

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

**ESCUELA DE POSGRADO**



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y  
CIENCIAS POLÍTICAS**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**TESIS:**

**PRINCIPIOS JURÍDICOS PENALES VULNERADOS CON LA  
REGULACIÓN DEL DELITO DE AGRESIONES EN CONTRA DE LAS  
MUJERES O INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR**

Para optar el Grado Académico de

**MAESTRO EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

Presentada por:

**Bachiller: ELVIS IVÁN ZAMORA RAMOS**

Asesor:

**Dr. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA**

Cajamarca, Perú

2022

COPYRIGHT © 2022 by  
**ELVIS IVÁN ZAMORA RAMOS**  
Todos los derechos reservados

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



### **UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

#### **PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

#### **TESIS APROBADA:**

#### **PRINCIPIOS JURÍDICOS PENALES VULNERADOS CON LA REGULACIÓN DEL DELITO DE AGRESIONES EN CONTRA DE LAS MUJERES O INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR**

Para optar el Grado Académico de

#### **MAESTRO EN CIENCIAS**

#### **MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

Presentada por:

**Bachiller: ELVIS IVÁN ZAMORA RAMOS**

#### **JURADO EVALUADOR**

Dr. Juan Carlos Tello Villanueva  
Asesor

Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva  
Jurado Evaluador

Dr. Saúl Alexander Villegas Salazar  
Jurado Evaluador

M.Cs. Nilton Yaquilin Rojas Ruiz  
Jurado Evaluador

**Cajamarca, Perú**

**2022**



**Universidad Nacional de Cajamarca**  
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD  
**Escuela de Posgrado**  
CAJAMARCA - PERU



**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

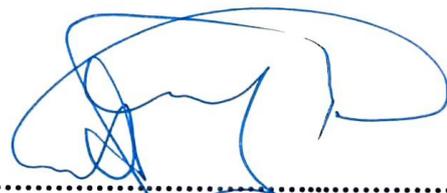
**ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS**

Siendo las 18:50 horas, del día 18 de noviembre de dos mil veintidós, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. OMAR NATHANAEL ÁLVAREZ VILLANUEVA**, **Dr. SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR**, **M.Cs. NILTON YAQUILIN ROJAS RUIZ** y en calidad de Asesor el **Dr. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA**, Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada **“PRINCIPIOS JURÍDICOS PENALES VULNERADOS CON LA REGULACIÓN DEL DELITO DE AGRESIONES EN CONTRA DE LAS MUJERES O INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR”**, presentada por el **Bachiller en Derecho y Ciencia Política ELVIS IVÁN ZAMORA RAMOS**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de ...DIECISEIS (16) BUENO la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bachiller en Derecho y Ciencia Política ELVIS IVÁN ZAMORA RAMOS**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de la Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA**.

Siendo las 19:50 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

  
.....  
**Dr. Juan Carlos Tello Villanueva**  
Asesor

  
.....  
**Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva**  
Jurado Evaluador

  
.....  
**Dr. Saul Alexander Villegas Salazar**  
Jurado Evaluador

  
.....  
**M.Cs. Nilton Yaquilin Rojas Ruiz**  
Jurado Evaluador

A:

Elmer y Edelmira, por ser los pilares de mi vida.

Karina, por ser mi ejemplo de perseverancia y superación profesional.

Sandy, por ser mi compañera de vida.

Gabriel, por ser la fuente de mi felicidad y motivación para lograr todos los objetivos.

## **AGRADECIMIENTO**

A mis maestros, especialmente a mi asesor, por su invaluable orientación para el desarrollo de la presente investigación.

Cuanto más primitivo es un pueblo, tanto mayor es la importancia de las normas penales en el seno del ordenamiento jurídico.

Durkheim

## CONTENIDO

AGRADECIMIENTO.....	vi
GLOSARIO.....	xi
RESUMEN .....	xii
ABSTRACT .....	xiii
INTRODUCCIÓN .....	xiv
CAPÍTULO I .....	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	1
1.1. El problema de la investigación .....	1
1.1.1. Contextualización o problemática .....	1
1.1.2. Descripción del problema .....	7
1.2. Formulación del problema.....	8
1.3. Justificación de la investigación .....	8
1.4. Formulación de hipótesis .....	10
1.5. Objetivos.....	10
1.5.1. Objetivo general.....	10
1.5.2. Objetivos específicos.....	10
1.6. Ámbito de la investigación .....	11
1.6.1. Espacial .....	11
1.6.2. Temporal.....	11
1.7. Tipo de investigación .....	11
1.7.1. De acuerdo al fin que se persigue .....	11
1.7.2. De acuerdo al diseño de investigación .....	12
1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan .....	12
1.8. Métodos de investigación.....	13
1.8.1. Genéricos .....	13
1.8.2. Propios del Derecho .....	14
1.9. Técnicas de investigación .....	16
1.10. Instrumentos .....	17
1.11. Unidad de análisis y observación.....	17
1.12. Universo y muestra .....	17
1.13. Estado de la cuestión.....	18

CAPÍTULO II .....	21
MARCO TEÓRICO.....	21
2.1. Marco filosófico .....	21
2.2. Derecho Penal .....	27
2.2.1. Aspectos generales .....	27
2.2.2. Definición del Derecho Penal.....	28
2.2.3. Poder Punitivo .....	31
2.2.4. Derecho Penal simbólico .....	47
2.2.5. Derecho Penal Mínimo. ....	50
2.3. Principios jurídicos que sustentan el Derecho Penal .....	54
2.3.1. Definición de principios jurídicos.....	54
2.3.2. Principio de proporcionalidad.....	55
2.3.3. Principio de lesividad. ....	60
2.3.4. Principio de mínima intervención del Derecho Penal o <i>última ratio</i> . 62	
2.3.5. Principio de legalidad.....	70
2.4. Protección de las mujeres e integrantes del grupo familiar en el Derecho Penal peruano. ....	75
2.4.1. Aspectos preliminares .....	75
2.4.2. Delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar tipificado en el artículo 122-B del Código Penal peruano. .	77
2.4.3. Exposición de motivos del Decreto Legislativo N.º 1323.....	82
2.4.4. Posturas a favor y en contra de la incorporación del artículo 122-B al Código Penal Peruano .....	89
2.5. Análisis del delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, desde la política criminal.....	93
CAPÍTULO III .....	99
CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS .....	99
3.1. Procedimiento de contrastación de hipótesis.....	99
3.2. Respecto a la vulneración del principio de proporcionalidad .....	100
3.2.1. Sub principio de idoneidad.....	103
3.2.2. Sub principio de necesidad.....	105
3.2.3. Sub principio de proporcionalidad en sentido estricto .....	110
3.3. Respecto a la vulneración del principio de lesividad.....	118
3.4. Respecto a la vulneración del principio de mínima intervención del Derecho Penal o <i>última ratio</i> . ....	121
3.5. Respecto a la vulneración del principio de legalidad .....	125

CAPÍTULO IV .....	130
FORMULACIÓN DE PROPUESTA .....	131
CAPÍTULO V .....	134
CONCLUSIONES.....	134
CAPÍTULO VI.....	137
RECOMENDACIONES .....	137
LISTA DE REFERENCIAS .....	138
ANEXOS .....	143

## GLOSARIO

**Mujer:** De acuerdo al artículo 7 de la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar – Ley N.º 30364, es la persona de sexo femenino durante todo su ciclo de vida: niña, adolescente, joven, adulta y adulta mayor.

**Miembros del grupo familiar:** Según el artículo 7 de la Ley para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar – Ley N.º 30364, son los cónyuges, excónyuges, convivientes, exconvivientes; padrastros, madrastras; o quienes tengan hijas o hijos en común; las y los ascendientes o descendientes por consanguinidad, adopción o por afinidad; parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o adopción y segundo grado de afinidad; y quienes habiten en el mismo hogar siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, al momento de producirse la violencia.

## RESUMEN

En la presente investigación reflexionamos respecto a la incorporación del artículo 122-B al Código Penal. Por ello nos preguntamos ¿Cuáles son los principios jurídicos penales vulnerados con la regulación del delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar?. Al respecto, consideramos que la criminalización de esta conducta debería sustentarse en los principios del Derecho Penal. No obstante, en la exposición de motivos del Decreto Legislativo N.º 1323, que incorporó dicha conducta al Código Penal, no se desarrollan los principios jurídico penales que sustentan dicha criminalización. Por el contrario, solamente se limitan a establecer criterios estadísticos.

Como solución a la pregunta planteada, se ha formulado como hipótesis, que los principios jurídicos penales que vulnera la regulación del delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, tipificado en el artículo 122-B del Código Penal, son los siguientes: principio de proporcionalidad, lesividad, mínima intervención del Derecho Penal o *última ratio* y legalidad.

Durante el desarrollo de la tesis nuestra hipótesis fue contrastada parcialmente; es decir, se contrasta referente a los principios de proporcionalidad, lesividad y mínima intervención del Derecho Penal o *última ratio*, mas no respecto al principio de legalidad. Por tal motivo proponemos la modificación del artículo 122-B del Código Penal.

**Palabras clave.** Principios jurídicos penales. Violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar. Principio de proporcionalidad. Principio de lesividad. Principio de mínima intervención del Derecho Penal o *última ratio*. Principio de legalidad.

## ABSTRACT

*In the present investigation we reflect on the incorporation of article 122-B to the Penal Code. That is why we ask ourselves: What are the criminal legal principles violated with the regulation of the crime of aggression against women or members of the family group? In this regard, we believe that the criminalization of this behavior should be based on the principles of Criminal Law. However, in the statement of reasons for Legislative Decree No. 1323, which incorporated said conduct into the Criminal Code, the criminal legal principles that support said criminalization are not mentioned. On the contrary, they are only limited to establishing statistical criteria.*

*As a solution to the question posed, it has been formulated as a hypothesis that the criminal legal principles that violate the regulation of the crime of aggression against women or members of the family group, typified in article 122-B of the Penal Code, are the following: principle of proportionality, harmfulness, minimum intervention of Criminal Law or ultima ratio and legality.*

*During the development of the thesis our hypothesis was partially contrasted; that is, it is contrasted with respect to the principles of proportionality, harmfulness, minimal intervention of Criminal Law or ultima ratio and legality, but not with respect to the principle of harmfulness. For this reason we propose the modification of article 122-B of the Penal Code.*

**Keywords.** *Criminal legal principles. Violence against women and members of the family group. Principle of proportionality. Harmful principle. Principle of minimal intervention of Criminal Law or last ratio. Principle of legality.*

## INTRODUCCIÓN

La violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, es un problema social que existe en nuestro país desde hace muchos años atrás. Las estadísticas del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, informan que dicha violencia crece anualmente. Así tenemos, que en el año 2017 se presentaron 95317 casos, y en el año 2021 se presentaron 163797 casos de violencia.<sup>1</sup>

Con la finalidad de disminuir los índices de este tipo de violencia, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Legislativo N.º 1323, publicado el 06 de enero del año 2017, mediante el cual incorporó el artículo 122-B al Código Penal, que tipifica el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar.

Al respecto, debemos señalar que en doctrina existen dos posturas; la primera, a favor de la criminalización de la conducta mencionada, por lo motivos siguientes: i) Considera que dicha criminalización se justifica por el especial contexto de sometimiento del agresor para con la víctima; ii) porque habría existido anteriormente un vacío normativo para sancionar tales agresiones; iii) porque hay un mayor reproche social por la familiaridad entre el agresor y la víctima; iv) por la especial vulnerabilidad de las mujeres en sus relaciones subjetivas con los hombres y la asimetría en las relaciones de poder entre hombres y mujeres; v) así como la necesidad de adecuación de la legislación nacional a los instrumentos

---

<sup>1</sup> Disponible en: [https://www.mimp.gob.pe/files/programas\\_nacionales/pncvfs/estadistica](https://www.mimp.gob.pe/files/programas_nacionales/pncvfs/estadistica)

internacionales; y vi) el incremento de casos de muerte y ataques contra las mujeres por su condición de tal.

La segunda postura, está en contra de dicha criminalización, por los siguientes motivos: i) Considera que el sistema penal está hipertrofiado al criminalizar el más mínimo episodio de agresividad en la pareja o familia; ii) no se evidencia ninguna tendencia a reducir dichas agresiones; iii) estigmatiza a la mujer como débil e indefensa, sin poner en cuestión la estructura política y cultural que las mantiene en roles subordinados; y iv) porque el Derecho Penal por su propia naturaleza y finalidad, no tendría la capacidad para solucionar la referida violencia.

Es por ello, que el objetivo seguido en esta investigación, fue determinar cuáles eran los principios jurídicos penales que vulnera el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, tipificado en el artículo 122-B del Código Penal. La hipótesis fue, que vulneraba los principios de proporcionalidad, lesividad, mínima intervención del Derecho Penal o *última ratio* y legalidad; sin embargo, durante el desarrollo de la tesis, nuestra hipótesis fue contrastada parcialmente, pues logramos establecer que el tipo penal analizado solamente vulnera el principio de legalidad.

La tesis ha sido dividida en cinco capítulos. En el primer capítulo nos ocupamos de los aspectos metodológicos, que nos permitió seguir el camino hacia el proceso de verificación de nuestras afirmaciones iniciales. En el segundo capítulo, se desarrolla el marco teórico, en el cual se han incluido las posiciones doctrinales que le dan

sustento a la presente investigación; en el tercer capítulo, se contrasta la hipótesis, referente a los principios de proporcionalidad, lesividad, mínima intervención del Derecho Penal o *última ratio* y legalidad; argumentando que solamente estaría siendo vulnerado el principio de legalidad, en su componente de determinación.

En el capítulo IV se formula una propuesta de modificación del artículo 122-B del Código Penal. En primer lugar, respecto a la modificación del tipo penal mencionado; y, en segundo lugar, respecto a la forma cómo debería tipificarse dicho delito.

Finalmente, en el capítulo V se formulan las conclusiones a las que se arriba, después de haber desarrollado la presente investigación, y las recomendaciones que se hacen al respecto.

# CAPÍTULO I

## ASPECTOS METODOLÓGICOS

### 1.1. El problema de la investigación

#### 1.1.1. Contextualización o problemática

La violencia ejercida en contra de las mujeres o los integrantes del grupo familiar, es un problema social que aqueja a nuestro país desde muchos años atrás, pues según las estadísticas del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, dicha problemática crece anualmente, conforme se puede apreciar en el cuadro siguiente<sup>2</sup>:

<b>Año</b>	<b>Total</b>	<b>Femenino</b>	<b>Masculino</b>
<b>2017</b>	95,317	81,009	14,308
<b>2018</b>	133,697	113,727	19,970
<b>2019</b>	181,885	155,092	26,793
<b>2020</b>	114,495	97,926	16,569
<b>2021</b>	163,797	140,833	22,964

Cuadro 01: Datos recopilados de los boletines estadísticos del Programa Nacional Aurora del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, sobre violencia hacia el hombre y mujer<sup>3</sup>.

Fuente: Elaboración propia.

---

<sup>2</sup> Ver anexo 01

<sup>3</sup> Disponible en: <https://portalestadistico.aurora.gob.pe/boletines/>

Ante el contexto descrito, el Estado peruano continuamente está emitiendo normas, con las que pretende detener la violencia ejercida contra las mujeres e integrantes de la familia. Una de tales normas es el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1323, publicado el 06 de enero del año 2017, que incorporó el artículo 122-B al Código Penal, el que a su vez fue modificado posteriormente, por el artículo 1 de la Ley N.º 30819, publicado el 13 de julio del año 2018. Dispositivo legal que tipifica como delito las agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, y que en su aspecto básico establece lo siguiente:

El que de cualquier modo cause lesiones corporales que requieran menos de diez días de asistencia o descanso según prescripción facultativa, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual que no califique como daño psíquico a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar 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 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.

Sin embargo, en la exposición de motivos<sup>4</sup> del Decreto Legislativo N.º 1323, no se advierte un desarrollo específico de los principios jurídicos penales que sustenten la incorporación del artículo 122-B en el Código

---

<sup>4</sup> Disponible en:

[http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposici%C3%B3n\\_de\\_motivo\\_dl\\_1323\\_\(1\).pdf](http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposici%C3%B3n_de_motivo_dl_1323_(1).pdf)); y

[http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposici%C3%B3n\\_de\\_motivo\\_dl\\_1323\\_\(2\).pdf](http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposici%C3%B3n_de_motivo_dl_1323_(2).pdf)

Penal. Por el contrario, sólo se menciona de manera genérica a encuestas y estadísticas, sin hacer una disgregación analítica sobre las agresiones leves, simples y graves que padecen las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Así mismo, se indica que tal tipificación se hace en cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Perú, descritas en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (*CEDAW*, por sus siglas en inglés) y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención *Belem do Pará*).

Por otro lado, debemos tener en cuenta que el bien jurídico que se pretende resguardar con el artículo 122-B, ya estaría protegido por los artículos 441° y 442° del Código Penal, que regulan las faltas contra la persona, en sus modalidades de lesión dolosa o culposa y maltrato, respectivamente. Al respecto, el artículo 441 del Código Penal, establece lo siguiente:

El que, de cualquier manera, causa a otro una lesión dolosa en el cuerpo o en la salud física o mental que requiera hasta diez días de asistencia o descanso, o nivel leve de daño psíquico, según prescripción facultativa, será reprimido con prestación de servicio comunitario de cuarenta a sesenta jornadas, siempre que no concurren circunstancias o medios que den gravedad al hecho, en cuyo caso es considerado como delito. Se considera circunstancia agravante y se incrementará la prestación de servicios comunitarios a ochenta jornadas cuando la víctima sea menor de catorce años o el agente sea el tutor, guardador o responsable de aquella.

Además, el artículo 442 del Código Penal, en su aspecto básico establece que:

El que maltrata a otro, física o psicológicamente, o lo humilla, denigra o menosprecia de modo reiterado, sin causarle lesión o daño psicológico, será reprimido con prestación de servicio comunitario de cincuenta a ochenta jornadas.

Incluso, el dispositivo legal antes mencionado, en sus literales b) y e) establece como circunstancias agravantes, cuando:

b. La víctima es cónyuge; ex cónyuge; conviviente; ex conviviente; padrastro; madrastra; ascendiente o descendiente por consanguinidad, adopción o afinidad; pariente colateral del cónyuge y conviviente hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; habita en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales; o es con quien se ha procreado hijos en común, independientemente de que se conviva o no al momento de producirse los actos de violencia, o la violencia se da en cualquiera de los contextos de los numerales 1, 2 y 3 del primer párrafo del artículo 108-B.

e. Si 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.

En tal sentido, es cierto que el Estado está realizando el esfuerzo de implementar medidas para luchar contra la violencia en contra de las mujeres e integrantes del grupo familiar. Sin embargo, advertimos que acudir al Derecho Penal y hacer un uso desproporcionado e irracional del poder punitivo, para sobrecriminalizar conductas, no estaría generando ninguna solución positiva, pues según los reportes estadísticos del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, la violencia aumenta cada año.

Respecto al uso actual que los Estados están haciendo del Derecho Penal, el profesor Hurtado Pozo (2019), indica que:

[Está] dejándose de lado sin miramientos tanto el objetivo de hacer del Derecho Penal el último medio al que debe recurrirse para orientar el comportamiento de las personas, como el del uso racional, proporcional y humanista del Derecho Penal (*última ratio*). Confirmándose además la creencia que la reacción represiva severa es el remedio apropiado para el problema social. (p.2)

Por su parte, Luigi Ferrajoli (2018) señala que “la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos, el principio de necesidad exige que se recurra a ella solo como remedio extremo; es decir, cuando los otros medios de control social hayan fallado” (p. 93).

El Derecho Penal siempre ha sido usado política y demagógicamente, para emitir normas “placebo”, las cuales no modifican sustancialmente casi nada de la legislación vigente, pero sí introducen endurecimientos punitivos que, no tienen la más mínima capacidad para reducir la cantidad de los delitos que deberían prevenir (Luigi Ferrajoli, 2018, p. 204).

Como se puede advertir, en doctrina se cuestiona y critica que en la actualidad algunos Estados, como el nuestro, acudan al Derecho Penal para tratar de prevenir y solucionar todo tipo de lesiones a los bienes jurídicos, incluso “las agresiones levísimas en contra de las mujeres e integrantes del grupo familiar, y no se cuestione la estructura política y cultural generadora de la violencia” (Laurenzo

Copello, 2017, p. 88). Entre tales críticos tenemos a Martínez García (2017), quien precisa lo siguiente:

Podemos afirmar que el efecto preventivo y comunicativo del Derecho Penal, siendo útil y necesario, no tiene capacidad para solucionar el problema [de violencia] que tenemos y, es más, no nace para tal fin, porque su naturaleza y finalidad es otra. Entendemos la decisión del legislador, dado que simbólicamente es el “gesto” más contundente que se le puede mostrar a una sociedad –el Derecho Penal–, pero no es el “freno” más eficaz, pues por su propia naturaleza éste es siempre la *última ratio*, cuando ya no quedan otras estrategias preventivas. (p.148)

De similar opinión es Benavides Ortiz (2017), quien señala lo siguiente:

Antes de expedir normas penales, el Estado debe esforzarse en el empoderamiento de la mujer y en construir una sociedad respetuosa de la identidad de sus mujeres y, en general, de la identidad y de las libertades individuales. Se debe promover una cosmovisión armónica en la que se valore, en pie de la igualdad, a las personas por ser personas. Este camino, sin usar el *ius puniendi*, puede resultar mucho más efectivo. (p.243)

Por tal motivo, nuestro Estado estaría asumiendo una postura equivocada y contraria a las posturas doctrinarias actuales, al tipificar como delito las agresiones en contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, olvidando que existen principios jurídicos como la proporcionalidad, lesividad, mínima intervención del Derecho Penal o *última ratio* y legalidad, que sustentan el Derecho Penal, y que deben tenerse en cuenta al momento de tipificar conductas delictivas.

