008). 100 Reglas De Brasilia.
- HURTADO POZO, J (1988). Manual de Derecho Penal. Lima, Edilii.
- KUHN, T (2006). La Estructura de las Revoluciones Científicas. Fondo de Cultura Económica. México. Tercera edición.
- LANDA, C. (2012) El derecho al debido proceso en la jurisprudencia. Lima, Perú: Editora Diskcopy S.A.C.
- LANDA, C (2006). Interpretación constitucional y Derecho Penal. Jurisprudencia y Doctrina Penal Constitucional. Lima.
- LOPERA MESA, P (2005). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. En: Jueces para la democracia N° 53. 2005
- MARTÍNEZ, M.A. (1996). La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español. Universidad de León, León, España.
- MARTINEZ, A. Y. (1998). La Familia cedula fundamental de la sociedad. Yucatan Mexico: De La Comision De Derechos Humanos.

- MOLINA, W. F. (2010). Violencia Familiar, Comentarios. Ediciones Legales.
- MONROY, Juan. (2005) *Constitución comentada artículo por artículo. II TOMO*. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A.C.
- MORENO, J (2007). Análisis del delito de maltrato familiar habitual. Anexo de jurisprudencia. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid.
- ORTEGA DEL RIO, J (2015). “Una visión de la jurisprudencia en los delitos de género y de violencia familiar: la coma, esa puerta giratoria del pensamiento”. Revista Instituto Pacífico de Actualidad Penal, Enero, N°7, Lima.
- PAIDOS. Crhistian, S. B. (2009). Criminalizacion de la Violencia Familiar. Lima.
- PESTANA URIBE, E (2009), La configuración constitucional de los derechos no enumerados en la cláusula abierta del sistema de derechos y libertades. En Derechos Constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional. Gaceta Jurídica, Marzo Guía 3.
- PICÓ, J. (2004) El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado. En Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. (4). pp. 253-270
- PINEDA, J. (2008). Investigación Jurídica. Pacífico.
- PRADO SALDARRIAGA, V.(1995). Citado por FLORES MUÑOZ, Milko R. “La pena privativa de la libertad” Ed. Lima.

- QUIROGA, A. (2003) El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos. Lima, Perú: Jurista Editores.
- REYNA ALFARO, L. (2011). El proceso penal aplicado conforme al CPP de 2004. Edit. Grijley.
- RUBIO, Francisco y otros (1995), Derechos fundamentales y principios constitucionales. Barcelona: Ariel Derecho.
- SAGUEZ, N. P. (1993). *Elementos de derecho constitucional*, Tomo II. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- SAMPIERI, R. H. (2014). Criminalización De La Violencia Familiar. Lima: Sociedad Jurídica.
- SÁNCHEZ VELARDE, P (2004). Manual de Derecho Procesal Penal. Lima.
- SHIAPPA, Oscar. (1997). El Problema del Acceso a la Justicia en el Perú. En Acceso a la Justicia. REVILLA, Ana Teresa Editora. Oficina de Proyectos del Poder Judicial. Lima.
- TARDON OLMOS, M (2009). Malos tratos habituales: presupuestos de acreditación de la habitualidad y límites de su enjuiciamiento. Formación Continua. Ceuta.
- THOMPSON, José (2000) Acceso a la Justicia y Equidad. BID y Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Primera Edición. San José.

- TICONA, V. (1999). El debido proceso y la demanda civil. Lima, Perú: Rodhas.
- URQUIZO OLAECHEA, J Y SALAZAR SÁNCHEZ, N. (2010). Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia. (2006-2010) Tomo I IDEMSA –Edit. Moreno. Lima Perú.
- VÁZQUEZ. J (1997), Reflexiones en torno a la acción procesal, en “Simplificación procesal. XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal”, Bs. As.
- VILLANUEVA, R. (2003). Garantías Constitucionales y protección de los derechos de la Mujer. Lima: Revista De La Defensoría Del Pueblo.

