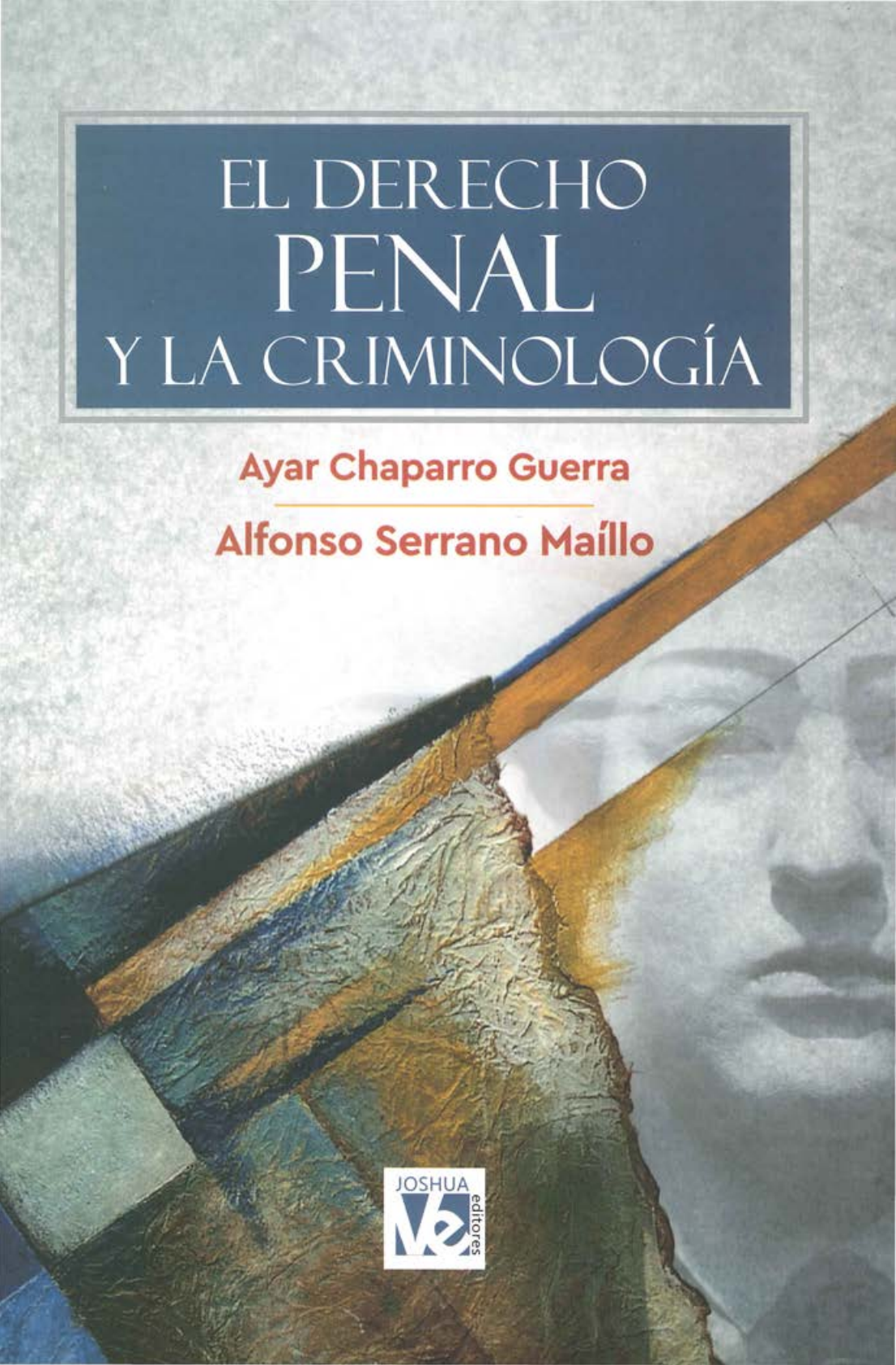
EL DERECHO PENAL Y LA CRIMINOLOGÍA

Ayar Chaparro Guerra

Alfonso Serrano Maíllo



JOSHUA editores

El derecho penal y la criminología

Primera edición: septiembre 2018
Tiraje: 500 Ejemplares

© **Ayar Chaparro Guerra**
Alfonso Serrano Maíllo
-coordinadores-

© **Joshua V&E S.A.C.**

Av. Brasil 1684 Fnd. Oyague - Lima - Pueblo Libre
Lima - Perú
Teléf. 01-4016451
E-mail: joshua.editores@gmail.com