### **1.1.2. Descripción del problema**

Como se ha señalado, una de las acciones adoptadas por el Estado peruano, ante el aumento de la violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar, ha sido incorporar el artículo 122-B al Código Penal, el cual sanciona penalmente a cualquier persona que cause lesiones corporales que requieran menos de diez días de asistencia o descanso según prescripción facultativa, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual que no califique como daño psíquico, a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B.

Como se puede advertir, se estaría sobrecriminalizando las agresiones que requieran menos de diez días de asistencia o descanso, así como las afectaciones psicológica, cognitiva o conductual que no califiquen como daño, debido a que dicho bien jurídico ya estaría protegido en los artículos 441 y 442 del Código Penal, que sancionan las faltas contra las personas.

Es comprensible que el Estado tenga la intención de afrontar el problema de violencia en contra de la mujer y de los integrantes del grupo familiar; sin embargo, para tipificar como delito tales conductas, debe analizarse si las mismas se sustentan en los principios del

Derecho Penal, a fin de que éste no pierda su funcionalidad y utilidad dentro del sistema jurídico.

## **1.2. Formulación del problema**

¿Cuáles son los principios jurídicos penales vulnerados con la regulación del delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, tipificado en el artículo 122-B del Código Penal?

## **1.3. Justificación de la investigación**

La presente investigación tiene un valor importante, desde un punto de vista doctrinario, porque va a permitir realizar un análisis crítico respecto de la actual regulación y pertinencia del delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, tipificado en el artículo 122-B del Código Penal. Todo ello en relación con los principios jurídicos que sustentan el Derecho Penal, tales como la *última ratio*, lesividad, proporcionalidad y legalidad. Es decir, se analizará si el tipo penal en mención es congruente con los principios del Derecho Penal; pues en doctrina se advierten pronunciamientos contradictorios, algunos a favor de la tipificación; y otros que critican la intervención penal para tratar de solucionar el problema de violencia, entre estos últimos tenemos a Lorenzo Copello (2017), Martínez García (2017) y Benavides Ortiz (2017).

Además, la presente investigación es importante porque permitirá aportar nuevos conocimientos jurídicos sobre la pertinencia de tipificar penalmente

la violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, tipificado en el artículo 122-B del Código Penal. De tal forma que se determine si dicha tipificación es contraria a los principios jurídico penales mencionados en el párrafo anterior.

Es así, que la presente tesis, servirá como una herramienta útil a los operadores del Derecho, legisladores y ciudadanía en general. A los primeros, les servirá para su aplicación diaria y adecuada ante los tribunales. A los segundos, les resultará útil porque apreciarán las deficiencias que pueda tener el tipo penal, de tal forma que procuren su derogación o modificación. A los terceros, les servirá para que conozcan de manera clara y precisa la conducta sancionada, de tal forma que se eviten conductas destinadas a su realización. Todo ello, resulta justificado, pues actualmente aún existen cuestionamientos al tipo penal antes mencionado, debido a que se considera que vulnera algunos principios jurídicos penales.

Así mismo, la presente investigación se justifica porque nos permitirá conocer la importante relación simbiótica que existe entre el tipo penal analizado y la Ley 30364 - Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Lo cual resulta de mucha utilidad para lograr un adecuado entendimiento del tipo penal, todo ello en relación con los principios jurídicos penales mencionados líneas arriba. Lo cual permitirá afrontar mejor las agresiones que el tipo penal pretende sancionar.

#### **1.4. Formulación de hipótesis**

Los principios jurídicos penales que vulnera la regulación del delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, tipificado en el artículo 122-B del Código Penal, son proporcionalidad, lesividad, mínima intervención del Derecho Penal o *última ratio* y legalidad.

#### **1.5. Objetivos**

##### **1.5.1. Objetivo general**

Determinar los principios jurídicos penales que vulnera el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, tipificado en el artículo 122-B del Código Penal.

##### **1.5.2. Objetivos específicos**

- A. Analizar la naturaleza jurídica del delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar.
  
- B. Analizar el contenido de los principios de proporcionalidad, lesividad, mínima intervención del Derecho Penal o *última ratio*, legalidad, como límites al *ius puniendi*.
  
- C. Diseñar una propuesta de modificación al tipo base del delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, tipificado en el artículo 122-B del Código Penal.

## **1.6. Ámbito de la investigación**

### **1.6.1. Espacial**

El ámbito espacial de la investigación está implícito, pues el artículo 122-B del Código Penal, es una norma que se aplica en el territorio peruano. No obstante, se analizó si la misma vulnera principios jurídicos.

### **1.6.2. Temporal**

El ámbito temporal de la investigación es la vigencia del artículo 122-B del Código Penal, el cual fue incorporado en el referido código, mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1323, publicado el 06 de enero del año 2017, y que se encuentra vigente hasta la actualidad.

## **1.7. Tipo de investigación**

### **1.7.1. De acuerdo al fin que se persigue**

La presente investigación es básica porque el principal objetivo es incrementar el conocimiento respecto a la actual tipificación del delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, tipificado en el artículo 122-B del Código Penal. Todo ello en relación con los principios jurídicos que sustentan el Derecho Penal, y posteriormente proponer su modificatoria. De este modo lograr que los

abogados, estudiantes, magistrados y público en general conozcan las deficiencias actuales que presenta el referido artículo 122-B del Código Penal, y de esta manera se inicie un debate sobre el tema.

### **1.7.2. De acuerdo al diseño de investigación**

#### **A. Descriptiva**

La presente investigación es descriptiva porque hemos analizado e identificado las deficiencias que posee en su contenido el artículo 122-B del Código Penal, en relación con los principios que sustentan el Derecho Penal.

#### **B. Propositiva**

La presente investigación es propositiva porque luego de analizar e identificar las deficiencias que posee en su contenido el artículo 122-B del Código Penal, en relación con los principios que sustentan el Derecho Penal, se procedió a elaborar una propuesta para modificar dicho dispositivo legal.

### **1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan**

La investigación es cualitativa porque cuestiona jurídica y dogmáticamente la actual regulación del artículo 122-B del Código Penal, en relación con los principios jurídicos del Derecho Penal.

## **1.8. Métodos de investigación**

### **1.8.1. Genéricos**

#### **A. Método Analítico**

Este método es aquel que posibilita “descomponer, dividir o separar el objeto que se estudia en sus elementos que lo componen, con la finalidad de analizar a cada uno por separado” (Villabella Armengol, 2019, p.17).

Usamos este método para realizar un análisis exhaustivo de los elementos que componen el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, tipificado en el artículo 122-B del Código Penal, así como de los principios que sustentan el Derecho Penal. De tal forma que se establezca la validez del referido tipo penal, frente a los principios de proporcionalidad, lesividad, mínima intervención o *última ratio* y legalidad.

#### **B. Método Deductivo**

Este método consiste en “sistematizar conocimiento desde aspectos o principios generales, para establecer inferencias que se aplican a situaciones particulares” (Villabella Armengol, 2019, p.18).

Usamos este método para analizar los principios jurídicos de proporcionalidad, lesividad, mínima intervención o *última ratio* y legalidad; y de este modo determinamos la validez de la tipificación del delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, tipificado en el artículo 122-B del Código Penal.

### **1.8.2. Propios del Derecho**

#### **A. Método Dogmático Jurídico**

Este método consiste en “visualizar y analizar el problema jurídico, sólo a la luz de las fuentes formales, por lo que su análisis se limitará a las normas legales o instituciones en las que está inscrito el problema” (Ramos Núñez, 2007, p.112).

Utilizamos este método para analizar los elementos que conforman el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, tipificado en el artículo 122-B del Código Penal, así como su relación con los principios jurídicos penales de proporcionalidad, lesividad, mínima intervención o *última ratio* y legalidad.

## **B. Método de Hermenéutica Jurídica**

Consiste en “entender los significados del objeto que se estudia” (Villabella Armengol, 2019, p.24), que en la presente investigación resulta ser el artículo 122-B del Código Penal.

Empleamos este método para entender e interpretar el tipo penal de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, ubicado en el artículo 122-B del Código Penal, así como los principios jurídicos penales de proporcionalidad, lesividad, mínima intervención o *última ratio* y legalidad.

## **C. Método sistemático**

Consiste en el estudio de un objeto en el “contexto de una estructura compleja en la que se integra, y que está conformada por diferentes subsistemas con características y funciones específicas interactuantes” (Villabella Armengol, 2019, p.19).

Usamos este método, para analizar el artículo 122-B del Código Penal y su relación con otros dispositivos legales que brindan protección a las mujeres e integrantes del grupo familiar. Así mismo, nos permitirá analizar dicho tipo penal en relación con los principios que sustentan al Derecho Penal.

## **1.9. Técnicas de investigación**

- 1.9.1.** Análisis documental.- Esta técnica nos permitió hacer una revisión de los documentos que contenían datos importantes para la investigación, tales como libros, revistas y documentos electrónicos, los cuales nos sirvió para obtener la información normativa y doctrinaria respecto de los principios jurídicos penales vulnerados con la regulación del delito de agresiones en contra de las mujeres e integrantes del grupo familiar, tipificado en el artículo 122-B del Código Penal.
- 1.9.2.** Selección y síntesis.- Nos permitieron, en un primer momento, escoger la información adecuada a la investigación; la que a su vez, en un segundo momento, fue sometida a un análisis e interpretación, para poder extraer información relevante.
- 1.9.3.** Fichaje.- Por esta técnica se revisó la documentación consistente en legislación, doctrina y jurisprudencial; luego, los datos relevantes se consignaron en fichas que sirvieron para sistematizar los contenidos de la investigación.

## **1.10. Instrumentos**

**1.10.1. Fichas bibliográficas.-** Las usamos para registrar los datos de los libros, revistas y documentos electrónicos que fueron revisados para la presente investigación. Lo cual nos permitió tener el registro completo las fuentes usadas.

**1.10.2. Fichas textuales.-** Son aquellas donde se recaban datos e información de libros, revistas y documentos electrónicos sin alterar el contenido de la fuente.

**1.10.3. Fichas de resumen.-** Se usaron para plasmar las ideas centrales de los libros, revistas y documentos electrónicos.

## **1.11. Unidad de análisis y observación**

La unidad de análisis y observación fue el artículo 122-B del Código Penal, que tipifica el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar; y los principios de proporcionalidad, lesividad, mínima intervención o *última ratio* y legalidad.

## **1.12. Universo y muestra**

No es aplicable por la naturaleza dogmática de la investigación.

### **1.13. Estado de la cuestión**

El estado de la cuestión se encuentra reflejado en todas aquellas investigaciones que tienen una formulación del problema similar al propuesto en esta investigación. En tal sentido se procedió a buscar en los siguientes repositorios:

Repositorio físico:

- a) Repositorio de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cajamarca.

Repositorios virtuales:

- a) Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI), a cargo de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU).
- b) Repositorio Nacional Digital de Ciencia, Tecnología e Innovación (ALICIA), a cargo del Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica (CONCYTEC).
- c) Repositorio Virtual de Postgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca.
- d) Repositorio Virtual de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

De la búsqueda, se tiene que, al momento de estar realizando este trabajo de investigación, el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, no ha sido estudiado desde la perspectiva que

nosotros planteamos. Sin embargo, de las investigaciones en torno al delito en mención, tenemos:

a. La tesis denominada “Principio de mínima intervención penal en el delito de agresiones contra la mujer o integrantes del grupo familiar. Huarney. 2020- 2021” de Rubisol Belén Campana Ávalos, quien plantea que el delito analizado sí transgrede el principio de mínima intervención del Derecho Penal.

b. La tesis denominada “Delito de agresiones contra la mujer o grupo familiar y la efectividad de la pena agravada” de Lidia Edith Cortez Quiñones, quien plantea que la pena agravada sí resulta efectiva para evitar consecuencias más graves, como feminicidios o muertes.

c. La tesis denominada “Incompatibilidad del principio de mínima intervención del Derecho Penal en el delito de agresiones contra las mujeres o integrantes del grupo familiar en el Distrito Judicial de Lima Este, 2019” de Ana Cecilia Tomaylla Arostegui, quien plantea que el mencionado principio resulta ser incompatible con el delito analizado, pues ha provocado el incremento de la carga procesal.

d. La tesis denominada “Ineficacia de la criminalización de agresiones físicas contra mujeres o integrantes del grupo familiar en distrito judicial Tacna - 2017” de Ivette Aracelli Muguera Casas, quien concluye que la

criminalización de las mencionadas agresiones es ineficaz, porque desintegra a la familia, desprotege a la víctima y no tiene efecto resocializador.

e. La tesis denominada “El delito de agresiones contra la mujer o integrantes del grupo familiar como expresión del Derecho Penal simbólico en Huánuco” de Irwing Jeff Gómez Castro, quien establece que el delito en cuestión sería expresión del Derecho Penal Simbólico, debido a que este tipo de agresiones aumenta cada año.

En consecuencia, si bien las investigaciones antes descritas plantean aspectos que están relacionados con la presente investigación; sin embargo, no abordan de manera directa lo que se plantea en ésta. Ello no limita que durante el desarrollo de la investigación se evidencie la existencia de otros investigadores que formulen planteamientos de problemas similares al propuesto.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. Marco lusfilosófico**

##### **2.1.1. Positivismo jurídico**

Para entender el positivismo jurídico, Norberto Bobbio (2007) plantea distinguirlo en tres aspectos diferentes: “1.- Como un modo de acercarse al estudio del derecho; 2.- Como una determinada teoría o concepción del Derecho; y 3.- Como una determinada ideología de la justicia” (p. 44).

Bobbio (2007) sostiene que, en el primer aspecto, es decir, como modo de acercarse al estudio del derecho, el positivismo jurídico “está caracterizado por una clara distinción entre derecho real y derecho ideal” (p.46). Es decir, plantea la diferencia entre el derecho que es, y que existe objetivamente en la ley; y el derecho que debe ser, y que involucra valores éticos. En tal sentido, “el jurista o estudioso del derecho deberá ocuparse del estudio y análisis del derecho como es.” (Bobbio, 2007, p. 47).

Bobbio (2007), indica que, en el segundo aspecto, es decir, el positivismo jurídico como teoría, debe ser entendido como “aquella concepción particular del derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: El Estado” (p. 49). Es por ello que el derecho, desde este aspecto, es entendido como un sistema pleno de normas que se aplican por la fuerza, por ser mandatos; dentro de las cuales, la ley tiene la supremacía normativa (Bobbio, 2007, p. 50).

En el tercer aspecto, es decir, el positivismo jurídico como ideología, “representa la creencia de ciertos valores y, sobre la base de esta creencia, confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal” (Bobbio, 2007, p. 52). Es decir, entiende al derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, como justo. Ello con la finalidad de mantener dentro de la sociedad, ciertos fines deseables, como el orden, la paz, la certeza y en general la justicia legal (Bobbio, 2007, p. 53).

Como se puede advertir, esta corriente iusfilosófica plantea un enfoque importante, al considerar al Derecho, como un conjunto de normas positivas o reglas, que son justas, por ser reales y por nacer del Estado. En tal sentido, nos permite entender de cierta manera la voluntad del legislador que emitió e incorporó el artículo 122-B en el Código Penal, en cuyo contenido debe estar expresada dicha voluntad de manera expresa. Por ello es importante para este enfoque que la norma penal específicamente sea examinada desde un criterio de tipicidad.

### **2.1.2. Postpositivismo**

También conocido como constitucionalismo, plantea que en el sistema jurídico no solamente está compuesto por reglas, sino también por principios jurídicos. Es por ello que este enfoque plantea que “la interpretación de la ley debe hacerse conforme a la Constitución (Aguiló Regla, 2007, p. 672).

Para este enfoque, la realidad no solamente presenta casos fáciles, sino también casos difíciles. Los primeros se solucionan aplicando la ley, es decir aplicando la regla, tal cual; los segundos, por el contrario, se solucionan aplicando una intensa actividad deliberativa y

justificativa, que permita ponderar los principios y derechos en conflicto (Aguiló Regla, 2007, p. 673).

En tal sentido, para este enfoque, en el momento que se examine el delito tipificado en el artículo 122-B del Código Penal, no debe limitarse a la evaluación de su contenido textual, contenido en el tipo penal, como propone el positivismo; sino que debe ser interpretado en base a los principios reconocidos por la Constitución, para establecer si está en armonía con la mencionada Carta Magna. Es decir, a través de este enfoque se podrá establecer si el tipo penal 122-B del Código Penal, respeta los principios de proporcionalidad, legalidad, lesividad y *ultima ratio*, reconocidos por nuestra Constitución.

### **2.1.3. Garantismo penal**

El Estado, con el afán de reducir la incidencia de actos delictivos en la sociedad, acude a diversos mecanismos, siendo uno de ellos, el Derecho Penal, que es la forma más violenta con la que puede actuar. No obstante, la utilización de este mecanismo, por sus efectos violentos, debería reducirse a acciones que afecten de manera grave e intolerable a los derechos fundamentales, garantizando los derechos de todos los sujetos intervinientes en el acto delictivo y en el proceso penal. En caso contrario, el Estado debería acudir a otros mecanismos menos lesivos, como la educación, la salud, el trabajo, el arte entre otros.

Al respecto, para Gascón Abellán (2021) la palabra garantizar significa:

afianzar, asegurar, proteger, defender, tutelar algo. Es por ello que, desde la óptica jurídica, el Derecho Garantista es aquel que establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y (sobre todo) por parte del poder estatal. (p.1)

El garantismo es un sistema filosófico, cuyo principal exponente es Luigi Ferrajoli, quien establece que dicho sistema está orientado a garantizar derechos subjetivos de todas las personas. Es decir, para este modelo, el derecho penal se justificaría “si defiende al más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado y en la ejecución penal es el reo” (Ferrajoli, 2006, p.13). Ello permitirá minimizar la violencia, tanto de particulares, así como del Estado mismo.

Este sistema filosófico, provocó la aparición del llamado Derecho Penal Mínimo, que debe ser entendido como sinónimo de Garantismo, el cual “intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado; y se proyecta en garantías penales sustanciales y procesales” (Ferrajoli, 2006, p. 11).

Entre las garantías sustanciales se encuentran los principios de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad, proporcionalidad, mínima intervención del Derecho Penal; y entre las garantías procesales, se tiene a la igualdad entre acusación y defensa, presunción de inocencia, entre otras, reconocidas por la Constitución.

Todas las garantías que contiene la constitución, a decir de Ferrajoli (2006), tienen la finalidad de “limitar el poder estatal y con ello busca minimizar la violencia de la intervención estatal punitiva – tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial – someténdola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de las personas” (p. 11). Es decir, el fin de las garantías, es limitar al legislador en el momento de crear leyes, y al juez en el momento aplicar dichas leyes, de tal forma que los derechos prevalezcan.

Como se indicó anteriormente, los límites al Derecho Penal se encuentran en la Constitución, y son esencialmente el respeto a la igualdad de los ciudadanos y las garantías a sus derechos fundamentales, “los cuales no pueden ser sacrificados bajo ninguna circunstancia, frente a la voluntad de las mayorías, interés general, bien común o público” (Ferrajoli, 2006, p. 21). Para lograrlo es indispensables que la Constitución sea democrática, es decir que respete los derechos de la ciudadanía en general, sin injerencias políticas o ideológica.

Estos límites constitucionales “provocarán que el Derecho Penal sea un instrumento de defensa y garantía de todas las personas, es decir de la mayoría no desviada, pero también de la minoría desviada” (Ferrajoli, 2006, p. 21). Es decir, el Derecho Penal más que castigar

actos ilícitos, será un objeto que garantizará los derechos de los ciudadanos más débiles.

En tal sentido, la justificación del Derecho Penal, radica en lo siguiente:

En que no asume la defensa de toda la sociedad, sino que asume el papel de ley del más débil; es decir, del más débil que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado y en la ejecución de la pena, el condenado. (Ferrajoli, 2006, p. 21)

Lo expuesto en el párrafo anterior, trae como consecuencia que el Derecho Penal solamente intervenga ante las ofensas más graves e intolerables contra los derechos fundamentales, como la vida, la integridad física y psicológica, entre otros, que reconoce la Constitución.

Como se puede advertir, existe una relación simbiótica entre garantismo y el constitucionalismo.

El garantismo necesita del constitucionalismo para hacer realidad sus planteamientos; y el constitucionalismo se alimenta del garantismo para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de ciertas exigencias morales que se condensan en los derechos fundamentales. (Ferrajoli, 2006, p.16)

En ese sentido, el sustento filosófico de la presente investigación también parte del garantismo. Pues si bien las agresiones contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, son problemas complejos y de difícil solución, que acarrea nuestra sociedad desde tiempos

antiguos. También es cierto, que para su tipificación y sanción, debió tenerse en cuenta los preceptos constitucionales como son la proporcionalidad, lesividad, mínima intervención del derecho penal y la legalidad. De tal forma que se garanticen los derechos de todos los ciudadanos, evitando sanciones excesivas y desproporcionadas, como consecuencia de la sobrecriminalización; sin que ello signifique desprotección de las víctimas de dicha violencia.