LINKOGRAFÍA

- CAÑETE, M. (2016). Algunas formas de violencia: mujer, conflicto y género. Recuperado de <https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=MQyeDAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA9&dq=algunas+formas+de+violencia:+mujer+conflicto+y+genero&ots=V6fUThUTIH&sig=N2uSgQNfC7VqKVKCwC8d7rrNWx0>.
- CORSI, J. (2009). La Violencia a la Mujer en el contexto domestico. En Línea Http: //Www. Corsi.Com.Ar/Artículos. Htm.
- DÍAZ BAZÁN, R. (2016). La mujer víctima: a propósito de la ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Revista Lex. 14, 149-160. Doi: <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v14i17.938>.

- DEZA VILLANUEVA, S. (2016). Modelo de atención psicológica para mujeres víctimas de violencia psicológica para mujeres víctimas de violencia familiar albergadas en Hogares de Refugio temporales. HRT. Revista Unife. 17, 85-102.[http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/psicologia/2016_1/Sa bina.Deza.pdf](http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/psicologia/2016_1/Sa%20bina.Deza.pdf).
- OMS. (2013). Estimaciones mundiales y regionales de la violencia contra la mujer: prevalencia y efectos de la violencia conyugal y de la violencia sexual no conyugal en la salud. Obtenido De http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2013/violence_against_women_20130620/es/ Oms. (2002). Informe mundial sobre la violencia y la salud.
- ONU MUJERES, Informe (2011-2012). El progreso de las mujeres en el mundo. En busca de la justicia,. Disponible en: <http://progress.unwomen.org/pdfs/SP-Report-Progress.pdf>

LEYES:

- Congreso de la República del Perú (23 de noviembre de 2015). Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar [Ley N° 30364]. DO: [Diario Oficial El Peruano].
- Congreso de la República del Perú. (27 de julio de 2016). Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar [Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP]. DO: [Diario oficial El Peruano].

TESIS

- Candy Jessica Aguirre Alarcon. “El programa Nacional contra la violencia familiar y sexual y su impacto en la prevalencia de la violencia familiar y sexual en el Perú, Período 2003- 2009”. Universidad Nacional de Ingeniería- Facultad de Ingeniería económica y Ciencias Sociales, Tesis para optar el grado de maestro en Gestión y Desarrollo, Lima, Perú-2012.
- Maria Denis Altamirano Vera. “El marco simbólico de la Ley de Violencia Familiar y sus modificaciones”. Universidad Nacional de Trujillo. Tesis para optar el grado de maestro en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas, Trujillo, Perú. 2014
- Inés Sofía Arriola Céspedes. “Obstáculos en el acceso a la justicia de víctimas de violencia psicológica en el procedimiento de violencia familiar nacional. ¿Decisiones justas con enfoque de Derechos Humanos y de género?. Análisis de casos con resolución de la Segunda Sala de Lima entre Setiembre y Diciembre 2011”, Pontificie Universidad Católica del Perú, 2013
- Helen Thiers Hernandez. “El consentimiento de la víctima en los delitos de violencia intrafamiliar”. Universidad de Sevilla, España, Tesis para optar el grado de master en Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, 2012.
- Aura Marina Escobar Fernandez. “Perspectiva jurídica, económica y social de los efectos de las actitudes de la mujer como víctima y victimaria de la violencia intrafamiliar en Guatemala”, Universidad de San Carlos de Guatemala- Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, para optar el título de Licenciada en Ciencias Jurídicas y sociales, abogada y notaria.

- Ketty Judith Loor Molina. “Estudio de la violencia intrafamiliar y su incidencia en la adaptación escolar y en el desarrollo académico en el quinto año de la Escuela Particular Marista Pio XII” Santo Domingo de Sachilas Abril- octubre del año lectivo 2009. Tesis para optar el título de licenciada en Psicología, Universidad Técnica Particular de Loja.