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú

Nº 2018-13780

ISBN: 978-612-4200-00-7

Diagramación:

José Luis Vizcarra Ojeda
Cristofer Jason Vizcarra Ojeda

Diseño de carátula:

Omar Suri
www.cromosapiens.com

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transferirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor y del autor.

Impreso en el Perú 2018 Printed in Peru

CRIMINALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER E INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR EN EL PERÚ

*Ana Calderón Sumarriva**

1. Antecedentes

Mediante Resolución Legislativa N° 26583, publicada el 25 de marzo de 1996 en el diario oficial "El Peruano", el Estado peruano suscribió la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará)[1]. Sin embargo, el tratamiento que otorgó a los casos de violencia contra los integrantes de

* Doctora en Derecho por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Directora de la Escuela de Altos Estudios Jurídicos EGACAL en Lima, Perú. Docente en las Escuelas de Posgrado en Derecho de la Universidad Particular San Martín de Porres y en la Universidad Nacional Federico Villarreal en Lima, Perú.

1 "Esta Convención es un instrumento de tipo regional que rige solamente en el continente americano, a la fecha son parte treinta y dos Estados del continente.. En él se definió por primera vez la violencia contra la mujer como "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" (artículo 1), entiende que las situaciones de violencia incluyen "la violencia física, sexual y psicológica que tenga lugar i) dentro de la familia o en cualquier relación interpersonal, con independencia de que el agresor comparta el domicilio con la mujer, o ii) en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona, así como aquella que ocurra en instituciones de educación, de salud o en cualquier otro lugar" (artículo 2, literales a y b), superando ostensiblemente la CEDAW dentro del Sistema Universal, que se limitó a la problemática de la discriminación". (BUSTAMANTE ARANGO, Diana M. y VÁSQUEZ HENAO, Paola. La Convención Belem do Pará un balance

la familia no significó la criminalización, sino la protección que se podía brindar dentro del campo del derecho de familia, salvo aquellas vulneraciones más graves a la vida, la integridad corporal y la libertad sexual que estaban penalizadas. Al respecto, en nuestro **Código Penal** encontramos la mención a la relación parental como una circunstancia agravante en diversas figuras típicas como el parricidio, las lesiones graves o leves, la exposición de personas en peligro y la violación sexual.[2] En ningún tipo penal existió consideración especial a la discriminación o violencia contra la mujer, salvo que se tratara de una situación de especial de vulnerabilidad, como es el caso de una mujer gestante.[3]

Lo cierto es que no existiera violencia dentro de los hogares y contra las mujeres, sino que era un fenómeno no visibilizado, por la negativa del Estado de ingresar en el ámbito íntimo de la familia y con la idea de salvaguarda a toda costa "su integridad".

La violencia contra la mujer se incrementa día a día y ello tiene relación con la nueva posición que la mujer ha alcanzado en las estructuras sociales, es decir, su posicionamiento. Pero además con lo intolerable que puede ser para algunos el que la mujer pueda tomar decisiones, tomar parte de una discusión o realizar conductas que en un "varón" son normales e, incluso, motivo de alabanza, pero que vistas en una mujer generan el repudio, principalmente moral.

Como siempre sucede en nuestro país, los cambios en la realidad superan ampliamente los avances normativos y las políticas públicas, incluidas entre estas últimas la formación y el tratamiento de la salud

en el aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a 16 años de su puesta en vigor. En *Civilizar 11*, enero -junio del 2011, p. 18).