## **2.2. Derecho Penal**

### **2.2.1. Aspectos generales**

En la sociedad apreciamos y experimentamos constantes y complejas interrelaciones, las cuales en algunos momentos son pacíficas, pero en otros, no tanto. Al respecto, ciertos miembros de dicha sociedad, exteriorizan conductas indeseables que dañan a otros humanos y desestabilizan el normal desarrollo de la vida en comunidad.

Ante la aparición de tales conductas desestabilizadoras, la sociedad ha creado varios mecanismos de control, entre los cuales destaca el Derecho Penal. El cual, “es un instrumento de control social” (Villavicencio Terreros, 2009, p.08), cuya “misión es proteger la convivencia en sociedad de las personas” (Heinrich Jescheck y Weigend, 2014, p. 2). Es decir se caracteriza por imponer sanciones, y con ello “pretende canalizar los instintos ancestrales del hombre, es

decir, la retribución, la venganza y el sadismo” (Jiménez de Asúa, 1958, p. 41). Es por ello que se considera que “el Derecho Penal y la pena históricamente vienen luchando contra la venganza” (Luigi Ferrajoli, 2018, p. 56).

Si bien el Derecho Penal se ha convertido en los últimos tiempos en el mecanismo o instrumento preferido de los gobernantes de turno, para proteger la convivencia en sociedad; sin embargo, debemos tener en cuenta que su utilización debe hacerse respetando ciertos principios elementales, debido a que es la forma más intensa y agresiva con que el Estado actúa. Es por ello que antes de acudir al Derecho Penal, los gobernantes deben procurar activar los otros mecanismos menos violentos como implementar políticas de educación, salud, arte, etc.

### **2.2.2. Definición del Derecho Penal**

Según la doctrina, el Derecho Penal puede ser definido, desde un aspecto objetivo y otro subjetivo, lo cual desarrollamos a continuación:

#### **A. Aspecto objetivo**

Desde este aspecto, debemos indicar que el Derecho Penal “es la agrupación o conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado” (Jiménez de Asúa, 1958, p.18). En el mismo sentido, el Derecho Penal es la parte del ordenamiento jurídico que “define cuáles son

las conductas delictivas, así como sus penas y sanciones a imponerse” (Villavicencio Terreros, 2009, p.8).

De similar manera, Reátegui Sánchez (2016), señala que el Derecho Penal es “parte del ordenamiento jurídico que establece las características de los comportamientos delictivos, y determina las penas y medidas de seguridad que deberán imponerse ante tales comportamientos” (p.30).

De lo expuesto, podemos señalar que existe cierto consenso en la doctrina para considerar que el Derecho Penal, desde un aspecto objetivo, es el conjunto de normas jurídicas, que describen los comportamientos que la sociedad considera como delictivos, y que además establece sus respectivas sanciones, tales como penas y medidas de seguridad.

## **B. Aspecto subjetivo**

El Derecho Penal puede definirse como la “facultad del Estado para imponer penas ante la realización de una conducta delictiva. Dicha facultad es conocida también con la denominación latina *ius puniendi*” (García Caveró, 2012, p.115). Es por ello que se lo considera como un “instrumento de control social cuya principal característica es la sanción” (Reátegui Sánchez, 2016, p.30).

El titular del poder punitivo o *ius puniendi* es “de manera única y exclusiva el Estado, como representante de la comunidad jurídica”. (Heinrich Jeschek y Weigend, 2014, p.23). No obstante, Reátegui Sánchez (2016), considera que:

Tal poder punitivo del Estado no puede ser concebido como un Derecho subjetivo o facultad ilimitada; pues el Estado no puede aplicar el Derecho Penal – material, procesal y penitenciario – según la voluntad de los gobernantes, de los juzgadores, o la opinión pública; sino que debe ejercerse dentro de ciertos límites legales, para controlar la inflación penal que es perjudicial para la sociedad. (p. 28)

Los límites que se deben observar y respetar para la aplicación del Derecho Penal, están contenidos y expresado en principios constitucionales. Es por ello que “el Estado, cuando promulga y aplica normas penales, lo debe hacer dentro del marco de tales principios garantistas” (Villavicencio Terreros, 2009, p. 88). En caso contrario, “se puede llegar a una situación de terror penal” (García Caveró, 2012, p. 116).

En consecuencia, el aspecto subjetivo del Derecho Penal se materializa con el *ius puniendi*, es decir con el poder que tiene el Estado para imponer sanciones penales ante un evento delictivo. Sin embargo, tal prerrogativa no puede ser utilizada de manera arbitraria e irracional, sino que tiene que respetar los límites que el sistema penal prevé, entre ellos, los principios que sustentan dicho sistema, los cuales serán desarrollados más adelante.

En suma, ante las graves conductas indeseables que exteriorizan algunos ciudadanos, el Estado usa el Derecho Penal con la finalidad de estabilizar la convivencia social. Para lograrlo usa la pena, como expresión del *ius puniendi*, la cual evidentemente debe ser aplicada respetando ciertos límites, como son los principios jurídicos penales.

### **2.2.3. Poder Punitivo**

#### **A. Finalidad del Derecho Penal**

Siguiendo a Reátegui Sánchez (2016), la finalidad principal del Derecho Penal es:

La protección de los valores elementales (bienes jurídicos) de la vida en comunidad, y con ello lograr el mantenimiento del orden social, a través de la pena. Para tal efecto, la pena es utilizada como un instrumento para castigar al agresor que afectó dichos valores. (p. 303)

No obstante, Luigi Ferrajoli (2018) plantea que:

si consideramos que la pena tiene como único fin mantener el orden social a través del castigo al agresor, estaríamos contraviene la segunda ley kantiana de la moral, según la cual ninguna persona puede ser utilizada como un medio para fines que le son extraños, aunque sean sociales y recomendables, de manera que pueden ser también calificadas como justificaciones inmorales. (p. 52)

Para evitar contravenir la referida ley kantiana, Villavicencio Terreros (2009) plantea que:

La pena debe demostrar que producirá algún bien social, y que el delincuente obtendrá, al menos, algún beneficio para la vida en libertad. Si no se dan estas dos condiciones, la pena no tiene una utilidad admisible para el Derecho Penal y no debe ser autorizado el ejercicio de la violencia. (p.70)

Al respecto Luigi Ferrajoli (2018), propone

Que la pena debe ser vista como un instrumento que no solamente sirve para prevenir los delitos injustos, sino también los castigos injustos; es decir no solamente tutelar a la persona ofendida por el delito, sino también al delincuente frente a las reacciones informales públicas y privadas. (p. 55)

En tal sentido, “la pena, en efecto, está justificada no solo ne peccetur, en interés de otros; sino también ne punietur, es decir, en el interés del reo a no sufrir abusos mayores” (Luigi Ferrajoli, 2018, p. 58).

La pena es criticada, porque “no tiene una función positiva” (Villavicencio Terreros, 2009, p.71); sino que, por el contrario, su función tiende a lo negativo, pues priva Derechos, no repara, restituye ni detiene lesiones en curso; tampoco neutraliza los peligros inminentes.

En consecuencia, consideramos junto a Reátegui Sánchez (2016), que el Derecho Penal “debe tener como finalidad, procurar un bien a la sociedad, a la víctima y al sujeto agresor” (p.304). Es decir, debe tener una función positiva, para tal efecto, el legislador debe

evitar promulgar normas mediáticas, criminalizadoras o sobrecriminalizadoras; y por el contrario debe sostener su labor legislativa en principios constitucionales y democráticos.

## **B. Concepto de pena**

La pena es una respuesta violenta del Estado, mediante la cual sanciona a un ciudadano que haya cometido un delito. No obstante, “no solo debe buscarse la sanción, sino que, la pena debe tener para el autor mismo un efecto positivo, es decir debe buscar y favorecer su socialización, y no obstaculizarla” (Heinrich Jescheck y Weigend, 2014, p. 19).

A la pena, erradamente se le atribuye fines filantrópicos, como la resocialización del delincuente y la prevención de delitos; sin embargo, es innegable que ella representa la contención de la violencia con más violencia. Lo cual no se aleja mucho de la Ley del Talión, pues si bien, el agraviado no ejerce la violencia directamente, es el Estado el que al imponer una sanción, “canaliza así los instintos ancestrales del hombre: la retribución, la venganza y el sadismo” (Jiménez de Asúa, 1958, pág. 41). De este modo, en la actualidad dicha violencia estatal sobrepasa en muchas ocasiones el daño causado al agraviado.

Por ello, Luigi Ferrajoli (2018) dice que “la pena es una sanción aflictiva, una segunda violencia – institucionalizada y organizada – que se añade a la violencia del delito” (p.163). En el mismo sentido, Villavicencio Terreros (2009) indica que la pena es “un mal e implica un sufrimiento, dolor y aflicción a la persona humana” (p.19).

Atendiendo a dicha gravedad, es que resulta indispensable analizar si la pena resulta útil. De lo contrario, es decir, si no resulta útil, estaríamos ingresando a un círculo de violencia innecesario.

En consecuencia, el poder punitivo es entendido como aquel poder que tiene el Estado para proteger valores esenciales, que permitan mantener el orden social, procurando un bien a la sociedad, a la víctima y al agresor. Para lograr ese objetivo, el Estado utiliza la pena, la cual debe regularse de acuerdo a los principios que sustentan el Derecho Penal.

Con el afán de explicar la pena, la doctrina ha desarrollado las teorías que se desarrollan a continuación:

### **C. Teorías de la pena**

#### **a. Teorías Absolutas (función retributiva)**

Estas teorías señalan que, si una persona realiza un acto criminal, es decir, que lesione un bien jurídico, debe recibir o

retribuírsele un castigo de la misma intensidad. Lo que se puede sintetizar con el antiguo y popular adagio: “Ojo por ojo, diente por diente”.

En doctrina se identifican dos aportes de estas teorías:

El primero, es afirmar que la pena debe ser proporcional a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor; el segundo, es que consideran inadecuado instrumentalizar al hombre con fines preventivos a favor de la comunidad. (Villavicencio Terreros, 2009, p. 52)

Se cuestiona a estas teorías, debido a que “niegan a la pena su utilidad social, a pesar de ser una creación social” (García Caveró, 2012, p. 84). Es decir, para estas teorías el Derecho Penal se limita a la retribución, pero no hace nada para que el autor tenga una vida futura en libertad alejado de toda influencia delictiva. A decir de Villavicencio Terreros (2009), “en la realidad el mal de la pena se suma al mal del delito, lo que genera, que a la postre exista una suma de males” (p.52), volviéndose de este modo un círculo vicioso de violencia.

Por tal motivo, podemos concluir que para los que defienden las teorías absolutas, la pena cumple una función retributiva, es decir, al agresor se lo sanciona con la misma intensidad con la que él lesionó a la víctima. De tal forma que a la pena se le

niega algún tipo de utilidad social, porque es concebida como una simple retribución.

**b. Teorías Relativas (función preventiva)**

Estas teorías consideran que la pena tiene como finalidad exclusiva, “la protección de la sociedad, pues es un medio dirigido a evitar acciones punibles futuras” (Heinrich Jescheck y Weigend, 2014, p.106). Es decir, la pena ya no busca la justicia, sino que busca evitar delitos futuros para proteger a la sociedad.

De similar forma, Mir Puig (2003) indica que para esta teoría “la pena no tiende a la retribución del delito en sí misma, sino a la prevención de futuros delitos” (p.52). Es decir, estas teorías asignan a la pena una “utilidad social para proteger determinados intereses sociales” (Villavicencio Terreno, 2009, p. 54). No obstante, “el castigo o retribución no puede superar la gravedad del delito cometido, ni siquiera por consideraciones preventivas, debido a que la dignidad humana impide que la persona sea instrumentalizada para fines sociales de prevención” (Mir Puig, 2003, p. 51).

Al respecto, debemos indicar que el sistema penal peruano adoptó una función preventiva de la pena. Ello se puede

evidenciar en los artículos I y IX del Título Preliminar del Código Penal, donde textualmente se indica: “Artículo I.- Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad.”; y “Artículo IX.- La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.”

Sin embargo, se critica a estas teorías debido a que, si bien conciben a la pena como un medio para evitar delitos futuros, “en el fondo, el problema de la culpabilidad personal puede quedar sin resolver, pues sólo depende de la peligrosidad del autor y de la predisposición criminal latente en la colectividad” (Heinrich Jescheck y Weigend, 2014, p. 100). Por ello, un sector de la doctrina propone que el Derecho Penal debe, pues, “orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y culpabilidad” (Mir Puig, 1982, p. 30).

Una mayor crítica a estas teorías la encontramos con Almeyda Velásquez (2020), quien indica que;

no niega que los ideales preventivos sean positivos, pero estos ideales no se alcanzan con el castigo. Pues, considerar que la prevención de los delitos se logra a

través del castigo, es un mito que debe llegar a su fin, al menos en América Latina y en el Perú. En ese sentido, no hay evidencia empírica concluyente de que el castigo o pena estatal cumpla los fines o funciones que las teorías jurídico-penales le suelen atribuir (prevención general y prevención especial). (párr. 12)

Almeyda Velásquez (2020) continúa diciendo;

Si bien no estamos en la posibilidad de abrir o abolir las cárceles -el modelo de *no-cárcel*-, debemos dejar de ser hipócritas y dejar de seguir metiendo a personas en jaulas bajo el pretexto de la resocialización (prevención especial) y de la integración social (prevención general) como fines preventivos del castigo (cárcel). Digamos solamente que el castigo cumple la simple y dura función de asegurar un sistema político cualquiera. La función del castigo es simple y brutalmente *incapacitar* a quien comete un delito. Esa es su función material, pero también tiene una función simbólica de advertencia. (párr. 35)

En tal sentido, los que defienden las teorías relativas, señalan que la pena cumple una función social preventiva, es decir, procura evitar acciones delictivas futuras en la sociedad. Es por ello que esta teoría es aceptada ampliamente, incluso nuestro Código Penal la acoge en sus artículos I y IX del Título Preliminar del Código Penal. Sin embargo, también existen cuestionamientos, porque la pena o castigo simplemente alcanza a incapacitar al delincuente, y no necesariamente busca materializar ideales preventivos sociales.

Ahora bien, es preciso indicar que la doctrina señala que las teorías relativas o de prevención pueden ser clasificadas en prevención general y especial, las cuales vamos a desarrollar a continuación:

### **b.1. Prevención General**

Villavicencio Terreros (2009), señala que:

En este tipo de prevención, la pena está dirigida a todos los individuos con la finalidad que no cometan delitos. Es decir, no actúa frente al delincuente sino frente a la colectividad. Esta prevención actúa en un primer momento, intimidando a los delincuentes; y, en un segundo momento de manera pedagógica – social, es decir, como instrumento educador en las conciencias jurídicas de todas las personas, previniendo así, el delito. (p.55)

Sin embargo, Villavicencio Terreros (2009) critica este tipo de prevención, debido a lo siguiente:

Carece de límites determinados que permitan establecer la medida de las penas. Usa el miedo como forma de control social, donde ve a los individuos como animales. Presenta defectos éticos – sociales al instrumentalizar al individuo, degradando su dignidad y haciéndole sufrir un castigo, cuya gravedad o duración, no está relacionado con el mal causado por él, sino por algo ajeno a su conducta, es decir el deseo de que otros no lo quieran imitar; y carece de conocimientos políticos criminales que informen sobre los alcances reales de esta prevención general. (p.57)

Es decir, para la prevención general la pena es aplicada sobre el delincuente, pero con la finalidad de desincentivar

la comisión del delito en la colectividad. Sin embargo, esto plantea problemas de orden ético, porque se estaría instrumentalizando al sujeto, en beneficio del resto de integrantes de la sociedad.

No obstante, lo antes expuesto, es necesario indicar que la doctrina identifica, a su vez, dos clases de prevención general, es decir la positiva y la negativa, las cuales desarrollamos a continuación:

#### **b.1.1. Prevención general positiva**

Este tipo de prevención no busca disuadir e intimidar a los sujetos no criminalizados, sino que su finalidad “es provocar en ellos un efecto positivo, que refuerce su confianza en el sistema social en general y sistema penal, en particular” (Villavicencio Terreros, 2009, p. 59).

Si bien, desde este punto de vista, la pena busca la afirmación del Derecho Penal en la sociedad; sin embargo, tal finalidad solamente resulta válida siempre que favorezca el desarrollo individual de las personas. En caso contrario, “es decir si se advierte que el Derecho Penal carece de efecto preventivo

alguno, deberá ser abandonado o sustituido por algo mejor”. (García Caveró, 2012, p.102). Es por ello que “la pena no puede configurarse de cualquier modo, aunque sea muy funcional para la sociedad de la que se trate” (García Caveró, 2012, p. 102).

### **b.1.2. Prevención general negativa**

Este tipo de prevención “busca que las personas no cometan delitos, para ello utiliza la pena como un medio intimidatorio y disuasorio” (Villavicencio Terreros, 2009, p. 57). Es decir, pretende evitar la comisión de nuevos delitos a través del temor e intimidación en la sociedad.

Sin embargo, se critica a este tipo de prevención, porque instrumentaliza al hombre, pues “ya no se le castiga por el delito que ha cometido, sino como ejemplo para que los demás no delincan” (Villavicencio Terreros, 2009, p. 58).

Además, con el afán de intimidar a la sociedad constantemente se agravan las penas, lo cual puede generar una inadecuada exageración de las mismas, lo cual no necesariamente disuade a la comisión de

delitos. Al respecto, debemos señalar que “con la imposición de penas más graves no se logra la disuasión, muestra de ello es que los delitos se siguen cometiendo” (Villavicencio Terreros, 2009, p. 58). Es por ello, que, si vemos al Derecho Penal como un simple medio de intimidación, esto causa más daño que beneficios” (Heinrich Jescheck, Hans y Thomas Weigend, 2014, p. 111).

Al respecto, Mir Puig (1982) señala que

Para Kant la pena no podía servir a la protección de la sociedad ni, por tanto, a la prevención de delitos, porque ello supondría que se castiga al delincuente en beneficio de la sociedad, lo que encerraría una instrumentalización inadmisibles del individuo, concebido como “fin en sí mismo” (p. 26)

En suma, se menciona que la pena cumple un fin de prevención general, porque protege a la sociedad, previniendo la comisión de otros delitos. Sin embargo, nos preguntamos, si mediante la pena impuesta a un delincuente se pretende proteger a la sociedad, es válido preguntarse qué hizo la sociedad para que el delincuente cometa el delito.

## **b.2. Prevención especial o individual**

Considera que la finalidad de la pena está dirigida a influir sobre el agente de manera individual, es decir al autor del hecho delictivo. Es por ello que Villavicencio Terreros (2009), señala que “la prevención especial, a diferencia de la general, actúa no en el momento de la conminación legal, sino se centra en la imposición y ejecución de las penas” (Villavicencio Terreros, 2009, p.61).

La doctrina distingue dos tipos de prevención especial, las cuales son la positiva o ideológica, y la negativa o neutralizantes, que consisten en lo siguiente:

### **b.2.1. Prevención especial positiva o ideológica**

Para este tipo de prevención la pena tiene una función reeducadora, resocializadora e integradora del delincuente a la sociedad. A decir de Villavicencio Terreros (2009), “ven al hombre, ya no como instrumento, sino como una finalidad más en búsqueda de su corrección o curación. La pena busca mejorar moralmente a la persona humana” (p. 64). Es decir, la pena tiene que “contribuir a que el condenado consolide nuevamente su respeto al Derecho” (Heinrich Jescheck y Weigend, 2014, p. 7).

### **b.2.2. Prevención especial negativa o neutralizante**

Para este tipo de prevención la “pena cumple la función de mantener alejado al delincuente de las demás personas, de tal modo que se mantenga a la sociedad libre de peligro” (Villavicencio Terreros, 2009, p. 65).

Como se puede apreciar, para esta clase de prevención la única manera de evitar la producción de delitos es a través del alejamiento del condenado, rompiendo así con uno de los principios básicos del Derecho Penal, que es el principio de igualdad. “Con ello se aproxima más a un Estado totalitario que a un Estado democrático” (Villavicencio Terreros, 2009, p. 65).

De lo antes expuesto, se aprecia que la teoría de la prevención especial o individual, plantea que la pena está dirigida al delincuente, al cual se le sanciona, en muchos casos con prisión efectiva, provocando su alejamiento de la sociedad, hasta que se reeduque, resocialice y posteriormente se vuelva a integrar a la sociedad.

### **b.2.3. Crítica a la prevención especial.**

Las críticas que se realizan a este tipo de prevención, las podemos sintetizar de la siguiente manera:

Hace del delincuente un conejillo de indias al que se le aplican medidas carcelarias o tratamientos resocializadores que van en contra de su voluntad o contra su dignidad como persona. Sancionan al delincuente no por el delito, sino por sus características de personalidad, destruyendo el principio de proporcionalidad entre delito y pena. Los fines preventivos – especiales para tratar al delincuente, resultan demasiado onerosos. (Villavicencio Terreros, 2009, p. 64)

Ante tales críticas, Heinrich Jescheck, Hans y Thomas Weigend (2014) plantea que “el Estado debe intervenir antes de que se ejecuten los delitos, y si a pesar de ello, se comete el hecho delictivo, la pena deberá ser sustituida por medidas de seguridad terapéuticas” (p.111).