2 Se puede apreciar en el artículo 170° inciso 2 del Código Penal en el que se prevé como agravante del delito de violación sexual que el agente tenga una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge o conviviente, o descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines a la víctima; de igual modo en el artículo 128° (exposición de personas a peligro) existía un mayor reproche si existe un grado de parentesco consanguíneo con la víctima o esta es menor de edad, o en el artículo 152° que prevé para el secuestro la agravante de que el agraviado sea pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad (inciso 6).

3 En el artículo 150° del Código Penal se tipifica el abandono de la mujer en estado de gestación y en condición crítica, o en el artículo 189° inciso 7 de la primera escala punitiva, o en el artículo 152, inciso 13, que la víctima del secuestro se encuentre en estado de gravidez.

mental. La miopía de nuestros legisladores y gobernantes determina que tardíamente se reaccione ante situaciones como las que vivimos ahora y se piense solucionar la violencia con violencia, aunque finalmente sea "formalizada". El derecho penal es la reacción, pero no la solución, por lo que no es la salida recomendable cuando en medio está la familia o aspectos culturales tan arraigados como la desvalorización de la mujer.

Progresivamente se fueron incorporando medidas destinadas al reguardo de los derechos de la mujer en el ámbito penal. Así, en el ámbito procesal se incorporaron medidas destinadas a evitar revictimización o victimización secundaria, como mantener la reserva de la identidad de la víctima (que debiera ser desde el conocimiento de la noticia criminal), la restricción de ingreso de personas al examen médico legal (solo debe ingresar el médico y personas de confianza que la víctima autorice), y que se evite interrogarla en varias oportunidades sobre lo sucedido y que se otorgue valor a la declaración emitida en el nivel preliminar bajo determinadas garantías, como la presencia del fiscal o la implementación la Cámara Gesell (aún existen dificultades de infraestructura, carencia de profesionales competentes y de debate al determinar su carácter de prueba preconstituida o prueba anticipada).[4]

Las posteriores reformas en el Código Penal[5] incluyen varios aspectos, desde la consideración del feminicidio con autonomía respecto al parricidio y considerando sus modalidades (íntimo y no íntimo)[6], pasando por la tipificación como figuras autónomas del delito de lesiones graves o leves contra integrantes de la familia y la mujer, así como la incorporación dentro del

4 Se modificó el Código Procesal Penal de 2004 para considerarla la entrevista única en Cámara Gesell como prueba anticipada, sin advertir que para que tenga dicha condición debe realizarse en audiencia y estar dirigida por el juez de investigación preparatoria. Esto fue advertido por la Corte Suprema en cuyo Acuerdo Plenario 5-2016-CJ/116 estableció que sería una modalidad de prueba anticipada *sui generis* sin intervención judicial.

5 El punto de quiebre se presenta con la sanción de la Ley N° 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar) que entró en vigencia el 23 de noviembre de 2015, el Decreto Legislativo N° 1323 (Decreto Legislativo que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género) que entró en vigencia el 5 de enero de 2017 y luego la Ley N° 30819 (Ley que modifica diversos artículos del Código Penal y del Código del Niño y Adolescente), vigente desde el 20 de junio de 2018.

6 Artículo incorporado por el artículo 2° de la Ley N° 30068, publicada el 18 de julio de 2013 en el diario oficial "El Peruano".

marco de protección a los daños psíquicos y psicológicos, hasta el incremento del reproche penal en casos de daños físicos y psíquicos menores (que anteriormente hubieran correspondido a faltas contra la persona). Estos daños son tipificados, sin embargo, como delitos de agresiones y finalmente, el agravamiento de las agresiones sin daño bajo la fórmula de las faltas contra la persona es conocida como "maltrato".

2. Dificultades en la aplicación de los tipos penales

La criminalización de la violencia contra la mujer y los integrantes de la familia no solo ha significado trasladar una buena porción de la carga procesal de la especialidad familiar al ámbito penal, sino que ha generado controversias sobre el tratamiento de este problema debido a la sensibilidad y cuidado que deben tener los operadores de justicia si tenemos en cuenta que nos encontramos en medio de un problema que involucra a la familia.