Finalmente, nos preguntamos junto a Heinrich Jescheck y Thomas Weigend (2014), “si estas teorías plantean la resocialización del delincuente; acaso no sería mejor para lograr tal resocialización, que el Estado renunciara al castigo y se limitara a la asistencia social” (p. 111).

### **c. Teorías Mixtas**

Estas teorías entrelazan la retribución (prevención especial negativa) y la prevención (prevención especial positiva), pues consideran que “la pena sirve para la prevención de futuros delitos mediante la justa retribución de las infracciones jurídicas culpables realizadas en el pasado” (Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, 2014, p.99).

Las críticas que la doctrina realiza a estas teorías son las siguientes:

- A decir de García Caveró (2012) “crean niveles excesivos de discrecionalidad, en tanto que el legislador, así como el juez, pueden recurrir a cualquier teoría de la pena en función de la decisión que quisieran tomar” (p. 94). Es decir, si se desea establecer una pena rigurosa, se podría recurrir a la prevención general negativa, aduciendo que es para la protección de la sociedad; mientras que, si se desea imponer una pena blanda, podría acogerse la prevención especial positiva, aduciendo que se busca la resocialización o reeducación del reo.
- Villavicencio Terreros (2009), señala que estas teorías, “combinan la represión y la prevención; sin embargo, en la

práctica resulta difícil su integración, debido a que tienen diferentes filosofías y políticas, lo cual conlleva a la arbitrariedad y a la incoherencia” (p. 66).

#### **2.2.4. Derecho Penal simbólico**

Con esta denominación se conoce al Derecho que está orientado en mayor medida a provocar efectos políticos ante una necesidad urgente de acción; y en menor medida se orienta a la protección de bienes jurídicos. A decir de Hassemer (2013) este Derecho es el “producto de la crisis de la política criminal actual, que solamente se orienta a las consecuencias, mas no a las causas del delito. Lo cual genera desconfianza en la administración de justicia” (p. 13).

Como una expresión del Derecho Penal simbólico, tenemos a la sobre criminalización, la cual, según Reátegui Sánchez (2016), es entendida como “aquel proceso por parte de los gobiernos de turno de resolver determinadas situaciones conflictivas coyunturales, acogiendo estrategias punitivas, ya sea creando nuevos delitos, o agravando la penalidad de los delitos existentes” (p.157).

Es decir, los gobernantes acuden a la legislación penal buscando una “aparente solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico lo que debería ser una protección efectiva” (Silva Sánchez,

2001, p.21). A decir de Villavicencio Terreros (2009), “no se pena la lesión misma, sino meras conductas estipuladas socialmente negativas” (p. 33). Esto genera que el Derecho Penal se amplíe a la deriva y sin previa planificación y sistematización.

La expansión del Derecho Penal, asentada en los aspectos ya comentados, es consecuencia de “un fenómeno generalizado de identificación social con la víctima del delito antes que con el autor” (Silva Sánchez, 2001, p. 52). Es decir, no se adopta una visión global del problema, sino que se acude al facilismo de castigar al sujeto agresor o delincuente, de tal forma que se evita el análisis racional y científico de la problemática criminal desde otras ciencias penales y sociales. Lo que está contribuyendo a la sobre criminalización de las conductas, provocando una hipertrofia del Derecho Penal, afectándose su eficacia y provocando el olvido de los principios y garantías.

El desmesurado crecimiento del Derecho Penal, también se debe a una inexistente política criminal objetiva y racional, la cual debería estar dirigida a reducir los índices de criminalidad, procurando el bien social, la tutela de la víctima y del agresor. Por el contrario, en nuestro país se advierte, lo que Reátegui Sánchez (2016) llama, “Derecho Penal de emergencia” (p. 110), el cual se basa en una política criminal coyuntural para enfrentar a la delincuencia; es decir, se trata de la

utilización del Derecho Penal para procurar “solucionar” inmediatamente la consecuencia del delito, sin el menor sustento jurídico ni técnico; descuidando y evitando solucionar las causas que originan el delito, las cuales deberían ser analizadas desde aspectos sociológicos, económicos, psicológicos, criminológicos, entre otros; a fin de dar una verdadera y perdurable solución al problema delictivo.

Además, en la actualidad observamos que nuestros gobernantes ven al Derecho Penal como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de socialización y de civilización, provocando que los principios que fundamentan el Derecho Penal, queden relegados a un segundo plano. Al respecto, debemos indicar que es cierto que existen problemas urgentes que afectan a grupos importantes de la población. Pero acudir al Derecho Penal, sin sustentos jurídicos, objetivos y racionales “no constituye – ya conceptualmente – el mecanismo adecuado para una gestión razonable de los mismos” (Silva Sánchez, 2001, p. 65).

La doctrina propone que “para evitar la sobre criminalización, es necesario que nuestros legisladores motiven las leyes penales” (Reátegui Sánchez, 2016, p. 404). Tal motivación deberá realizarse teniendo en cuenta los principios que sustentan el Derecho Penal; así como, aspectos sociológicos, psicológicos, criminológicos, entre otros, que evidentemente confluyen para generar actos delictivos.

En la actualidad la falta de motivación de las leyes penales, está provocando que el Derecho Penal crezca a la deriva, sin ningún diseño racional; situación que genera crisis en los principios que los sustentan. Incluso Luigi Ferrajoli (2018), señala que “esta falta de motivación de las leyes penales, está atascando la maquinaria judicial con una infinidad de procesos, que restan tiempo y recursos para la investigación de crímenes más graves” (p. 202).

En consecuencia, el Derecho Penal simbólico puede ser entendido como aquel programa Estatal, dirigido a solucionar conflictos sociales coyunturales, que no necesariamente son delictivos, a través de mecanismos penales. Lo cual genera mayores consecuencias negativas, como la sobrecriminalización de conductas, el desbordamiento de los procesos judiciales, atascando la maquinaria judicial, con problemas que pueden ser solucionados desde otros ámbitos del Derecho.

#### **2.2.5. Derecho Penal Mínimo.**

Ante el actual, creciente e injustificado fenómeno de sobre criminalización, ha surgido el denominado Derecho Penal Mínimo, que plantea limitar al Derecho Penal, propugnando el respeto a los principios que lo sustentan, los cuales coyunturalmente están siendo ignorados.

Para esta corriente, la pena, tiene “un carácter aflictivo y coercitivo, es en todo caso un mal que de nada sirve encubrir con finalidades filantrópicas de tipo educativo o resocializante, porque en la práctica son ulteriormente aflictivas” (Luigi Ferrajoli, 2018, p. 58).

Es por ello que se debe retomar la concepción de que “la razón primordial del Derecho Penal, es la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas” (Villavicencio Terreros, 2009, p. 71). Por tal motivo, el Derecho Penal solamente debe intervenir en conflictos muy graves, de tal modo que esté siempre del lado del más débil; es decir, el débil ofendido por el delito, así como del débil castigado; y contra el más fuerte.

Siguiendo a Luigi Ferrajoli (2018), podemos indicar que por Derecho Penal mínimo se debe entender esencialmente dos cosas:

- a) Como paradigma metateórico, es decir, plantea que el Derecho Penal no solo prevenga o minimice las ofensas a bienes y Derechos fundamentales, sino, también debe prevenir y minimizar los castigos arbitrarios.
- b) Como paradigma normativo, es decir, que las garantías penales y procesales sean idóneas para prevenir las ofensas a bienes y Derechos fundamentales; así como, prevenir y minimizar castigos arbitrarios. (p. 34)

Por lo expuesto, Luigi Ferrajoli (2018) expresa que, por Derecho Penal Mínimo, debe entenderse a;

la ley del más débil, frente a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia; la que garantiza al sujeto más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado, y en el momento de la ejecución penal, el preso. (p. 34)

Sin embargo, el Derecho Penal mínimo es casi inexistente en la legislación peruana, pues solo se lo analiza a nivel doctrinario. Una muestra de ello lo vemos en la actuación del poder legislativo y ejecutivo, quienes van emitiendo normativa penal de acuerdo a la coyuntura, a la deriva y sin ningún sustento científico y jurídico.

Actualmente la mayor parte de la legislación está orientada básicamente al castigo desproporcionado del delincuente, sin analizar las otras aristas del problema, como la educación, la sociedad, la economía, la psicología social e individual, los principios que rigen el Derecho Penal, la carga procesal y la realidad de los centros penitenciarios.

Es decir, se pretende controlar de forma temeraria la violencia social, con más violencia Estatal. Lo peor de todo ello es que a pesar del crecimiento del Derecho Penal, los actos delictivos no han disminuido; por el contrario, cada día aumentan. Esto nos permite decir que el Derecho Penal no es un instrumento exclusivo para controlar la violencia en la sociedad, sino que existen otros mecanismos que pueden cumplir de mejor manera dicho objetivo, como la educación, arte, deporte, entre otros.

Por otro lado, la legislación penal actual no toma en consideración la problemática del sistema penitenciario de nuestro país, como el hacinamiento, sobrepoblación, precariedad de sus ambientes, la escasa resocialización. Que, si bien son bastante conocidas, no obstante, con la llegada del COVID-19, se han hecho más evidentes tales problemas. Por lo que, podríamos decir junto a Mir Puig (1982) que las cárceles “ni siquiera intentan la resocialización, porque ni siquiera se hallan mínimamente orientadas a esta finalidad, sino que más bien facilitan la desocialización del recluso” (p. 37).

Como una solución al avance vertiginoso, desproporcionado e ineficaz del Derecho Penal, Luigi Ferrajoli plantea reemplazar en materia penal la simple reserva de ley por una reserva de código, mediante la cual;

ninguna norma puede ser dictada en materia de delitos, penas y procesos penales si no es por medio de una modificación o de una integración, aprobada con un procedimiento agravado, del texto de los Código penal o Procesal penal. Ello permitirá que nuestro Código Penal sea un sistema claro, unitario y coherente de prohibiciones y castigos, liberándolo de la arbitrariedad y la volubilidad del legislador. (Luigi Ferrajoli, 2018, p. 209)

Es decir, se debe mejorar el procedimiento mediante el cual se legislan las penas y el proceso penal, a través de controles legislativos, que permitan razonar de mejor manera dichas normas.

## 2.3. Principios jurídicos que sustentan el Derecho Penal

### 2.3.1. Definición de principios jurídicos.

En primer lugar, debemos señalar que, según la Real Academia Española, la palabra “principio”, en su acepción jurídica, significa:

Norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismo que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales<sup>5</sup>

No obstante, para efectos del presente trabajo vamos a adoptar la concepción que de los principios jurídicos tiene Manuel Atienza (2007), quien indica que tales principios son:

normas de carácter muy general que señalan la deseabilidad de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social, político, etc; y a las que cabe denominar directrices; o bien exigencias de tipo moral. (p. 25)

Entre esas normas de carácter general que sustentan y que son la base del Derecho Penal, tenemos la proporcionalidad, lesividad, mínima intervención del Derecho Penal o *última ratio*, entre otras. Las cuáles serán desarrollados a continuación, por ser de interés para la presente investigación.

---

<sup>5</sup>Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=UC5uxwk>.

### **2.3.2. Principio de proporcionalidad.**

Este principio no es exclusivo del Derecho Penal, pues actualmente estamos presenciando su auge, incluso en otras áreas, como en el Derecho Civil y Administrativo.

Este principio se encuentra reconocido en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución, el cual tiene una especial importancia en la determinación de la pena, tanto a nivel legal, judicial y penitenciario. Así mismo, lo encontramos en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal donde se establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho.

El Tribunal Constitucional, en el expediente N.º 0010-2002-AI, fundamento 197, ha establecido que;

El principio de proporcionalidad no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer.

Como se puede advertir, es un principio fundamental y legitimador del Derecho Penal que también es denominado “prohibición en exceso, razonabilidad coactiva o de la pena justa” (Castillo Alva, 2004, p. 281), el cual generalmente se evidencia en un Estado de Derecho.

Dicho principio, según Villavicencio Terreros (2009), consiste en buscar un “equilibrio entre el poder penal del Estado, la sociedad y el imputado; es decir, busca limitar toda intervención penal gravosa del poder estatal, la cual no puede generar más daño a través de la pena que el hecho concreto al que responde” (p. 115).

A decir de Castillo Alva (2004) el principio de proporcionalidad implica;

Un equilibrio ideal, valorativo y objetivo entre el ilícito y la sanción, que en un primer momento lo fija el legislador en una ley (proporcionalidad abstracta); y en un segundo momento, el juez al aplicarla en un caso concreto (proporcionalidad concreta). Dejando de lado el sentimentalismo e instinto de venganza. De lo contrario resultaría desproporcional. Así mismo, desde un aspecto positivo, este principio puede ser entendido como la equivalencia o correspondencia valorativa entre el delito y sanción respectiva. Desde un aspecto negativo, es el rechazo del establecimiento de conminaciones penales que carezcan de toda relación valorativa con el hecho delictivo. (p. 280)

De similar opinión es Castillo Córdova (2004), quien dice que;

Este principio es útil, porque ayuda a determina si existe una relación de equilibrio entre la restricción que llega a sufrir un Derecho constitucional, y la conservación de un bien o interés público que aparece precisamente como causa de la restricción. (p.7)

Es por ello, que el referido principio “permite salvaguardar a la persona de los excesos del sistema social” (García Caveró, 2012, p.181). Pues genera un límite objetivo al poder punitivo del Estado.

En tal sentido, por el principio de proporcionalidad, la sanción penal debe estar en estrecha relación con la afectación al bien jurídico, el cual debe ser valorado objetivamente.

La doctrina distingue dos clases de proporcionalidad, es decir la abstracta y la concreta, las cuales pasamos a explicar a continuación:

#### **A. Proporcionalidad Abstracta:**

Este tipo de proporcionalidad, es la que el legislador debe tener en cuenta en el momento que crea leyes penales, para ello debe hacer un juicio de valor general para establecer los límites mínimo y máximo de las penas de los delitos que está creando. A decir de García Caveró (2012):

Se debe determinar si la reacción penal resulta proporcional en atención a los medios con los que cuenta el Estado para alcanzar el fin de la protección. Este juicio de proporcionalidad se expresa mediante el llamado principio de subsidiariedad, según el cual no es lícita la intervención punitiva cuando el mismo efecto puede lograrse con medidas menos graves. Con base en este principio, algunos autores defienden incluso la despenalización de ciertos delitos. (p. 183)

Así mismo, Castillo Alva (2004), indica que debe tenerse en cuenta que;

La creación legislativa de una sanción jurídico penal debe ser objetiva, y no debe estar librada al azar, ni a la voluntad y capricho del legislador, y menos a réditos políticos, sociales o económicos de oportunidad o coyuntura. Pues si ello ocurre, el Derecho Penal solo tendría una función simbólica. (p. 305)

En tal sentido, siguiendo a Castillo Alva (2004), podemos indicar que;

Una pena es proporcional en su límite máximo, cuando respeta la dignidad de la persona y no la conculca imponiendo una carga coactiva que infringe los valores constitucionales. Una pena es justa, cuando no aparece como un factor criminógeno más o termina planteando la desocialización del reo, e impide su readaptación social con su consentimiento libre y espontáneo. Una pena privativa de larga duración no es proporcional respecto a un delito, cuando cosifica o instrumentaliza al ser humano que lo padece, apareciendo no solo como un factor perturbador, o incluso criminógeno, sino que impide, además, un proceso de socialización. (p. 313)

#### **B. Proporcionalidad Concreta:**

Este tipo de proporcionalidad, se observa en la actividad judicial, es decir “en el momento que los jueces establecen las penas a los sentenciados” (García Caveró, 2012, p. 185). Para ello, deberán tener en cuenta lo establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, es decir, que la pena a imponerse no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho cometido.

Cabe señalar que el Tribunal Constitucional, en los fundamentos 38, 39 y 40 de su pronunciamiento emitido en el Expediente N° 045-2004-AI, desarrolla los sub principios de la proporcionalidad, como son la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a los cuales los define de la siguiente manera:

**Subprincipio de idoneidad:** La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin.

**Subprincipio de necesidad:** Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos.

**Proporcionalidad en sentido estricto:** La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (*Abwägung*), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención. La comparación de estas dos variables a de efectuarse según la denominada ley de ponderación.

Es necesario indicar que para hacer el análisis de ponderación, es necesario aplicar la “fórmula del peso”, que fue propuesta por Robert Alexy (Bernal Pulido, 2015, p. 417), la cual tiene la estructura siguiente:

$$G_{Pi, jC} = \frac{I_{PiC} \cdot G_{PiA} \cdot S_{PiC}}{W_{PjC} \cdot G_{PjA} \cdot S_{PjC}}$$

Bernal Pulido (2015), haciendo referencia a Robert Alexy, indica que la mencionada fórmula establece lo siguiente:

El peso concreto del principio  $P_i$  en relación con el principio  $P_j$  en cierto caso, deriva del cociente entre, por una parte, el producto de la importancia del principio  $P_i$ , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y, por otra parte, el producto de la importancia del principio  $P_j$ , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia. (p. 417)

Además, Bernal Pulido (2015), señala que Robert Alexy atribuye valores numéricos a las variables de la fórmula del peso, lo cuales se describen a continuación:

Para las variables importancia de los principios y del peso abstracto de los principios, la escala aplicable es la siguiente: leve  $2^0$ , es decir, 1; medio  $2^1$ , es decir 2; y grave  $2^2$ , es decir 4. Además, para la denominada variable de la seguridad de las apreciaciones empíricas, la escala es la siguiente: cierto  $2^0$ , es decir, 1; plausible  $2^{-1}$ , es decir  $\frac{1}{2}$ ; y no evidentemente falso  $2^{-2}$ , es decir,  $\frac{1}{4}$ . (p.218)

En consecuencia, para determinar si el artículo 122-B del Código Penal respeta el principio de proporcionalidad, es imprescindible analizarlo en relación a los sub principios antes mencionados; así como aplicar la formula del peso. De tal forma que se pueda establecer si la sanción, consistente en pena privativa de libertad, es proporcional a la conducta delictiva tipificada, que procura proteger el derecho a la dignidad e integridad de las mujeres e integrantes del grupo familiar. Pues de ser así, la sanción impuesta alcanzaría la finalidad de *Ius Puniendi* del Estado.

### **2.3.3. Principio de lesividad.**

Este principio está reconocido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, que establece que “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley”.

Siguiendo a Villavicencio Terreros (2009), debemos indicar que, “por este principio, una conducta será considerada ilícita, cuando ha puesto en peligro o lesionado un bien jurídico determinado” (p.94).

Para Reátegui Sánchez (2016) “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.” (p. 229-300). Sin embargo, en el argumento 15 del Acuerdo Plenario Extraordinario N.º 01-2016/CIJ-116, del 01 de junio de 2016, se indica que:

No se trata de cualquier acción peligrosa o lesiva, sino se trata de aquella que cause un impacto lo suficientemente importante para que se justifique la intervención penal. Caso contrario, ante afectaciones muy leves a este principio, lo que corresponde es considerar la atipicidad de la conducta, al carecer de relevancia penal. (párr. 15)

La inobservancia de dicho principio ha generado una carrera desesperada por criminalizar algunos aspectos de la vida social que pueden ser solucionados mediante otras estrategias y políticas. Ello trae como consecuencia, en palabras de García Caveró (2012), que “el Derecho Penal se convierta en un Derecho puramente simbólico, en tanto no reduce realmente la criminalidad” (p. 130).

En tal sentido, podemos concluir con Luigi Ferrajoli (2018) indicando que “el principio de lesividad orienta al Derecho Penal hacia la defensa de los sujetos más débiles por medio de la tutela de los Derechos e intereses que se consideran necesarios o fundamentales” (p.95).

En consecuencia, por el principio de lesividad el Derecho Penal, solamente debe actuar frente a conductas delictivas que lesionen gravemente al bien jurídico que se pretende proteger, como la dignidad, integridad física y psicológica, entre otras.

#### **2.3.4. Principio de mínima intervención del Derecho Penal o *última ratio*.**

Este principio exige que el Derecho Penal se utilice cuando resulte imprescindible, necesario y no exista otro método de control social menos gravoso para conservar la convivencia en sociedad. Tal exigencia se debe a que el Derecho Penal, es altamente represivo y tiene graves consecuencias estigmatizantes en el individuo.

En un Estado democrático, el Derecho Penal se “legitima sólo cuando protege a la sociedad, pero si su intervención resulta inútil, entonces perderá la justificación” (Villavicencio Terreros, 2009, p. 93).

La inobservancia de este principio generaría lesiones innecesarias a Derechos fundamentales, pues el legislador lo usará para criminalizar

todo tipo de ofensas, sin ningún tipo de análisis previo y sin discriminar el grado de afectación al bien jurídico que se pretende proteger; olvidando tal vez, que existan otros medios más eficaces para aplacar las conductas lesivas. Ello, según Villavicencio Terreros (2009), “conllevaría a que el Estado se convierta en uno policial, en el que sería insoportable la convivencia” (p. 93).

Entonces, debido a que la intervención punitiva es la forma de control social más gravosamente lesiva de la libertad y la dignidad de los ciudadanos, es que “resulta necesario que se recurra a dicha punibilidad solo como remedio extremo” (Luigi Ferrajoli, 1028, p. 94). De lo contrario, siguiendo a Villavicencio Terreros (2009), “si acudimos al Derecho Penal por cualquier tipo de afectación, existe el riesgo de que el Estado se vuelva policial, en el que sería insoportable la convivencia” (p.93).