Creo que nadie podría discutir sobre la imposibilidad de hablar de familia cuando esta es el centro de vejaciones, maltrato moral, psicológico y físico. Sin embargo, también se debe reconocer la importancia de diferenciar situaciones graves que requieren ser castigadas de aquellas otras que pueden presentarse en la cotidianidad de las relaciones humanas y que en favor de la protección de la familia requieren ser tratadas más que sancionadas.

Advertimos un tratamiento severo en todas las modalidades delictivas, pero sin atacar el origen de los problemas, sino solo reaccionando ante las situaciones que se presentan. Pero además, con la dificultad de que en algunos casos no se puede distinguir debidamente las conductas ilícitas por los espacios dudosos que ha dejado el legislador penal.

En el feminicidio, lo primero que debe definirse es si solo se le sanciona con mayor pena por afectar el bien protegido llamado vida humana independiente. Desde nuestro punto de vista existe una pluralidad de bienes jurídicos afectados: la dignidad y la igualdad material en relación con la mujer, considerando que los contextos reconocidos por el legislador muestran la "cosificación" de la mujer o su desvaloración o discriminación. Así como en el delito de parricidio la razón del incremento del reproche penal es no tener en consideración el vínculo o relación parental que une al agente con la víctima, en el caso bajo análisis supone en considerar a la víctima como un objeto o

menospreciar su importancia y posibilidades de desarrollo a plenitud como cualquier ser humano.

Por otro lado, no todo acto de extinción de la vida de una mujer puede ser calificado como feminicidio: es fundamental considerar los elementos contextuales en la tipificación objetiva, los cuales no solo deben ser mencionados en la imputación del fiscal, sino también debidamente explicados para el caso concreto y acreditados con suficientes elementos de convicción. Si se hace referencia a un contexto de violencia familiar, deberá **acreditarse la relación de fa**miliaridad dentro del marco de la Ley N° 30364 (que reconoce esta relación de manera extensiva y amplia) y la existencia de indicios de violencia (física, psicológica, sexual, económica o moral), como por ejemplo: si existen antecedentes de violencia denunciados ante las autoridades, testimonios de vecinos o familiares, exámenes médicos o psicológicos, entre otros.

En lo que refiere al delito de lesiones, existe un cambio trascendental respecto al bien jurídico protegido, puesto que no solo se va considerar la integridad física o corporal en el amparo que pueda brindar el derecho penal, sino también las dimensiones psíquica y moral de la integridad personal, lo que se positiviza de modo general el daño psíquico muy grave, grave y moderado, y de modo particular para el caso de los integrantes de la familia y la mujer, además del daño físico o corporal, y finalmente el daño psicológico y la humillación o denigración.

Hasta el momento no existen criterios que permitan diferenciar los grados de gravedad del daño psíquico, y a su vez, este tipo de daño en relación con la afectación psicológica y moral.

Si bien es cierto que la amplitud en el marco de protección puede significar un avance, también genera enormes problemas en relación con la diferencia entre una figura y otra, principalmente porque en un primer momento el legislador pretendió equiparar los criterios de determinación del daño físico o corporal con el psíquico. Luego, se estableció que debían ser diferentes en cuanto a su tratamiento, dejando en manos de los peritos psiquiatras su determinación.

Es innegable que en los actos de violencia contra mujer y los integrantes de la familia no necesariamente se establecerá la presencia del daño físico o corporal, y más bien dejarán huellas y afectaciones en

el ámbito psíquico. Sin embargo, la calificación de daños muy graves, graves o moderados es muy difícil de establecer: tal vez cualquier situación permanente será grave respecto a la que es transitoria, o la pérdida de una facultad cognitiva o emocional será grave ante la disminución de dicha facultad, o el que la persona requiera un tratamiento o internamiento en un centro especializado con la respectiva medicación, respecto a quien solo deba recibir la orientación psicológica.