Al respecto, Hurtado Pozo (1987), al referirse a este principio, señala que:

El uso limitado de la represión penal por parte del Estado, es exigido, igualmente, por la grave afectación de los Derechos fundamentales del individuo que soporta la sanción. Sólo debe recurrirse a este medio cuando sea absolutamente necesario; cuando la protección de los bienes jurídicos y la consolidación de ciertos esquemas de conducta no sean alcanzables mediante otras previsiones (...). Al no tenerse en cuenta esta regla, se corre el riesgo de producir una hipertrofia en Derecho Penal, lo que conduce a la creación de situaciones que, precisamente, se busca combatir. (p. 14)

Por su parte, cabe preguntarnos junto a García Caveró (2012) “¿Cómo se determina que los otros medios posibles de control fracasan o son insuficientes? ¿Basta la simple decisión del legislador de regular penalmente determinadas conductas?” (p.136).

La respuesta, según Castillo Alva (2004) es que el legislador contempla el fenómeno criminal “como un problema eminentemente formal o puramente jurídico, olvidando que existen otros sectores sociales, como la salud física y mental, la educación y el trabajo, que pueden tener mayor eficacia en la lucha contra la criminalidad” (p. 212).

En tal sentido, no se debe entender que estamos oponiéndonos al crecimiento del Derecho Penal, no obstante, tal crecimiento “solo debe ser admisible si no cabe interponer otros medios de protección menos lesivos y más eficientes que la pena o la medida de seguridad” (Mir Puig, 2003, p.110).

Es pertinente señalar que la doctrina reconoce que el principio de *última ratio* o de mínima intervención se encuentra conformado por los sub principios de subsidiariedad y fragmentariedad los cuales describimos a continuación:

#### **A. Sub principio de subsidiaridad.**

Este principio es de manera estricta la *última ratio*, y consiste en que el Derecho Penal debe ser “el último recurso al que debe acudir el Estado cuando los demás controles sociales han fallado, debido a la gravedad que revisten sus sanciones” (Villavicencio Terreros, 2009, p.93).

Es decir, para combatir la criminalidad se deben preferir otros mecanismos de control social, antes que acudir impulsiva y ciegamente al Derecho Penal. Ello “debido a que no hay mejor forma de combatir el crimen que valiéndose de una adecuada política económica, social, educativa, familiar, de vivienda, etc” (Castillo Alva, 2004, p. 232).

Al respecto, Castillo Alva (2004), citando a García Pablos, indica que:

Más Derecho Penal no significa menos delito; más leyes, penas más severas, más policías, más cárceles no significan menos criminalidad. La pena no convence, ni disuade, atemoriza. Refleja más la impotencia, el fracaso y la ausencia de soluciones que la convicción y energías necesarias para abordar los problemas sociales. (p. 233)

Es por ello que las políticas sociales resultan relevantes y fundamentales en la lucha contra la criminalidad. Una de dichas

políticas es la educativa, la cual debe “estar dirigida a destacar la cohesión y unidad familiar, para impedir no solo delitos contra la familia, sino una serie de infracciones que dependen de la desintegración y abuso familiar” (Castillo Alva, 2004, p. 235).

Por su parte, García Caveró (2012) señala que el sub - principio de subsidiariedad tiene dos manifestaciones, una cualitativa y la otra cuantitativa, las cuales las explica de la siguiente manera:

En el plano **cualitativo**, la subsidiariedad significa que solamente los bienes jurídicos más importantes pueden legitimar la intervención del Derecho Penal. En el plano **cuantitativo**, la subsidiariedad significa que no podrá recurrirse al Derecho Penal si las conductas disfuncionales pueden controlarse suficientemente con otros medios de control menos lesivos. (p.137)

De lo descrito, advertimos que, desde la perspectiva de la subsidiariedad, se debe preferir a los otros instrumentos de control social, para combatir la criminalidad, y cuando éstos fallen, recién acudir al Derecho Penal.

#### **B. Sub principio de fragmentariedad.**

Este principio “limita la actuación del Derecho Penal solo para los ilícitos más graves o conductas antijurídicas que vulneran las normas más elementales de la convivencia humana pacífica” (Castillo Alva, 2004, p. 245).

Sobre este aspecto, Villavicencio Terreros (2009) indica lo siguiente:

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. Este principio es una directriz político-criminal, ya que determina en el legislador hasta qué punto puede transformar determinados hechos punibles en infracciones o no hacerlo, por lo tanto, muy útil para la criminalización primaria. (p. 94)

En similar sentido, García Caveró (2012) indica que por este principio “no toda conducta lesiva de bienes jurídicos, deben ser sancionadas penalmente. Pues sólo deben ser sometidas a represión penal las más graves” (p.137-138).

Por este sub principio, el Derecho Penal no puede usarse para prohibir todas las conductas que vulneren bienes jurídicos, sino que solo será usado para aquellas conductas que signifiquen mayor vulneración a los bienes jurídicos.

Además, debemos indicar que, en la doctrina contemporánea, se está adoptando como criterios para criminalizar una conducta, al merecimiento y necesidad de pena. El primero respondería a razones de justicia y el otro a razones de utilidad.

En tal sentido, en el proceso criminalizador se debe analizar como condición necesaria, si el bien jurídico que se busca proteger, es muy valioso, de tal forma que merezca la intervención del Derecho Penal. Dicho análisis resulta relevante debido a que, como lo menciona Castillo Alva (2004), “no cualquier clase de injusto debe hallarse prohibido por las normas penales, sino sólo aquellos que encierran una mayor disvaliosidad y alteran de manera grave la paz social” (p. 265).

Adicionalmente, debe evaluarse si la criminalización de una conducta resulta necesaria y útil. Al respecto, Castillo Alva (2004), indica lo siguiente:

No basta determinar que el bien jurídico que se pretende proteger es valioso e imprescindible para la vida en comunidad, sino que se debe exigir un elemento adicional: que la protección penal sea útil y reporte a la sociedad algún beneficio respecto a su conservación o estabilización por las expectativas normativas. (p.266)

En tal sentido, para criminalizar una conducta no basta que la sociedad considere necesario acudir al Derecho Penal, sino que debe evaluarse que tal criminalización efectivamente sirva como un medio idóneo para lograr la protección adecuada del bien jurídico. Para ello, “resulta imprescindible que el legislador se remita a datos empíricos y a las investigaciones criminológicas,

que permitirán establecer si la pena puede o no desplegar su eficacia” (Castillo Alva, 2004, p. 267).

No obstante, la evaluación de necesidad y utilidad no debe limitarse a la etapa previa de la emisión de la norma criminalizadora, sino que debe mantenerse incluso después de promulgada la norma. Pues, existe la posibilidad de que luego de promulgada, alcance otros resultados distintos, contrarios y negativos a los deseados. Para ejemplificar esta problemática, Castillo Alva (2004) plantea el siguiente caso paradigmático:

Se impone una pena a los padres que castiguen a sus hijos, en donde las consecuencias nocivas para la familia en su conjunto serían mayores que los beneficios de su punición, dado que acabaría por desintegrarla generando en su interior conflictos de diversa índole (p. 268).

Por tal motivo, si se advierte que la norma criminalizadora no resulta útil ni necesaria, y que por el contrario empeora el conflicto que se pretendía solucionar, el cauce natural sería despenalizar dicha conducta y buscar otros mecanismos extra penales que coadyuven a corregir el conflicto social.

En suma, por el principio de mínima intervención del Derecho Penal o *última ratio*, el Derecho Penal debe ser el último recurso u opción al que debe acudir el Estado para enfrentar la criminalidad,

cuando hayan fallado los controles previos de la violencia, como las políticas educativas, de salud, económicas, entre otras. Además, debe tenerse en cuenta que el Derecho Penal solamente debe actuar frente a conductas antijurídicas que afectan gravemente los bienes jurídicos que son indispensables para el desarrollo y bienestar de la persona, como la vida, la integridad física y psicológica, su dignidad, entre otros.

### **2.3.5. Principio de legalidad**

Este principio resulta fundamental en el sistema del Derecho Penal actual, pues, según Castillo Alva (2004), “permite a los ciudadanos conocer con la debida anticipación y precisión qué conductas están prohibidas, así como sus sanciones, y qué conductas son lícitas o permitidas” (p. 21).

En nuestro país, este principio se encuentra reconocido en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, que establece lo siguiente:

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.

Así mismo, la Constitución reconoce este principio en el artículo 2, numeral 24, inciso d, donde se indica 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.

Como se puede advertir, es una exigencia de carácter constitucional, que el legislador formule las descripciones de los delitos de manera “expresa” e “inequívoca” (*nullum crimen sine lege certa*). De modo que se garantice a la población el conocimiento de la conducta delictiva prohibida, así como la sanción que le corresponde.

Al respecto, debemos indicar que una de las expresiones del principio de legalidad, es el sub principio de determinación, que según Castillo Alva (2004):

Constituye un mandato dirigido al legislador para que en el momento de la creación de una norma penal determine con la mayor precisión posible tanto el supuesto de hecho como la penalidad, estableciendo tanto la esencia del ilícito como los límites del mismo. Sólo así se logra dar una orientación cierta y objetiva al ciudadano respecto al riesgo que tiene que asumir si realiza una acción prohibida, como se somete a la discrecionalidad judicial, siempre presente, a límites razonables. (p.67)

Es evidente que la determinación de la ley penal no será absolutamente exacta y tampoco tendrá una precisión extrema. Ello debido a las limitaciones propias del lenguaje. Sin embargo, dicha determinación debe plantearse en la medida que esta sea posible.

En tal sentido, se aprecia que el principio de legalidad, desde su sub principio de determinación, exige cierto detalle por parte del legislador, en el momento que elabora una norma penal. De lo contrario, este principio se vería vulnerado.

Cabe precisar que, dentro del principio de legalidad también encontramos al sub principio de taxatividad, el cual según Castillo Alva (2004), se diferencia del sub principio de determinación, por lo siguiente:

La determinación impondría al legislador la obligación de proceder a la redacción del precepto penal delimitando su contenido; en cambio, la taxatividad prohibirá al juez extender el precepto por analogía, más allá del sentido literal posible. (p. 68)

En tal sentido, resulta imprescindible que el legislador al momento de emitir normas penales, observe necesariamente el principio de legalidad, así como su sub principio de determinación. Debido a que es necesario que el ciudadano, conozca con claridad y certeza cuál es la conducta prohibida y su sanción, de tal forma que el ciudadano se motive y se conduzca respetando la ley.

Del análisis del delito de agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, tipificado en el artículo 122-B del Código Penal, se

advierde que, si bien establece la acción típica consistente en que el agente:

de cualquier modo, cause lesiones corporales que requieran menos de diez días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual que no califique como daño psíquico a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B, será reprimido (...)

Sin embargo, para entender sus elementos: “una mujer por su condición de tal” o “integrantes del grupo familiar”, debemos acudir a la Ley 30364 - Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Así mismo, el propio tipo penal, nos remite al artículo 108-B, para conocer los contextos en que se debe ejecutar la violencia, para que se tipifique el delito analizado.

En consecuencia, se aprecia que para aplicar el tipo penal objeto de análisis, se requiere acudir a diversos dispositivos legales, lo cual genera cierta indeterminación de la norma.

En este punto es necesario mencionar lo referente a las leyes penales en blanco, las cuales según Villavicencio Terreros (2009), “son técnicas legislativas que se remiten a una fuente jurídica de diferente calidad a la exigida por la Constitución Política, que puede ser otra ley

penal, leyes de otros sectores de orden jurídico, normas reglamentarias de nivel inferior a la ley” (p. 136).

Por su parte, Reyna Alfaro (2022) señala que el uso de las leyes penales en blanco, “presenta riesgos, pues en caso existiera una imperfecta regulación mediante remisión legislativa, produciría profunda incertidumbre sobre la licitud del comportamiento” (p. 4).

En tal sentido, del análisis del artículo 122-B del Código Penal, en un primer momento, podríamos decir que se puede hacer uso de la técnica legislativa de la ley penal en blanco; sin embargo, ello no es posible, pues como se mencionó anteriormente, presenta imprecisiones en las conductas tipificadas; pues, no menciona cuál es el elemento (dominio, sometimiento, subordinación, responsabilidad, confianza y poder) que da gravedad a dicha conducta, para poder diferenciarlo de las faltas contra las personas. Es por ello que resulta imprescindible que el tipo penal describa con mediana precisión las conductas y los contextos de poder en que deben materializarse las agresiones, de tal forma que se evite la vulneración al principio de legalidad.

## **2.4. Protección de las mujeres e integrantes del grupo familiar en el Derecho Penal peruano.**

### **2.4.1. Aspectos preliminares**

La agresión hacia las mujeres y los integrantes del grupo familiar, en diferente grado de intensidad, es un fenómeno innegable que no es reciente y que ha estado siempre presente, en constante crecimiento, en nuestra sociedad. Ello lo sabemos por los datos estadísticos del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP)<sup>6</sup>, que reportan que en el año 2017 se presentaron 95,317 casos de violencia entre hombres y mujeres, teniendo un crecimiento anual, hasta que el año 2021, se llegó a la cifra de 163,797 casos.

Por tal motivo, consideramos que es un problema social que necesita una solución urgente. Sin embargo, tal solución deberá buscarse además de en el Derecho Penal, en mecanismos extra penales, como en las políticas educativa, económicas, de salud, entre otros.

Sobre la violencia contra la mujer, el Tribunal Constitucional, en su sentencia emitida dentro del expediente N.º 3378-2019-PA/TC<sup>7</sup>, de fecha 05 de marzo del 2020, expresó lo siguiente:

La violencia contra la mujer, que es un tipo de violencia basada en el género, constituye una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente

---

<sup>6</sup>Disponible en: <https://observatorioviolencia.pe/datos/>

<sup>7</sup>Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/03378-2019-AA.pdf>

desiguales entre mujeres y hombres. En efecto, esta forma de violencia, tal como se presenta, incide en el respeto que la condición humana exige de la sociedad hacia todas las mujeres y persigue como objetivo que el sistema de género dominante, apoyado en concepciones y costumbres asentadas en las ideas de inferioridad y subordinación de las mujeres frente a la superioridad y poder de los hombres, permanezca y se refuerce.

Además, la Defensoría del Pueblo en su informe defensorial N.º 110 (2006) señala que, en el Perú la violencia contra la mujer:

Es una práctica extendida que no encuentra fronteras raciales, culturales, económicas, políticas o religiosas. Afecta la dignidad de las mujeres, así como su Derecho a la vida, la libertad e integridad personales, al libre desarrollo de la personalidad y a no ser víctimas de violencia física o psicológica, ni sometidas a tratos inhumanos o humillantes. Constituye, además, un problema de salud pública que afecta a la sociedad en su conjunto y retarda, paralelamente, el desarrollo integral del país. (p. 7)

De acuerdo a lo expuesto, se aprecia que, de manera general, la violencia es un mal que aqueja a nuestra sociedad; y de manera particular, la violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar, tiene efectos nocivos en las víctimas, las cuales se encuentran sometidas a relaciones de poder. Problemática que ha sido reconocida por el Estado, lo que ha permitido que se implementen mecanismos desde el Derecho Penal, para luchar contra esa clase de agresiones.

#### **2.4.2. Delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar tipificado en el artículo 122-B del Código Penal peruano.**

Como se mencionó anteriormente, la violencia contra la mujer e integrantes del grupo del familiar, es un problema social que nos está acompañando desde hace muchos años atrás, y persiste hasta la actualidad. Ante ello, y con el afán de solucionarlo, nuestros legisladores siempre acuden insistentemente al Derecho Penal.

Es así que el artículo 121-B<sup>8</sup> del Código Penal, sanciona las lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, el cual ha ido ampliando su espectro sancionador desde que fue incorporado en el Código Penal, mediante la Ley N.º 29282, publicada el 27 de noviembre del 2008.

Además, en los literales c), d), e) y f) del numeral 3 del artículo 122 del Código Penal se sanciona penalmente, entre otras conductas, a

---

<sup>8</sup> En concordancia con el artículo 121 del Código Penal, debemos señalar que se consideran lesiones graves las siguiente:

- “1. Las que ponen en peligro inminente la vida de la víctima.
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 veinte o más días de asistencia o descanso según prescripción facultativa, o se determina un nivel grave o muy grave de daño psíquico.
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.”

aquellas que causen lesiones leves<sup>9</sup> a una mujer por su condición de tal, así como a los integrantes del grupo familiar.

También debemos señalar que, en el libro tercero del Código Penal, encontramos el artículo 441, que inicialmente, entre otros aspectos, sancionaba las faltas contra la persona en su modalidad de lesiones dolosas y lesiones culposas, estableciendo como agravante cuando la víctima “es menor de catorce años y el agente sea el padre, madre, tutor, guardador o responsable de aquel, y a criterio del juez, cuando sean los sujetos a que se refiere el Artículo 2 de la Ley N.º 26260”.

Cabe precisar que el artículo 2 de la ley 26260 – “Ley de protección frente a la violencia familiar”, consideraba como integrantes del grupo familiar a los cónyuges, convivientes, ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; o, quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales.

Posteriormente, el artículo que regulaba las faltas contra la persona, es decir el 441 del Código Penal, fue modificado, hasta que, en la actualidad ya no se menciona a los integrantes del grupo familiar, sino

---

<sup>9</sup> El artículo 122 del Código Penal establece que las lesiones leves son aquellas provocadas 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”

que vagamente se indica que serán agravantes de tales faltas, cuando la víctima es menor de catorce años o el agente sea el tutor, guardador o responsable de aquella.

Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 442 del Código Penal, en un primer momento, estableció que el cónyuge o concubino que maltrate de obra a su pareja será sancionado con prestación de servicios comunitarios de veinte a treinta jornadas o de treinta a sesenta días – multa. Posteriormente fue modificado y en la actualidad, ha ampliado su espectro protector a las mujeres e integrantes del grupo familiar, entre otros.

Como se puede advertir en los párrafos anteriores, las acciones criminalizantes para proteger a las mujeres e integrantes del grupo familiar han sido una constante en nuestro ordenamiento jurídico penal. Es por ello que el Poder Ejecutivo, con la facultad delegada por el Congreso de la República, emitió el Decreto Legislativo N.º 1323, en la fecha 06 de enero de 2017, a través del cual agravaron las penas de los delitos tipificados en los artículos 108-B (feminicidio), 121 (lesiones graves), 121-B (lesiones graves por violencia familiar), 122 (lesiones leves) y otros del Código Penal; así como, también se incorporaron al Código Penal, entre otros delitos, el tipificado en el artículo 122-B, que sanciona el delito de agresiones en contra de las

mujeres e integrantes del grupo familiar, el cual es objeto del presente análisis, y cuyo tenor literal actual es el siguiente:

El que de cualquier modo cause lesiones corporales que requieran menos de diez días de asistencia o descanso según prescripción facultativa, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual que no califique como daño psíquico a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar 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 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.

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 o si padeciera de enfermedad en estado terminal y el agente se aprovecha de dicha condición.
5. Si en la agresión participan dos o más personas.
6. Si se contraviene una medida de protección emitida por la autoridad competente.
7. Si los actos se realizan en presencia de cualquier niña, niño o adolescente.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que para establecer si estamos frente a la conducta delictiva de agresión en contra de las mujeres por su condición de tal, es necesario e imprescindible acudir al numeral 3 del artículo 4 del reglamento de la Ley 30364 “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes

del grupo familiar”, donde se establece que la violencia contra la mujer por su condición de tal, es:

La acción u omisión identificada como violencia según los artículos 5<sup>10</sup> y 8 de la Ley 30364 que se realiza en el contexto de violencia de género, entendida ésta como una manifestación de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de las mujeres de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad, a través de relaciones de dominio, de sometimiento y subordinación hacia las mujeres.

Así mismo, para determinar si estamos ante una conducta delictiva de agresión contra los integrantes del grupo familiar, también es imprescindible acudir al numeral 4, del artículo 4 del Reglamento de la Ley 30364, donde se establece que dicha agresión:

Es la acción u omisión identificada como violencia según los artículos 6<sup>11</sup> y 8 de la Ley que se realiza en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder de parte de un o una integrante del grupo familiar hacia otro u otra.

---

<sup>10</sup> Artículo 5 de la ley 30364.- Definición de violencia contra las mujeres: La violencia contra las mujeres es cualquier acción o conducta que les cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tale, tanto en el ámbito público como en el privado.

Se entiende por violencia contra las mujeres:

- a. La que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ye sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer. Comprende, entre otros, violación, maltrato físico o psicológico y abuso sexual.
- b. La que tenga lugar en la comunidad, sea perpetrada por cualquier persona y comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar.
- c. La que sea perpetrada o tolerada por los agentes del Estado, donde quiera que ocurra.

<sup>11</sup> Artículo 6 de la Ley 30364.- La violencia contra cualquier integrante del grupo familiar es cualquier acción o conducta que le causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico y que se produce en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder, de parte de un integrante a otro del grupo familiar.

Como se puede advertir, el delito analizado, para el caso de agresiones contra las mujeres por su condición de tal, exige para su tipificación la presencia de relaciones del dominio, sometimiento y subordinación; y para el caso de agresiones contra integrantes del grupo familiar, también exige la presencia de contextos de una relación de responsabilidad, confianza o poder. Todo ello se puede resumir, en que el tipo penal del artículo 122-B del Código Penal, exige para su tipificación que la agresión se realice dentro de relaciones de poder, donde el agresor siempre esté en un nivel superior al de la víctima.