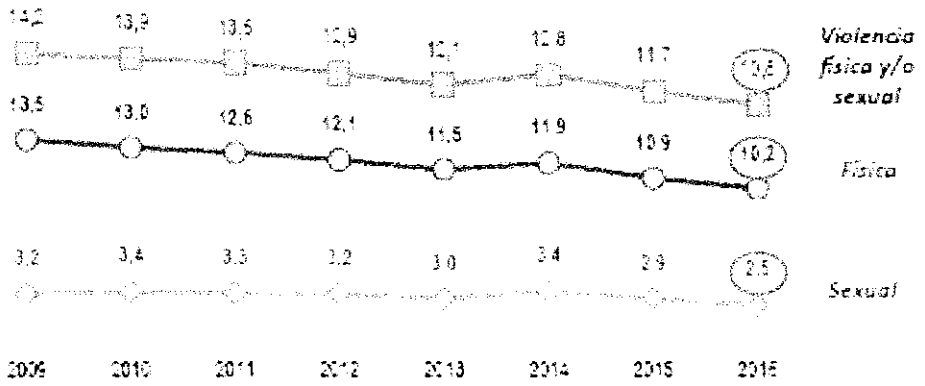
Otro problema que suscita esta tipificación es la consideración del nexo de causalidad, en tanto el padecimiento de violencia puede generar un efecto inmediato o aparecer después de varios meses.

En junio de 2018, la **última modificación** en la Ley N° 30819 introdujo cambios en el delito de lesiones respecto a los criterios cuantitativos para calificarlas como graves o leves. Así, se establece para lesiones graves de veinte a más días de atención facultativa e incapacidad para trabajar (antes era de treinta a más **días**), mientras que en el caso de lesiones leves más de diez y menos de veinte días de atención facultativa e incapacidad para trabajar (antes era más de diez y menos de treinta días). El legislador no optó por un incremento de la pena, sino más bien bajar el margen para la tipificación, lo que indirectamente logra agravar determinadas conductas.

La denominada falta contra la persona en la modalidad de lesiones (menos de diez días de atención facultativa o incapacidad para el trabajo), agravada por ser contra la mujer o integrantes de la familia, pasa a convertirse en el delito de agresiones previsto en el artículo 122°-B del Código Penal, que a su vez prevé circunstancias agravantes. Finalmente, el maltrato, que era una falta que no tenía mayor relevancia, configura aquellos casos en los que no existe daño físico o psicológico, pero si humillaciones o degradación reiterada contra la mujer e integrantes de la familia.

Un delito que ya tiene una represión bastante alta es el de las violaciones sexuales, considerando la agravante de que sea cometido por personas que pertenecen al mismo grupo familiar (ámbito en el que se muestran las tasas más altas); sin embargo, pese a la dureza de las penas, este delito no ha disminuido: por el contrario, sigue aumentando de forma alarmante.

PERÚ: VIOLENCIA FÍSICA Y/O SEXUAL EJERCIDA POR EL ESPOSO O COMPAÑERO EN LOS ÚLTIMOS MESES, 2009 - 2016 (Porcentaje)



Fuente: Instituto Nacional de Estadística e informática - Encuesta Demográfica y de Salud Familia.

Los actos de violencia contra la mujer o integrantes de la familia no solo se circunscriben a las afectaciones anteriormente señaladas, que por cierto serían las que mayor gravedad representan, sino también a actos contra el patrimonio como hurtos, apropiación, usurpación o defraudaciones, a las que por la relación de parentesco alcanzaba antes la excusa absolutoria establecida en el artículo 208° del Código Penal (al que se le ha establecido la limitación de no aplicarse cuando se trata de estos casos).

En cuanto a la libertad personal, su reconocimiento se limita a los actos de trata de personas, y omite su consideración particular en casos de coacción o de secuestro; del mismo modo, omite su tratamiento en el ámbito de la libertad de trabajo, en el que merecería también un tratamiento específico por la discriminación y explotación de mujeres y, eventualmente de los integrantes de la familia.