En consecuencia, siguiendo a Rivas La Madrid (2018), podemos indicar que “la finalidad del legislador fue proteger el bien jurídico consistente en la integridad (física y psicológica) más dignidad de las mujeres e integrantes del grupo familiar” (p. 146). Es decir, el tipo penal objeto de análisis, no sanciona simples agresiones físicas o psicológicas, las cuales pueden ser sancionadas como faltas contra la persona, sino que sanciona aquellas que se realizan en contextos de dominio de poder, la cual afecta también la dignidad de las víctimas. Elemento que evidentemente da gravedad a la conducta.

#### **2.4.3. Exposición de motivos del Decreto Legislativo N.º 1323**

Junto a Santaolalla López (1991), debemos señalar que por Exposición de Motivos entendemos:

La parte que antecede al texto articulado de las leyes y otras disposiciones normativas, redactada con un estilo característico, no prescriptivo, y en la que se enuncian las razones que han llevado a su promulgación, en una suerte de justificación previa. (p. 48)

En la exposición de motivos de las normas jurídicas penales, debe precisarse las razones y fundamentos que provocaron acudir al Derecho Penal, para dar solución a un determinado conflicto social. Para ello, debe explicarse y desarrollarse los principios sobre los cuales se sostiene la decisión criminalizadora de las conductas. Así mismo, debe explicarse cuáles fueron los mecanismos extra penales que se utilizaron previamente para procurar la solución del problema, y establecer por qué motivos fallaron. Lo cual permitirá justificar adecuadamente el haber acudido al Derecho Penal, como *última ratio*. Ahora bien, como se mencionó líneas arriba, mediante Decreto Legislativo N.º 1323, publicado el 6 de enero del 2017, el Poder Ejecutivo de nuestro país, incorporó entre otros artículos, el 122-B al Código Penal, que sanciona las agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar.

No obstante, en la exposición de motivos del mencionado Decreto Legislativo, se advierte que solamente se han descrito aspectos relacionados con el feminicidio, lesiones graves físicas y psicológicas contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, explotación sexual, esclavitud, trabajo forzoso; y tangencialmente se expresan las

razones, mayormente estadísticas, que sustentan la incorporación del delito tipificado en el artículo 122-B del Código Penal.

No obstante, considero que es importante y necesario conocer las principales razones descritas en la exposición de motivos del Decreto Legislativo N.º 1323, que justificaron los cambios normativos que ha implementado, los cuales son los siguientes:

- En la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar Nacional – ENDES 2015, se estableció que 36.2% de mujeres entre los 15 y 49 años de edad, indicaron haber sido víctimas de violencia física y sexual por parte de su esposo o compañero, mientras que el 63.5% manifestó que en al menos una oportunidad su esposo o compañero ejerció alguna forma de control sobre ellas.
- Es necesario que, en el marco de las políticas nacionales a favor de las mujeres, puedan realizarse ajustes y precisiones normativas que doten de mayor garantía o generen mayor eficacia en la protección de sus Derechos fundamentales.
- La Constitución Política del Perú reconoce que la vida, la integridad moral, psíquica y física, así como el libre

desarrollo y bienestar (artículo 2) son Derechos que se deben procurar a todas las personas, en tanto que nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes (artículo 2 numeral 24 literal h). Estos Derechos, junto con la igualdad ante la ley y el Derecho a no ser discriminado por motivo de sexo, son pilares para la intervención del Estado en materia de violencia basada en el género.

- En la exposición de motivos correspondiente a las lesiones graves contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, se indica que la Recomendación General N.º 19 del Comité de seguimiento de la CEDAW ha señalado que la violencia física y psicológica es una forma de discriminación hacia las mujeres, puesto que puede anular, menoscabar o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio de los Derechos fundamentales de las mujeres. En tal sentido, la vulneración al Derecho de una vida libre de violencia afecta gravemente la dignidad de la persona, por lo que debe tener una consecuencia jurídica dentro del ámbito penal.
  
- Respecto al mismo tipo de lesiones descritas en el apartado anterior, se menciona que, en el Perú, según las cifras emitidas por el Instituto Nacional de Estadística e

informática (INEI), a través de la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar-2015, señalan que 7 de cada 10 mujeres, alguna vez sufrieron algún tipo de violencia por parte del esposo o compañero. Además, el 67.4% ha sufrido alguna forma de violencia psicológica o verbal, que es la agresión a través de palabras, injurias, calumnias, gritos, insultos, desprecios, burlas, ironías, situaciones de control, humillaciones, amenazas y otras acciones para minar su autoestima.

- Además, se indica que las estadísticas reportadas por el MIMP [Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables] a través del Programa Nacional contra la Violencia Familiar Sexual, arrojan que en el 2015 se atendieron 28499 casos de violencia psicológica, lo que representa el 49% del total de casos atendidos por los Centros de Emergencia Mujer a nivel nacional. En lo que corresponde al 2016, hasta el mes de septiembre, el mismo Programa Nacional reporta que se atendieron 26078 casos por violencia psicológica, lo que constituye el 50% de los casos a nivel nacional por los Centros de Emergencia Mujer. Dichas cifras evidencian también que existe un incremento notable de los casos atendidos en el 2016 respecto del año anterior, pues hay una diferencia de 2421 casos más.

- Además, se expone que, si el bien jurídico protegido es la integridad física y mental de las personas, en este caso de las mujeres, no se entiende por qué la lesión psicológica sólo reconoce la gravedad de la afectación, pero en cambio no reconoce todos aquellos supuestos de violencia psicológica que no producen daño psíquico, pese a que de igual forma han vulnerado el bien jurídico protegido: La integridad mental de la víctima.
  
- El Código Penal establece una diferenciación inadecuada al considerar como faltas aquellos actos de violencia física que no superan los diez días de descanso o atención médica, cuando se afecta por igual al mismo bien jurídico, independientemente del grado de afectación, propiciando que en el ámbito social se asuma injustificadamente que, por ejemplo, los actos de violencia justificados como correctivos dentro del ámbito familiar sean tolerados, situación que debe modificarse para evitar situaciones de injusticia e impunidad”.
  
- Así mismo, se señala que es necesario que se amplíe la conducta típica para sancionar toda forma de violencia psicológica - física contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, por cuanto tales conductas vulneran el

Derecho a una vida libre de violencia como elemento constitutivo de la dignidad humana, y también porque afectan la salud e integridad mental de la víctima. Además, se debe establecer una penalidad análoga a la de lesiones graves, respecto a aquellas conductas que generen daño psíquico en la víctima. Estas modificaciones permitirán cumplir con las obligaciones internacionales en materia de Derechos humanos de las mujeres y fortalecer las políticas públicas orientadas erradicar la violencia en todas sus formas.

- Advertimos que el artículo 122-B en el Código Penal, es mencionado únicamente en el párrafo siguiente, que textualmente dice:

Similar criterio se ha adoptado cuando tales circunstancias concurren en la comisión de los delitos de lesiones leves y agresiones en el contexto de violencia familiar, previstos en los artículos 122 y 122-B de la ley penal sustantiva. Similares consideraciones se aprecian en la regulación sobre el maltrato, previstas en la modificación el artículo 442 del Código Penal.

Como se puede advertir, en la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1323, se desarrolla la problemática de la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar en nuestro país; sin embargo, no se desarrolla con mayor amplitud los principios que

sustentan la decisión de haber tipificado el delito descrito en el artículo 122-B del Código Penal.

#### **2.4.4. Posturas a favor y en contra de la incorporación del artículo 122-B al Código Penal Peruano**

Antes de iniciar el desarrollo de las posturas a favor o en contra de la incorporación del artículo 122-B del Código Penal, conviene precisar que en el presente apartado solamente describiremos dichos enfoques, sin emitir nuestra opinión, pues la misma se hará en la contrastación.

##### **A. Posturas a favor**

Rivas La Madrid (2018) expresa que “se justifica la necesidad de intervención penal estatal en los contextos de violencia familiar, por el especial contexto de sometimiento del agresor para con la víctima” (p. 145).

Gálvez Villegas y Rojas León (2017), señalan que:

Con el artículo 122-B del Código Penal, recién se ha establecido el tipo penal en el cual deben subsumirse los hechos que requieran menos de diez días de asistencia o descanso, cuando concurren las circunstancias especiales que le dan gravedad a los hechos. (p. 928)

Núñez Molina y Castillo Soltero (2015), indican que la agravación de la pena que contiene el artículo 122-B del Código Penal “se sustenta en el mayor reproche social que contiene el daño

ocasionado por una persona con la que se tiene vínculo de familiaridad” (p. 147).

Por su parte, Castillo Aparicio (2018) señala que:

Las razones que justifican la tipificación del delito objeto del presente análisis, son la especial vulnerabilidad de las mujeres en sus relaciones subjetivas con los hombre y la asimetría en las relaciones de poder entre hombres y mujeres, así como la necesidad de adecuación de la legislación nacional a los instrumentos internacionales (especialmente, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer – Convención de Belém do Pará) y el incremento de casos de muertes y ataques contra las mujeres. (p. 81)

Por su parte, Gustavo A. Arocena (2017) señala que;

El artículo 5 de la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” - generalizadamente conocida por sus siglas en inglés, C.E.D.A.W.- (...) dispone que los Estados partes tomarán todas las 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.” (p. 258)

Respecto a esto último es pertinente indicar que el C.E.D.A.W., no dice que se tiene que criminalizar la violencia, sino que se debe modificar los patrones socio culturales de conducta de hombres y mujeres.

En suma, las posturas que están a favor de la tipificación del artículo 122-B del Código Penal, señalan que resulta necesaria su tipificación, por el especial contexto de poder del agresor respecto de la víctima, lo cual se expresa en la asimetría de la relación. Además, porque resulta necesario que nuestra legislación se adecúe a los instrumentos internacionales que protegen a la mujer e integrantes del grupo familiar.

## **B. Posturas en contra**

Laurenzo Copello (2017) señala que “el sistema penal está hipertrofiado que criminaliza hasta el más nimio episodio de agresividad en la pareja” (p. 93). Añade que;

El caso de Perú se ha logrado aumentar el número de denuncias y la judicialización de muchos casos de violencia. Pero no hay ninguna razón para pensar que el aumento de las denuncias o de las condenas esté haciendo disminuir realmente el número de agresiones contra mujeres o integrantes del grupo familiar, pues no se observa una tendencia relevante a la baja. (p. 84)

Esta autora indica que el acudir al Derecho Penal para pretender solucionar el problema estructural de la violencia, ha provocado que se mantenga el “estigma del sujeto femenino débil e indefenso y no pone en cuestión la estructura política y cultural generadora de la violencia” (Laurenzo Copello, 2017, p. 88).

Así mismo, Lorenzo Copello (2017), citando a Mokeda Abreu, refiere lo siguiente:

El discurso de la victimización es un poderoso instrumento del Estado para controlar a las mujeres, porque la posición de fragilidad en que las sitúa permite marcarles desde fuera las pautas de lo que deben hacer; se las disciplina mediante indicaciones sobre lo que está bien y lo que está mal, lo que es aceptable y lo que es reprobable en las relaciones de pareja. Las mujeres aparecen una vez más domesticadas, no ya por su padre o su marido, como antaño, sino ahora por el Estado y algunas organizaciones de mujeres (las aceptadas por el poder establecido) que se erigen en defensores legítimos - y únicos - de sus Derechos. (p. 88)

Es por ello que la mencionada jurista concluye que la única forma de contener la violencia hacia la mujer, “debe ser a través de cambios estructurales que liberen definitivamente a las mujeres de los roles subordinados a los que las condena el sistema patriarcal” (Laurenzo Copello, 2017, p. 104).

Por su parte, Martínez García (2017) señala que;

Para evitar el tipo de violencia analizada, hay que intervenir profundamente en materia de igualdad en otras áreas, hay que afectar el núcleo que sustenta, alimenta y perpetúa esta violencia, la cultura patriarcal sostenida sobre valores masculinos en diferentes áreas, tales como trabajo, conciliación, carrera profesional, participación en órganos de decisión y otras muchas líneas que ahora pasamos a exponer en materia de violencia de género, concretamente. Pues el Derecho Penal no es el freno más eficaz para evitar la violencia que estamos analizando, debido a que no tiene capacidad para solucionar dicho problema, porque su naturaleza y finalidad son otras. (p. 148)

Por otro lado, Benavides Ortiz (2017), añade que;

El afán de dar una respuesta contundente frente a la problemática que se suscita alrededor de la violencia de género, ha llevado a una actuación irracional del estado, tanto en ejercicio de sus funciones legislativas, como en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, lo cual no puede resultar sino en detrimento de las garantías individuales, en especial frente a la facultad punitiva estatal, cuyo marco parecía dado por límites materiales y formales. Por tal motivo, antes de expedir normas penales, el Estado debe esforzarse en el empoderamiento de la mujer y en construir una sociedad respetuosa de la identidad de sus mujeres y, en general, de la identidad y de las libertades individuales. Se debe promover una cosmovisión armónica en la que se valore, en pie de la igualdad, a las personas por ser personas. (p. 243)

En conclusión, estas posturas expresan su disconformidad con la incorporación del artículo 122-B en el Código Penal, debido a que advierten que el sistema penal se hipertrofia por la abundancia de casos. Además, porque profundizan el estigma de que las mujeres serían débiles e indefensas, olvidando, hacer cambios estructurales que permitan empoderarla, transformado el sistema patriarcal.

## **2.5. Análisis del delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, desde la política criminal**

La política criminal se encarga de “valorar los medios utilizados para la prevención del delito desde el punto de vista de la eficacia y las garantías fundamentales, con la finalidad de proponer su mejoramiento” (García Caveró, 2012, p. 56).

Según García Caveró (2012), la política criminal “somete a valoración los medios utilizados para la represión penal desde el punto de vista del respeto a las garantías jurídico-penales o, también conocidos, como principios político-criminales” (p. 57).

Para Heinrich Jescheck, Hans y Thomas Weigend (2014), “la política fundamenta sus pretensiones futuras de mejora del Derecho positivo sobre los resultados empíricos” (p. 63). Es decir, una adecuada política criminal debe estar sustentada sobre estudios sociológicos, antropológicos, criminológicos entre otros, que permitan establecer proyecciones sobre lo positivo o negativo de las decisiones político criminales asumidas en un Estado.

Sin embargo, un sector de la doctrina niega que la política criminal esté relacionada con la evolución del Derecho Penal, pues tan solo advierten una política populista. Al respecto, Silva Sánchez (2002) dice que;

Con ello, en efecto, parece querer indicarse que la política práctica del Derecho Penal responde, exclusivamente a consideraciones de cierto pragmatismo inmediato sin el más mínimo apoyo en teoría alguna – ni principialista, ni utilitarista o consecuencialista, ni mixta – de la política criminal o de la política del Derecho Penal. Así, se tiende a contraponer la “política criminal ilustrada” – científica – y la política criminal real. La primera estaría comprometida con la observación de los Derechos humanos y los estándares del estado de Derecho, a la vez que comprobaría según baremos racionales las condiciones reales de aplicación del Derecho Penal y sus consecuencias. Sería “científica” en toda la extensión de la palabra. La segunda en cambio, se habría liberado de tales cadenas para iniciar una cruzada contra el mal. Sería, sin más acientífica. (p. 95)

Por su parte Almeyda Velásquez (2020), con la finalidad de limitar la política criminal populista, propone que;

Es preciso limitar la facultad del Estado en hacer uso de su poder punitivo. Para lograrlo se necesita generar una dificultad o restricción a los legisladores, para que cuando legislen respecto a la criminalización de comportamientos, requieran una exigencia numérica mayor en la votación: agravar la votación parlamentaria al modo de expedición de leyes orgánicas. (párr. 40)

Para Luigi Ferrajoli (2018), actualmente la política criminal se asienta sobre tres líneas maestras, las cuales son las siguientes:

La primera línea queda reflejada en el uso político y demagógico que del Derecho Penal se ha hecho a lo largo de todos estos años. La mayor parte de las leyes penales aprobadas en los últimos treinta años han sido leyes de excepción o peor aún, como las denominó Francesco Carrara, "Leyes de ocasión", producidas con la vista puesta únicamente en su valor simbólico y dirigidas solamente a conjurar problemas (...).

La segunda línea o factor imputable a la política legislativa ha sido la creciente degradación del lenguaje penal a raíz de la indeterminación semántica de los tipos delictivos y, además, de la inflación de las leyes penales (...).

La tercera línea de esta política desquiciada se refleja en la pura y simple renuncia a todo proyecto orgánico de reforma del Derecho Penal sustancial. El Derecho Penal sustancial ha sido hasta el momento tratado, tanto por parte de la política como de la cultura jurídica, como una especie del mundo natural. (p. 203 - 205)

Hurtado Pozo (1987) indica que la política criminal es:

Una parcela de la política jurídica del Estado, la que a su vez es parte de su política general. La propagación y realización de una correcta y coherente lucha contra la delincuencia, depende del apoyo y fomento de los estudios tendientes a describir el sistema de reacción social y a determinar los lineamientos y los medios más eficaces. De esta

manera, se evitará que la reacción sea espontánea o inorgánica, motivada únicamente por el afán de dar satisfacción a los movimientos de la “opinión pública”, originados por la comisión de ciertas infracciones (política criminal del “golpe por golpe”); o destinada a satisfacer, mediante la multiplicación o agravación indiscriminada de la represión, a un público impresionado o temeroso ante la comisión frecuente de ciertos delitos. (p. 22)

Jiménez de Azúa (1958), señala que “el jurista no puede contentarse con afirmar que un hecho ha existido. Necesitamos abocarnos al tema filosófico de por qué se pena. El jurista precisa ser filósofo, si quiere que sean perdurables las soluciones dadas a los problemas que le preocupan” (p. 40).

Al respecto, Cansio Melia (2003) señala que se advierte “la existencia en el debate político de un verdadero “clima punitivista”; el recurso a un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político – criminal” (p.70).

En relación con lo anterior, Zaffaroni (2012) señala que;

Es dable constatar – con profunda alarma – que se está produciendo un notorio deterioro de los niveles de la política en todo el mundo, con una agenda marcada por la televisión, que se traduce en su absoluta incapacidad para confrontar la criminología mediática, y al mismo tiempo, para prevenir la violencia real desde sus raíces e incluso en sus manifestaciones. (p.320)

De similar manera, Reátegui Sánchez (2016) indica que;

El exceso de poder punitivo es la confesión de la incapacidad estatal para resolver su conflictividad social. Nada más cierto en la coyuntura actual de nuestro país. Ante un clima de creciente sensación de

inseguridad ciudadana de la que hacen eco diariamente los medios de comunicación social, televisivos, radiales y escritos, a los gobernantes y a la clase política en general no se le ha ocurrido mejor idea que recurrir nuevamente - ¡oh bendita panacea! – al Derecho Penal vía el endurecimiento de la respuesta punitiva estatal. (p. 103)

Respecto a la política criminal para luchar en contra de la violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar, debemos indicar junto con Lorenzo Copello (2017), que;

En el Perú se han adoptado medidas sobre la violencia de género, criminalizando ciertas acciones; sin embargo, más complicadas se vuelven las cosas cuando nos preguntamos por la eficacia preventiva de las figuras género específicas, un asunto trascendental en cualquier evaluación político criminal ya que ninguna norma penal puede considerarse adecuada en términos de legitimidad si no consigue controlar de un modo significativo las conductas que prohíbe o, lo que es igual, sino consigue tener eficacia preventiva. (p. 83)

La política criminal es necesaria porque permite analizar, proponer y proyectar mecanismos idóneos para luchar contra la criminalidad. Para ello se vale de estudios criminológicos, sociológicos, antropológicos y otros. Ello permite que el Derecho Penal funcione como una estructura orgánica. En caso contrario, es decir si la política criminal está sustentada en la opinión pública, sin el más mínimo análisis científico, la lucha contra la delincuencia será cada vez más difícil de ganar.

Al respecto, el tipo penal descrito en el artículo 122-B del Código Penal, respeta la política estatal de protección de la integridad física y psicológica, así como de la dignidad de las mujeres e integrantes del grupo familiar.

Derechos que se encuentran reconocidos en el artículo 1 y en el literal 1 del artículo 2 de la Constitución. Pues es evidente que algunas mujeres e integrantes del grupo familiar, son víctimas de violencia en contextos de poder. Lo cual se evidencia con las estadísticas recogidas por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, las cuales fueron descritas en la parte inicial de la presente investigación.

## CAPÍTULO III

### CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

En este capítulo se desarrolla la contrastación de las hipótesis. La pregunta que formulamos fue ¿Cuáles son los principios jurídicos penales vulnerados con la regulación del delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar?, siendo la hipótesis proyectada que: Los principios jurídicos penales que son vulnerados con la regulación del delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, tipificado en el artículo 122-B del Código Penal, son la proporcionalidad, lesividad, mínima intervención del Derecho Penal o *última ratio* y legalidad.

Para la contrastación de la hipótesis, esto es, si el artículo 122- B del Código Penal, vulnera los principios de proporcionalidad, lesividad, mínima intervención del Derecho Penal o *última ratio* y legalidad, se analizará críticamente cada uno de los fundamentos esgrimidos por las posiciones doctrinales, y en algunos casos jurisprudenciales, que desarrollan tales principios, para luego verificar si nuestra respuesta inicial al problema jurídico detectado fue comprobada.