Con la última modificación establecida por la Ley N° 30819, se han contemplado en los diversos tipos penales circunstancias agravantes, y entre estas últimas la más trascendente: la de considerar el estado de ebriedad o intoxicación del agente, que normalmente se evaluaba como una causa de exculpación (artículo 20°) o de atenuación de la pena (artículo 21°). En

consecuencia, se estaría acudiendo a la imputación extraordinaria[7] y a la teoría del *actio libera in causa*.[8]

3. Incremento de penas, pena efectiva e imposibilidad de salidas distintas

En la parte general del Código Penal se prevé el incremento de las penas como una circunstancia agravante cualificada, que de acuerdo al artículo 45°-A de la norma penal sustantiva consiste en imponer una sanción por encima del máximo de la pena. Dicha sanción de acuerdo al artículo 46° - E (incorporado por la Ley N° 30364) sería de hasta un tercio cuando el sujeto activo se aproveche de su calidad de ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, padrastro o madrastra, cónyuge o conviviente de la víctima, sanción que no podrá exceder en todo caso, los treintaicinco años de pena privativa de libertad, y se aplicará siempre que no esté contemplada como agravante específica en algún tipo penal.

Esta situación no solo constituye un criterio general de agravación, y como hemos visto en algunos tipos penales un criterio específico, sino también será imposible pensar en una pena suspendida por la modificación introducida al artículo 57° del Código Penal mediante la Ley N° 30070, vigente desde el 29 de diciembre de 2017.[9]

Sea que se trate de tipos penales graves o menos graves se observa la alternativa de una pena efectiva y, además, la imposibilidad de llegar a

---

7 "(...) la imputación debe llamarse extraordinaria, cuando en el momento decisivo la persona en cuestión no está en condiciones de evitar la producción del suceso o de realizar la acción en cuestión, pero puede reprochársele precisamente que se encuentre en esa situación de imposibilidad o incapacidad (...)". (HRUSCHKA, Joachim. "La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. Sobre la historia y significado de la diferencia entre el *actio libera in se* y *actio libera in sua causa*." En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 12, 2003, p. 216).

8 "Algo es forzado considerado en sí mismo, pero no en su causa, cuando alguien se encuentra en el momento adecuado en una situación tal que no puede resistir el empleo de la violencia, pero es culpable de encontrarse en esa situación...En cambio es algo forzado en sí mismo, y al mismo tiempo, en su causa, cuando alguien no tiene la culpa de encontrarse en una situación en la que se puede forzar a algo con violencia." (HRUSCHKA, Joachim. Op. cit., p. 220).

9 "(...) para las personas condenadas por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar del artículo 122-B, y por el delito de lesiones leves previsto en los literales c), d) y e) del numeral 3) del artículo 122".

acuerdos reparatorios o la aplicación del principio de oportunidad. Todo esto, tal vez, en la medida en que el agresor pueda tornarse más violento y el fenómeno de violencia continúe. Corresponde entonces preguntarse si contener la violencia en las prisiones es la mejor solución.

La reacción no es la mejor respuesta que el Estado puede dar cuando se trata de un problema que involucra la cultura, la familia y los sectores vulnerables.

4. A manera de conclusión

En la reacción se hace evidente que el Estado carece de conciencia en cuanto a su corresponsabilidad en este tema. No solo por esperar que las cifras sigan creciendo hasta convertirse en un fenómeno frecuente e incontrolable, razón por la cual se adopten medidas tardías; sino también por la ausencia de políticas educativas y de salud mental que permitan prevenir la actuación agresiva en el seno familiar o contra la mujer en contextos de violencia, discriminación, acoso o prevalimiento.

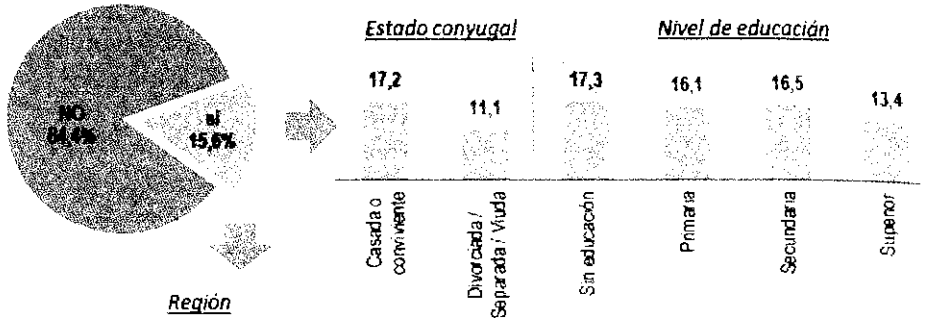
Es importante considerar la reflexión de Larrauri respecto a que hay que tener en cuenta que la violencia contra la mujer se da en un marco de subordinación, de desigualdad, en los que también existen factores de riesgo como el alcoholismo o la marginación social. Ello mismo sucede con la violencia contra integrantes de la familia como niños, niñas, adolescentes o adultos mayores. Como añade esta autora, el "feminismo oficial" se ha convertido en "feminismo punitivo".[10] Lo que se está haciendo actualmente es criminalizar los problemas sociales complejos.

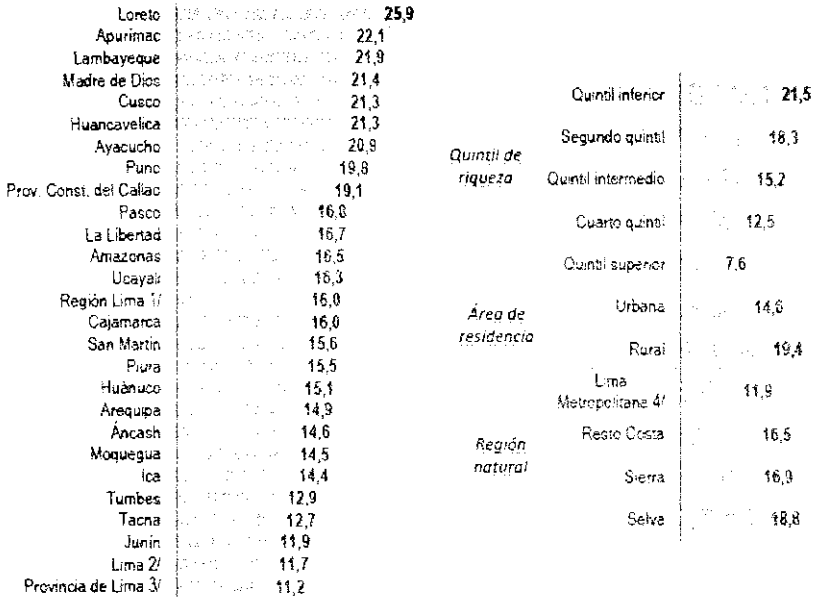
No estamos en la línea de dejar impunes los atentados contra la mujer o los integrantes de la familia, pero creemos que el derecho penal no basta para solucionar el problema.

Es necesario confrontar lo que pensamos con cifras:

10 LARRAURI, Diana. Criminología crítica y violencia de género. Madrid. Editorial Trotta. 2007, p. 68.

VIOLENCIA FÍSICA EJERCIDA POR EL ESPOSO O COMPAÑERO, BAJO LOS EFECTOS DEL LICOR/DROGAS O AMBAS EN LOS ÚLTIMOS 12 MESES, 2016. (Porcentaje)





1/ Comprende las provincias: Barranca, Cajatambo, Canta, Cañete, Huaral, Huarochirí, Huaura, Oyón y Yauyos.

2/ Comprende la provincia de Lima y la Región Lima.

3/ Comprende los 43 distritos que conforman la provincia de Lima.

4/ Comprende la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao.

Fuente: Instituto Nacional del Estadística e Informática - Encuesta Demográfica y de Salud Familiar.

5. Referencias bibliográficas

- BUSTAMANTE ARANGO, Diana M. y VÁSQUEZ HENAO, Paola. La Convención Belem do Pará: un balance de su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a 16 años de su puesta en vigor. En *Civilizar 11*, Enero – Junio de 2011.
- HRUSCHKA, Joachim. La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. Sobre la historia y significado de la diferencia entre *actio libera in se* y *actio libera in sua causa*. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2da. Época. N° 12, 2003.
- LARRAURI, Diana. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid. Editorial Trotta. 2007.