#### **3.1. Procedimiento de contrastación de hipótesis**

Teniendo en cuenta los criterios plasmados y detallados en el planteamiento del problema y en el capítulo II, referente al marco teórico, corresponde en esta parte de la investigación establecer si el artículo 122-B del Código Penal,

vulnera los principios jurídicos de proporcionalidad, lesividad y mínima intervención del Derecho Penal o *última ratio* y legalidad.

En el marco teórico se estableció que el Derecho Penal, se sustenta en diversos principios jurídicos. Por ello, todos los tipos penales deben respetar dichos principios, y no vulnerarlos. Partiendo de tal afirmación, se hace necesario contrastar lo referente a que si el tipo penal del artículo 122-B del Código Penal, vulnera los principios de proporcionalidad, lesividad y mínima intervención del Derecho Penal o *última ratio* y legalidad.

Para dicho fin, se partirá analizando las funciones del Derecho Penal en la sociedad, y su relación con los principios jurídicos penales mencionados líneas arriba, que son reconocidos por la Constitución, Código Penal Peruano, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y de la doctrina. Así mismo, analizaremos si la exposición de motivos del Decreto Legislativo N.º 1323, tiene argumentos válidos que sostengan la incorporación del artículo 122-B en el Código Penal. Todo ello en relación con la política criminal y los principios jurídico penales. Para luego verificar si nuestra postura inicial fue o no demostrada.

### **3.2. Respecto a la vulneración del principio de proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad es fundamental dentro del Derecho en general, y de manera específica en el Derecho Penal, pues busca equilibrar

el poder el Estado, la sociedad y el imputado, con la finalidad de que el primero, no cause mayor daño del que corresponde, a través de la pena.

Ahora bien, preliminarmente se planteó que el tipo penal descrito en el artículo 122-B del Código Penal, que sanciona el delito de agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, vulneraba el principio de proporcionalidad, debido a que la sanción establecida, es decir “(...) pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación (...)”, sería excesiva y desproporcional, por agresiones que requieren menos de diez días de asistencia o descanso o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual.

Planteamos dicho componente hipotético porque consideramos que esta clase de agresiones ya estarían reguladas y sancionadas como faltas contra la persona, en el artículo 441 del Código Penal, que también sanciona las lesiones en el cuerpo y en la salud física y mental que requieran hasta diez días de asistencia o descanso, o nivel leve de daño psicológico, con pena de prestación de servicio comunitario de cuarenta a sesenta jornadas.

Además, inicialmente habíamos considerado que el artículo 122-B del Código Penal, sería una expresión del Derecho Penal Simbólico y populista, que es entendido como aquel Derecho que es usado por los gobernantes para generar la ilusión de que están solucionando el problema delictivo, pero que en realidad no protegen efectivamente los bienes jurídicos, pues no atacan

la causa del problema, por el contrario, conduciría a una sobrecriminalización de conductas que saturan todo el sistema penal.

Del mismo modo, habíamos considerado que el tipo penal objeto de análisis, resultaría desproporcionado, porque la sanción punitiva excede a los fines del Derecho Penal, que como lo menciona Luigi Ferrajoli (2018), “debe ser entendido como la ley del más débil, frente a la ley del más fuerte, que garantiza al sujeto más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado, y en el momento de la ejecución penal el preso” (p.34).

Planteamos también que el delito analizado resultaría desproporcionado, porque la sanción que establecía, no sirvió para reducir las denuncias por agresiones contra la mujer e integrantes del grupo familiar. Por el contrario, según las estadísticas publicadas por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, dichas denuncias aumentan cada año, tal es así, que en el año 2017 se registraron 95317 casos de violencia, y en el año 2021, se registraron 163797 casos<sup>12</sup>.

Sin embargo, al analizar el artículo 122-B, en relación con el principio de proporcionalidad, desde sus sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, apreciamos que dicho tipo penal no resulta desproporcionado, por las razones que se exponen a continuación.

---

<sup>12</sup> Disponible en: <https://portalestadistico.aurora.gob.pe/boletines/>

### **3.2.1. Sub principio de idoneidad**

Desde la perspectiva del sub principio de idoneidad, el análisis consistirá en examinar si la incorporación del artículo 122-B al Código Penal, resulta idóneo para reducir las agresiones contra la mujer por su condición de tal, y contra los integrantes del grupo familiar, en contextos de poder; con la finalidad de que se haga efectivo el mandato constitucional del artículo 1, que establece que toda persona tiene Derecho a que se le respete su dignidad; así como el artículo 2, numeral 1, que establece que toda persona tiene Derecho a su integridad psíquica y física.

Si bien, de los boletines estadísticos del Programa Nacional Aurora del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, se aprecia que las denuncias por agresiones contra la mujer e integrantes del grupo familiar, aumentan anualmente, tal es así que, en el año 2017 se registraron 95317 casos de violencia, y en el año 2021 se llegó a registrar 163797 casos<sup>13</sup>. Sin embargo, consideramos que la finalidad y el objetivo del artículo 122-B del Código Penal, es decir, hacer prevalecer la dignidad, así como el Derecho a la integridad psíquica y física de las mujeres e integrantes del grupo familiar, en contextos de poder, se mantiene intacto.

Es por ello que, si bien no existe una reducción considerable e inmediata de las agresiones, lo cual evidentemente es difícil por lo complejo del problema, no obstante, el tipo penal analizado resulta idóneo, para proteger los

---

<sup>13</sup> Disponible en: <https://portalestadistico.aurora.gob.pe/boletines/>

derechos que la Constitución reconoce a todas las personas, y específicamente a las mujeres e integrantes del grupo familiar, más aún que dichas agresiones se presentan en contextos de poder.

Además, por las razones antes expuestas, debemos indicar que el objetivo y finalidad del artículo 122-B del Código Penal, supera a las consideraciones expuestas preliminarmente en este trabajo, en el sentido de que no es expresión del Derecho Penal Simbólico y tampoco excede los fines del Derecho Penal.

No es expresión del Derecho Penal Simbólico porque no solamente busca efectos políticos, sino que va más allá, y busca proteger los derechos inherentes que la Constitución reconoce a los ciudadanos en general, y a las mujeres e integrantes del grupo familiar en particular, en contextos de poder.

Así mismo, el tipo penal analizado no excede los fines del Derecho, porque evidentemente busca proteger al más débil, que, en este caso, resulta ser la mujer y los integrantes del grupo familiar, que están sometidas a relaciones de poder con sus agresores. Tampoco podemos decir que el castigo que establece sea arbitrario e irracional, que lesione los derechos del agresor, sino que consideramos que es idóneo al perjuicio y daño que provoca.

En consecuencia, la incorporación del artículo 122-B al Código Penal, resulta idóneo por la finalidad que persigue, es decir, porque protege a las víctimas de violencia en contextos de poder.

### **3.2.2. Sub principio de necesidad**

Desde la perspectiva del sub principio de necesidad, debe analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Al respecto, consideramos que resulta necesaria la existencia del artículo 122-B en el Código Penal, pues no advertimos una alternativa menos gravosa, por las especiales circunstancias de poder y los contextos, en que se ejecutan las agresiones.

Si bien, en el presente trabajo inicialmente se planteó que la pena del artículo 122-B del Código Penal, sería elevada y desproporcionada, y que no era necesaria su tipificación, porque la misma conducta ya estaría siendo sancionada en el artículo 441 del Código Penal. No obstante, ello no es así.

Pues la conducta del artículo 122-B, a diferencia del artículo 441, exige la presencia de ciertos elementos adicionales que dan gravedad a las agresiones (contexto y relación de poder), y que por tanto justifican su tipificación en el Código Penal.

En el caso de las agresiones en contra de la mujer por su condición de tal, esos elementos los encontramos en el numeral 3, del artículo 4 del Reglamento de la Ley 30364, donde se exige que dichas agresiones deben realizarse en el contexto de violencia de género, entendida ésta como una manifestación de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de las

mujeres de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad, a través de relaciones de dominio, de sometimiento y subordinación hacia las mujeres.

En el caso de las agresiones contra integrantes del grupo familiar, esos elementos que dan gravedad al hecho, los encontramos en el primer párrafo del artículo 108-B del Código Penal, que exige que las agresiones contra integrantes del grupo familiar se materializan cuando se ejerce en contextos de violencia familiar, coacción, hostigamiento o acoso sexual; las cuales, además, deben ejercerse con abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente; y cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

Así mismo, para entender el contexto de violencia familiar, es necesario acudir al artículo 6 de la Ley 30364, que establece que las agresiones contra los integrantes del grupo familiar, requiere que estas se hayan producido en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder, de parte de un integrante a otro del grupo familiar.

En tal sentido, como se puede advertir, los elementos que dan gravedad a las agresiones tipificadas en el artículo 122-B del Código Penal, no los contempla el artículo 441 del mismo cuerpo normativo, ni ningún otro dispositivo legal, es por ello que resulta justificada y necesaria su tipificación.

Además, haciendo un análisis sistemático de la normativa vigente, la pena que establece el artículo 122-B del Código Penal, no es excesiva ni desproporcional, si tomamos en cuenta que las conductas sancionadas por este tipo penal, no son cualquier tipo de violencia, sino que según el artículo 5 y 6 de la Ley 30364, son actos graves de agresión contra la mujer por su condición de tal, en relaciones de dominio, de sometimiento y subordinación; y, contra integrantes del grupo familiar en contextos de responsabilidad, confianza o poder.

Así mismo, pareciera que el tipo penal analizado es una expresión del llamado Derecho Penal Simbólico; sin embargo, tal afirmación tampoco resulta adecuada. Pues, desde que se incorporó el delito en el Código Penal, el Estado también ha incorporado diversos mecanismos que coadyuvan a sancionar este tipo de actos. Esos mecanismos son la creación de Centros de Emergencia Mujer, de Fiscalía Especializadas en esta clase de delitos, de unidades especializadas de la Policía Nacional para la atención de esta clase de denuncias. Además, se flexibilizó la exigencia de que las pericias psicológicas, por este delito, sean exclusivamente de Medicina Legal, y ahora también son válidos los informes psicológicos de los Centros de Emergencia Mujer; entre otros. Ello contribuyó a que tanto los hombres como las mujeres denuncien estos hechos de violencia.

Si bien, según los datos estadísticos del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, hay un ascenso en el número de denuncias<sup>14</sup>, esto puede interpretarse como que la ciudadanía está teniendo mayor conocimiento de que la violencia contra la mujer e integrantes de grupo familiar se sanciona penalmente, lo cual les está permitiendo hacer sus denuncias con mayor frecuencia, visibilizando aún más el problema. Pues anteriormente, la legislación desincentivaba las denuncias, pues no había sanciones drásticas y ejemplares.

Por otra parte, se indicó que la tipificación del delito objeto de análisis, excedía los fines del Derecho Penal, pues como lo menciona Luigi Ferrajoli (2018), este Derecho debe ser entendido como “la ley del más débil, frente a la ley del más fuerte, que garantiza al sujeto más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado, y en el momento de la ejecución penal el preso” (p.34). Incluso dicho doctrinario, plantea “que el Derecho Penal no solo prevenga o minimice las ofensas a bienes y Derecho fundamentales, sino, también debe prevenir y minimizar los castigos arbitrarios“. (Luigi Ferrajoli, 2018, p.34)

Al respecto, debemos indicar que el artículo 122-B del Código Penal, no excede los fines del Derecho, y por tanto es proporcional debido a que

---

<sup>14</sup> Como se indicó líneas arriba, en el año 2017 se registraron 95317 casos de violencia, en el año 2018 se registraron 133697 casos, en el año 2019 se registraron 181885 casos, en el año 2020 se registraron 114495, y en el año 2021, 163797 casos.

garantiza los derechos tanto de la víctima como del agresor. Pues, al establecer una pena privativa de libertad, está protegiendo a la víctima del delito de manera preventiva, respecto a agresiones posteriores. Así mismo, al haber señalado una pena privativa de no menor de uno ni mayor de tres años, consideramos que es una pena que no es excesiva en relación con los efectos que provoca, incluso podemos indicar que es una pena necesaria, con la finalidad de combatir el flagelo de la violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar.

En consecuencia, resulta necesario y esencial el artículo 122-B en el Código Penal, pues como se mencionó anteriormente, en nuestra legislación no hay otro dispositivo legal que proteja de mejor forma a las mujeres e integrantes del grupo familiar, que son víctimas de este tipo de violencia. Pues para su tipificación se exige la presencia de elementos que ningún otro tipo penal requiere, es decir tiene elementos propios que lo hacen único dentro de los tipos penales. Además, resulta necesario debido a que ha llenado un vacío normativo, que impedía sancionar ejemplarmente a las personas que ejecutan este tipo de acciones violentas. Todo ello con la finalidad de luchar contra las agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, y evitar su normalización.

### **3.2.3. Sub principio de proporcionalidad en sentido estricto**

En los párrafos anteriores ya se analizó la concurrencia de los sub principios de idoneidad y necesidad. En tal sentido, ahora corresponde analizar si la incorporación del artículo 122-B en el Código Penal, cumple el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto. Para ello, el análisis consistirá en comparar si la intensidad de la pena establecida en el artículo 122-B del Código Penal, que afectaría el Derecho a la libertad personal del agresor, se corresponde con los bienes jurídicos que pretende proteger el tipo penal, como son el Derecho a la integridad y la dignidad de las víctimas, que se ven afectadas por los contextos especiales de poder que exige el tipo penal.

Para ello, tomando en consideración el fundamento 199 de la sentencia del tribunal constitucional, emitida en el Expediente N.º 010-2002-AI/TC, en primer lugar, analizaremos si los bienes o intereses que se tratan de proteger son de naturaleza constitucional, y por tanto son socialmente relevantes. En segundo lugar, evaluaremos si la pena establecida para la conducta típica es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos aflictivas de la libertad; y en tercer lugar, evaluaremos si existe desequilibrio manifiesto, esto es excesivo o irrazonable, entre la sanción y la finalidad de la norma.

Respecto a los bienes jurídicos que trata de proteger el artículo 122-B del Código Penal, debemos indicar que están reconocidos en el artículo 1 y en el numeral 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Donde el

primero establece que toda persona tiene Derecho a la dignidad; y el segundo, señala que toda persona tiene Derecho a su integridad moral, psíquica, física y a su libre desarrollo y bienestar. Es por ello, que su protección resulta socialmente relevante, pues son derechos de imprescindible importancia para el desarrollo de la persona, más aún cuando estas están sometidas a una relación de poder.

Además, como ya se mencionó líneas arriba, la pena establecida en el artículo 122-B del Código Penal, resulta idónea, porque la sanción establecida no es arbitraria e irracional, pues no provoca lesiones a los derechos del agresor. Así mismo, resulta necesaria porque no existe otra manera más eficaz de controlar los actos de agresión hacia las mujeres e integrantes del grupo familiar, en los contextos de poder.

Por otro lado, debemos señalar que no existe desequilibrio excesivo e irrazonable entre la sanción establecida y la finalidad de la norma. Pues, si bien la sanción establecida es pena privativa de libertad, esta se encuentra en proporción con los bienes jurídicos que pretende proteger, como la integridad y dignidad de las víctimas, las cuales son fundamentales para el desarrollo adecuado de la persona.

#### **3.2.3.1. Fórmula del Peso**

Ahora bien, resulta necesario realizar un análisis de ponderación entre el Derecho a la integridad y dignidad, en relación con el Derecho a la libertad

personal del agresor. Para ello, vamos a utilizar la “fórmula del peso”, que fue propuesta por Robert Alexy, de la siguiente forma:

$$G_{Pi, jC} = \frac{I_{PiC} \cdot G_{PiA} \cdot S_{PiC}}{W_{PjC} \cdot G_{PjA} \cdot S_{PjC}}$$

Al respecto, debemos indicar que el peso concreto del principio Pi (Derecho a la integridad y dignidad) en relación con el principio Pj (Derecho a la libertad personal), resulta del cociente entre el producto de las variables denominadas: i) importancia del principio Pi (IPiC: derecho a la integridad y dignidad), ii) su peso abstracto (GPiA: derecho a la integridad y dignidad) y iii) la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación (SPiC: Derecho a la integridad y dignidad), por una parte; y, el producto de las variables siguientes: i) Importancia del principio en concreto (WPjC: derecho a la libertad personal), ii) su peso abstracto (GPjA: derecho a la libertad Personal) y iii) la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación (SPjC: Derecho a la libertad personal), por otra.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que las variables de la fórmula del peso, denominadas: i) importancia de los principios y ii) del peso abstracto de los principios, tienen una escala con tres valores numéricos, que son los siguientes: leve = 1, medio = 2 y grave = 4. Además, para la variable denominada seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, la escala es la siguiente: cierto = 1; plausible = ½; y no evidentemente falso = ¼. (Bernal Pulido, 2015, p.218).

**a) En tal sentido, en el caso que nos ocupa, como primer paso debemos analizar la variable: Importancia de los derechos a la integridad y dignidad (IPiC).**

En primer lugar, debemos indicar que el derecho a la integridad se encuentra reconocido en el numeral 1, del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Además, es reconocido por el numeral 1 del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). En ambos dispositivos se establece que toda persona tiene derecho a su integridad moral, psíquica y física, sin ningún tipo de excepciones.

En segundo lugar, el derecho a la dignidad se encuentra reconocido en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú, que establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. De similar forma el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. A decir de Fernández Sessarego (2005), la dignidad “es una calidad inherente a la persona, en cuanto esta es simultáneamente libre e idéntica a sí misma (...) Es esta dignidad inherente a su ser el sustento de los derechos fundamentales de la persona humana.” (p. 11).

Como se puede apreciar los derechos a la integridad y dignidad son fundamentales e importantes para el desarrollo de una persona. Por ello

son reconocidos en nuestra constitución y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por lo tanto, su afectación resultaría grave. En tal sentido, a esta variable (IPiC: derecho a la integridad y dignidad) le corresponde el valor numérico 4.

**b) Como segundo paso debemos analizar la variable: Peso abstracto de los derechos a la integridad y dignidad (GPiA).**

En este apartado, se aprecia que los derechos analizados resultan relevantes e importantes para lograr el desarrollo de la persona humana, sin ningún tipo de limitación o excepción. Su importancia también se puede observar en que tienen reconocimiento constitucional y supraconstitucional. Por tales motivos, su afectación resultaría grave. En tal sentido, a esta variable (GPiA: derecho a la integridad y dignidad) le corresponde el valor numérico 4.

**c) Como tercer paso debemos analizar la variable: Seguridad de las premisas empíricas relativas a la afectación de los derechos a la integridad y dignidad (SPiC).**

Con la tipificación del delito de agresiones contra las mujeres o integrantes del grupo familiar, se pretende proteger los derechos a la integridad y dignidad de las víctimas. Sin embargo, consideramos que no se logrará erradicar totalmente dicho problema social, por lo que la vulneración a dichos derechos es plausible. En tal sentido, le corresponde el valor numérico de  $\frac{1}{2}$ .

**d) Como cuarto paso debemos analizar la variable: Importancia del derecho a la libertad personal (WPjC).**

Este derecho resulta importante debido a que también es reconocido en el numeral 24, del artículo 2 de la Constitución Política del Perú; y en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Sin embargo, dichos instrumentos aceptan ciertas excepciones al goce y disfrute de este derecho, cuando la ley lo autorice. A diferencia del derecho a la Integridad personal y a la dignidad, que no contemplan ninguna excepción. En tal sentido, su afectación estaría en el nivel medio, por tal motivo a esta variable (WPiC: derecho a la libertad personal) le corresponde el valor numérico 2.

**e) Como quinto paso debemos analizar la variable; peso abstracto del derecho a la libertad personal (GPjA)**

En este apartado, se aprecia que el derecho analizado resulta relevante para el desarrollo humano, incluso tiene reconocimiento constitucional y supra constitucional; sin embargo, su ejercicio puede ser limitado por ley. Lo cual nos lleva a concluir que su afectación estaría en el nivel medio. En tal sentido, a esta variable (GPiA: derecho a la libertad personal) le corresponde el valor numérico 2.

**f) Como sexto paso debemos analizar la variable: seguridad de las premisas empíricas relativas a la afectación Derecho a la libertad personal (SPjC)**

Con la tipificación del delito de agresiones contra las mujeres o integrantes del grupo familiar, en el artículo 122-B del Código Penal, evidentemente se va a tener que imponer pena privativa de libertad a las personas que cometan dicho delito. Es por ello que es seguro que se va a limitar el derecho a la libertad personal, en tal sentido le corresponde el valor numérico de 1.

- g)** Una vez conocidos los valores numéricos, la aplicación de la fórmula del peso al derecho a la integridad y dignidad, arroja los siguientes resultados:

$$GP_i, jC = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1/2}{2 \cdot 2 \cdot 1} = 2$$

- h)** De forma correlativa, el peso del derecho a la libertad personal sería la siguiente:

$$GP_j, iC = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1/2} = 0.5$$

- i)** En consecuencia, la satisfacción del derecho a la integridad y dignidad de las víctimas de agresiones (satisfecho en 2), sí justifica la intervención en el derecho a la libertad personal del agresor (satisfecho sólo en 0.5). Por tal motivo, resulta proporcional la tipificación del delito de agresiones contra las mujeres e integrantes de grupo familiar, en relación con el derecho a la libertad personal del agresor.

#### **3.2.4. Toma de posición**

Ahora bien, uno de los primeros componentes hipotéticos planteados en la presente investigación, era que el artículo 122-B del Código Penal vulneraba el principio de proporcionalidad, debido a que a pesar de que las agresiones aparentemente resultaban ser levísimas, no obstante, el tipo penal establecía sanciones graves como la pena privativa de libertad. Además, preliminarmente consideramos que se vulneraba el referido principio porque la conducta delictiva, aparentemente, ya estaba descrita en el artículo 441 del Código Penal, que sanciona las faltas contra las personas.

Sin embargo, de acuerdo a los fundamentos expuestos en los párrafos anteriores, consideramos que el tipo penal analizado no vulnera el principio de proporcionalidad; y, por el contrario, resulta ser necesario, idóneo y proporcional en sentido estricto. Es decir, es necesario porque no existe otro dispositivo legal que proteja la integridad y dignidad de las víctimas en relaciones de poder, como lo hace el tipo penal analizado. Así mismo, resulta idóneo por la finalidad que persigue, es decir, proteger la integridad y dignidad de las víctimas. Finalmente, es proporcional en sentido estricto porque la sanción establecida para quien comete el delito, se corresponde con la vulneración de los derechos a la integridad y dignidad de las víctimas.

Además, aplicando la fórmula del peso, se ha obtenido que la satisfacción del derecho a la integridad y dignidad de las víctimas de agresiones (satisfecho en 2), sí justifica la intervención en el derecho a la libertad

personal del agresor (satisfecho sólo en 0.5). Por tal motivo, resulta proporcional la tipificación del delito de agresiones contra las mujeres e integrantes de grupo familiar, en relación con el derecho a la libertad personal del agresor.

### **3.3. Respecto a la vulneración del principio de lesividad**

#### **3.3.1. Desarrollo.**

Una de las hipótesis planteadas al inicio de esta investigación, fue que el tipo penal establecido en el artículo 122-B del Código Penal, vulneraba el principio de lesividad.

Dicha hipótesis surgió debido a que tomamos en cuenta lo mencionado por Villavicencio Terreros (2009), quien señaló que, por este principio, “una conducta será considerada ilícita, cuando ha puesto en peligro o lesionado un bien jurídico determinado” (p.94). Unido a ello, tomamos en consideración el argumento 15 del Acuerdo Plenario Extraordinario N.º 01-2016/CIJ-116, del 01 de junio del 2016, que establece;

La pena precisa de la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico. Sin embargo, no se trata de cualquier acción peligrosa, o lesiva, sino se trata de aquella que cause un impacto lo suficientemente importante para que se justifique la intervención penal. Caso contrario, estaríamos ante afectaciones muy leves a este principio, por lo que correspondería considerar la atipicidad de la conducta, al carecer de relevancia penal.

Además, se adoptó lo expuesto por Luigi Ferrajoli (2018), quien entiende que el principio de lesividad “orienta al Derecho Penal hacia la defensa de los sujetos más débiles por medio de la tutela de los Derechos e intereses que se consideran necesarios o fundamentales” (p.95).

Ahora bien, del análisis de la conducta delictiva tipificada en el artículo 122-B del Código Penal, podemos indicar que sí tiene relevancia penal, pues no se trata de cualquier tipo de agresiones, sino que para su tipificación exige que las agresiones se realicen en un contexto de poder, lo cual da gravedad a la conducta, y por lo tanto justifica la intervención penal.

Haciendo un análisis sistemático, debemos indicar que tales contextos de poder, según el numeral 3 del artículo 4 del Reglamento de la Ley 30364, son para el caso de agresiones contra la mujer, las relaciones de dominio, sometimiento y subordinación. Así mismo, según el artículo 6 de la Ley 30364, para el caso de agresiones contra integrantes del grupo familiar, son las relaciones de responsabilidad, confianza o poder. Requisitos que dan gravedad al hecho de violencia y que son exigidos para que una conducta sea tipificada dentro del delito analizado, lo cual justifica su tipificación en el Código Penal.

Además, la conducta delictiva analizada lesiona derechos fundamentales que están reconocidos en el numeral 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, que establece que toda persona tiene derecho a su

integridad moral, psíquica, física y a su libre desarrollo y bienestar. Es por ello que el tipo penal analizado tiene como objetivo defender al sujeto débil que, en este caso, es la mujer e integrante del grupo familiar sometida a una relación de poder, a quienes se les debe hacer prevalecer sus derechos que la Constitución y tratados internacionales les reconocen.

Además, si bien las denuncias van aumentando cada año, eso puede traducirse en que las personas están interiorizando y concientizándose que no es aceptable ningún tipo de agresiones, y mucho menos, aquellas dirigidas hacia las mujeres e integrantes del grupo familiar. Agresiones que, en épocas pasadas, estaban prácticamente normalizadas en nuestra sociedad.

### **3.3.2. Toma de Posición**

Ahora bien, el segundo componente hipotético planteado en la presente investigación, era que el artículo 122-B del Código Penal, vulneraba el principio de lesividad.

No obstante, de acuerdo a los fundamentos expuestos en los párrafos anteriores, consideramos que el tipo penal analizado no vulnera el principio de lesividad; pues las conductas que sanciona el tipo no son meras agresiones, sino que son agresiones que dañan la integridad física y psicológica, las cuales se agravan, debido a que por el contexto de poder en que se ejecutan, también dañan gravemente la dignidad de las víctimas.

### **3.4. Respecto a la vulneración del principio de mínima intervención del Derecho Penal o *última ratio*.**

#### **3.4.1. Desarrollo**

Este principio es fundamental para el Derecho Penal, pues exige que su uso se restrinja a situaciones indispensables, y no exista otra forma de control menos gravoso para mantener la convivencia en sociedad. La consecuencia de no respetar este principio es que se provocarían graves consecuencias para los derechos fundamentales, como la libertad personal, integridad y dignidad del individuo que soporta la sanción. Así mismo, se produciría una hipertrofia del Derecho Penal que generaría un Estado policial en el que no sería posible una convivencia.

En doctrina se plantea que este principio se encuentra conformado por los sub principios de subsidiariedad y fragmentariedad. El primero, plantea que el Derecho Penal debe ser el último recurso al que debe acudir el Estado, cuando los demás controles sociales, como educación, salud, trabajo, vivienda, familia, economía, etc., han fallado, debido a la gravedad de sus sanciones. El segundo sub principio (fragmentariedad), establece que el Derecho Penal debe actuar solo en los ilícitos más graves, que vulneren normas elementales de convivencia; es decir, no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino las que revisten mayor gravedad.

Al respecto, cabe indicar que inicialmente planteamos que la incorporación del artículo 122-B en el Código Penal, vulneraba el principio de mínima intervención del derecho o *última ratio*. Sin embargo, tal afirmación no resulta válida. Por las razones que pasamos a exponer.

La incorporación del artículo 122-B en el Código Penal, resulta indispensable por no existir otra forma de control menos gravoso (subsidiariedad). Pues si bien, inicialmente advertimos que el Estado, antes de criminalizar las conductas descritas en el artículo 122-B del Código Penal, debió acudir a los otros controles sociales como educación, salud, trabajo, entre otros. Sin embargo, el tipo penal analizado no sanciona agresiones simples a una mujer o a integrantes del grupo familiar, sino que sanciona a aquellas agresiones que revisten gravedad por el contexto de poder en que se cometen. Es decir, cuando las agresiones se realizan en contra de una mujer en relaciones de dominio, de sometimiento y subordinación; y cuando las agresiones se realizan contra integrantes del grupo familiar, en contextos de responsabilidad, confianza o poder.

Dichas circunstancias y contextos son descritos en el primer párrafo del artículo 108-B del Código Penal, y en el artículo 6 de la Ley 30364, y en el numeral 3 del artículo 4 del su Reglamento. Circunstancias que justifican la intervención del Derecho Penal, pues es necesario enfrentar el grave problema social, de manera frontal desde todos los ámbitos sociales. No obstante, el Estado debe continuar implementando mecanismos

extrapenales para concientizar a la población de las consecuencias negativas que trae este tipo de violencia transgeneracional para la persona, familia y sociedad.

Al respecto, cabe indicar que el artículo 122-B del Código Penal, establece que las agresiones deben realizarse en cualquiera de los contextos previsto en el primer párrafo del artículo 108-B del mismo cuerpo normativo, es decir: i) violencia familiar (relación de responsabilidad, confianza y poder); ii) Coacción, hostigamiento o acoso sexual; iii) Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente; y iv) Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente. Circunstancias que vulneran gravemente los derechos de las víctimas, y que justifican su tipificación.

Así mismo, imprimen gravedad a la conducta delictiva, las agresiones que se realizan dentro de relaciones de dominio, sometimiento y subordinación, en caso que la víctima haya sido agredida por su condición de mujer; y cuando las agresiones se materialicen en contextos de responsabilidad, confianza o poder, en caso que la víctima sea integrante del grupo familiar. Lo cual, daña gravemente los derechos a la integridad física y psicológica, así como la dignidad de las víctimas. En caso contrario, es decir si la agresión se realiza sin que concurren tales circunstancias, estaremos ante faltas contra la persona, reguladas en el artículo 441 del Código Penal.

Además, la gravedad de la conducta regulada en el tipo penal analizado, también se aprecia en que las conductas sancionadas, vulneran los derechos fundamentales de las víctimas. Derechos que tienen expreso reconocimiento en el artículo 1 y en el numeral 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, que establece que toda persona tiene derecho al respeto de su dignidad; así como a la vida, a su integridad moral, psíquica, física y a su libre desarrollo y bienestar. Conductas que, si no son sancionadas a tiempo y ejemplarmente, seguirán campeando y enraizándose en nuestra sociedad, con el riesgo de normalizarse.

Es cierto que las sanciones que prevé el artículo 122-B del Código Penal, afectan la libertad personal del agresor; no obstante, tal afectación resulta razonable y proporcional a la afectación que dichos agresores provocan en la mujeres e integrantes del grupo familiar, agresiones que como ya se mencionó, resultan graves para la víctima y la sociedad. Particularmente afectan la dignidad, integridad física y psicológica de la víctima, de tal forma que inhiben su libre desarrollo personal.

#### **3.4.2. Toma de Posición**

Ahora bien, el tercer componente hipotético planteado en la presente investigación, era que el artículo 122-B del Código Penal, vulneraba el principio de mínima intervención del Derecho Penal o *última ratio*. No obstante, de acuerdo a los fundamentos expuestos en los párrafos anteriores, consideramos que el tipo penal analizado no vulnera el principio

antes mencionado; pues sanciona conductas que dañan gravemente a la integridad física y psicológica de las mujeres e integrantes del grupo familiar (fragmentariedad); y además no hay otra forma de luchar contra el mencionado flagelo (subsidiariedad).

### **3.5. Respecto a la vulneración del principio de legalidad**

#### **3.5.1. Desarrollo.**

Una de las hipótesis que también planteamos al inicio de esta investigación, fue que el tipo penal establecido en el artículo 122-B del Código Penal, vulneraba el principio de legalidad.

Dicha hipótesis surgió debido a que el artículo 2, numeral 24, inciso d), de la Constitución, que desarrolla el principio de legalidad, establece 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. Es decir, un ciudadano solamente deberá ser procesado y condenado, cuando su conducta esté previamente calificada en la ley, de manera expresa e inequívoca.

Del análisis del artículo 122-B del Código Penal, se advierte que la conducta tipificada no está descrita de manera expresa e inequívoca para que sea comprendida por la ciudadanía en general, los cuales en su gran mayoría no tienen conocimientos jurídicos.

Así mismo, en doctrina, específicamente Castillo Alva (2004), señala que como expresión del principio de legalidad, “se debe tener en cuenta su componente de determinación, el cual establece una exigencia al legislador para que redacte los preceptos penales, delimitando con claridad y precisión los supuestos de hecho y la penalidad” (p. 67). Situación que, como se mencionó líneas arriba, no se advierte en el artículo 122-B del Código Penal.

Al respecto, cabe indicar que no se cumplen los requisitos exigidos por este principio, ya que el tipo penal analizado, para su aplicación tácitamente se remite reiteradamente a la Ley 30364 y su reglamento; en la cual se desarrollan las definiciones de mujer por su condición de tal y de integrantes del grupo familiar.

Del mismo modo, el tipo penal también remite a la Ley 30364 y su reglamento, para establecer que no es cualquier tipo de agresión, sino que son agresiones que se materializan en contextos de poder. Además, el tipo penal analizado, también nos remite al artículo 108-B del Código Penal, para conocer los contextos en que se debe ejecutar la violencia, para que en base a ello se logre tipificar el delito analizado.

Lo anterior, evidentemente afecta los derechos de los ciudadanos en general, que no son conocedores del derecho penal, al no ser claras y precisas las conductas sancionadas en el tipo 122-B del Código Penal. Incluso, de una lectura textual, se puede inferir que las agresiones que sanciona, ya estarían

sancionadas como faltas contra la persona. Lo cual, como ya se dejó sentado en los fundamentos anteriores, no es así.

Respecto al uso de la técnica legislativa de la ley penal en blanco, podemos señalar que del análisis del artículo 122-B del Código Penal, no resulta aplicable, por las imprecisiones que representa al describir las conductas tipificadas; pues, no menciona cuál es el elemento que da gravedad a dicha conducta, para poder diferenciarlo de las faltas contra las personas. Es por ello que resulta imprescindible que el tipo penal describa con mediana precisión las conductas y los contextos de poder en que deben materializarse las agresiones. En caso contrario seguirá vulnerando el principio de legalidad, específicamente en su componente o sub principio de determinación.

### **3.5.2. Toma de Posición**

Ahora bien, el cuarto componente hipotético planteado en la presente investigación, era que el artículo 122-B del Código Penal, vulneraba el principio de legalidad.

En tal sentido, esta hipótesis fue contrastada, y se llegó a determinar que el tipo penal analizado, sí vulnera el principio de legalidad, específicamente su sub principio de determinación, reconocido en la constitución, la cual exige al legislador que las descripciones de conductas delictivas, así como sus sanciones, deban ser expresas e inequívocas. Lo cual evidentemente no

sucede con el tipo analizado, pues para su aplicación nos remite de manera sucesiva y constante a la Ley 30364, así como al artículo 108-B del Código Penal. Situación que también afecta los derechos de los ciudadanos que no tienen conocimientos jurídicos, los cuales son la mayoría.

No obstante, lo antes expuesto, consideramos que la actual redacción del tipo penal descrito en el artículo 122-B del Código Penal, debe ser perfeccionada, para que se valga por sí misma, sin necesidad de acudir a otro dispositivo legal. Pues en la actualidad, para aplicar el tipo penal analizado, es necesario acudir a la Ley 30364 – Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, y a su reglamento; así como, al artículo 108-B del Código Penal. Pues en dichos dispositivos se desarrollan las definiciones y requisitos (relaciones de poder) de la violencia contra la mujer por su condición de tal y violencia contra los integrantes del grupo familiar, así como los contextos en que se debe ejecutar la agresión para ser considerada delictiva.

Es decir que para que una conducta se tipifique en el artículo 122-B del Código Penal, es necesario e imprescindible que se cumpla con las exigencias del numeral 3 del artículo 4 del Reglamento de la Ley 30364, que establece que la violencia contra la mujer por su condición de tal, es:

La acción u omisión identificada como violencia según los artículos 5<sup>15</sup> y 8 de la Ley 30364 que se realiza en el contexto de violencia de género, entendida ésta como una manifestación de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de las mujeres de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad, a través de relaciones de dominio, de sometimiento y subordinación hacia las mujeres.

Así mismo, para que se tipifique el delito objeto de análisis, es necesario que también se cumplan con las exigencias del numeral 4, del artículo 4 del Reglamento de la Ley 30364, donde se establece que la agresión contra integrantes del grupo familiar, es:

La acción u omisión identificada como violencia según los artículos 6<sup>16</sup> y 8 de la Ley que se realiza en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder de parte de un o una integrante del grupo familiar hacia otro u otra.

Es por ello que, a fin de no vulnerar el principio de legalidad, en su sub principio de determinación, es imprescindible que el tipo penal sea redactado adecuadamente, para que todos los ciudadanos tengan claridad de su contenido.

---

<sup>15</sup> Artículo 5 de la ley 30364.- Definición de violencia contra las mujeres: La violencia contra las mujeres es cualquier acción o conducta que les cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tale, tanto en el ámbito público como en el privado.

Se entiende por violencia contra las mujeres:

- d. La que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ye sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer. Comprende, entre otros, violación, maltrato físico o psicológico y abuso sexual.
- e. La que tenga lugar en la comunidad, sea perpetrada por cualquier persona y comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar.
- f. La que sea perpetrada o tolerada por los agentes del Estado, donde quiera que ocurra.

<sup>16</sup> Artículo 6 de la Ley 30364.- La violencia contra cualquier integrante del grupo familiar es cualquier acción o conducta que le causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico y que se produce en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder, de parte de un integrante a otro del grupo familiar.

En virtud a todo lo expuesto y en atención a los principios jurídicos involucrados, podemos señalar que el tipo penal descrito en el artículo 122-B del Código Penal, no vulnera los principios de proporcionalidad, lesividad, mínima intervención del Derecho Penal o *última ratio*; sin embargo, sí vulnera el principio de legalidad, específicamente el sub principio de determinación.

## CAPÍTULO IV

### FORMULACIÓN DE PROPUESTA

Si bien nuestra hipótesis inicial fue contrastada parcialmente, debido a que como se dejó sentado líneas arriba, el delito de agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, tipificado en el artículo 122-B del Código Penal, no vulnera los principios de proporcionalidad, lesividad y mínima intervención o *última ratio*. No obstante, sí vulnera el principio de legalidad, es por esto que proponemos que el tipo penal analizado debe tener mayor claridad en su redacción, respecto a la relación de poder entre agresor y víctima, y del contexto en el que se realizan los actos de violencia.

En primer lugar, el tipo penal señala que uno de los sujetos pasivos será “una mujer por su condición de tal”; sin embargo, para entender el significado de dicha frase, debemos acudir al numeral 3 del artículo 4 del Reglamento de la Ley 30364.

En segundo lugar, el tipo penal establece que serán punibles las agresiones contra “integrantes del grupo familiar”, cuando dicha violencia se realice en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B del Código Penal, el cual establece como un primer contexto, la violencia familiar, cuyo significado debe ser extraído del artículo 6 de la Ley 30364.

Las situaciones antes expuestas, pueden traer confusión a los ciudadanos, que no necesariamente tienen conocimientos jurídicos, es por ello que proponemos la modificación del artículo 122-B del Código Penal, según el siguiente detalle:

Texto vigente	Texto modificado
<p><b>Artículo 122-B.-</b> El que de cualquier modo cause lesiones corporales que requieran menos de diez días de asistencia o descanso según prescripción facultativa, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual que no califique como daño psíquico a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar 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 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.</p> <p>La pena será no menor de dos ni mayor de tres años, cuando en los supuestos del primer párrafo se presenten las siguientes agravantes:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Se utiliza cualquier tipo de arma, objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima.</li> <li>2. El hecho se comete con ensañamiento o alevosía.</li> <li>3. La víctima se encuentra en estado de gestación.</li> <li>4. La víctima es menor de edad, adulta mayor o tiene discapacidad o si padeciera de enfermedad en estado terminal y el agente se aprovecha de dicha condición.</li> <li>5. Si en la agresión participan dos o más personas.</li> </ol>	<p><b>Artículo 122-B.-</b> Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación conforme 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, el que de cualquier modo cause lesiones corporales que requieran menos de diez días de asistencia o descanso según prescripción facultativa, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual que no califique como daño psíquico, <b>a las siguientes personas:</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. A una mujer por su condición de tal, <b>en el contexto de violencia de género, a través de relaciones de dominio, de sometimiento y subordinación hacia las mujeres.</b></li> <li>2. A integrantes del grupo familiar en cualquiera de las circunstancias previstas en el primer párrafo del artículo 108-B del Código Penal, <b>en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder, de parte de un integrante a otro del grupo familiar.</b></li> </ol> <p>La pena será no menor de dos ni mayor de tres años, cuando en los supuestos del primer párrafo se presenten las siguientes agravantes:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Se utiliza cualquier tipo de arma, objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima.</li> <li>2. El hecho se comete con ensañamiento o alevosía.</li> </ol>

<p>6. Si se contraviene una medida de protección emitida por la autoridad competente.</p> <p>7. Si los actos se realizan en presencia de cualquier niña, niño o adolescente.</p>	<p>3. La víctima se encuentra en estado de gestación.</p> <p>4. La víctima es menor de edad, adulta mayor o tiene discapacidad o si padeciera de enfermedad en estado terminal y el agente se aprovecha de dicha condición.</p> <p>5. Si en la agresión participan dos o más personas.</p> <p>6. Si se contraviene una medida de protección emitida por la autoridad competente.</p> <p>7. Si los actos se realizan en presencia de cualquier niña, niño o adolescente.</p>
--	---

## CAPÍTULO V

### CONCLUSIONES

1) Se logró contrastar parcialmente nuestra hipótesis, pues se demostró que el delito de agresiones contra la mujer e integrantes del grupo familiar, tipificado en el artículo 122-B del Código Penal, no vulnera los principios de proporcionalidad, lesividad y mínima intervención del derecho penal o *última ratio*. Sin embargo, se logró demostrar que sí vulnera el principio de legalidad, en su componente de determinación.

2) Se ha logrado establecer que el artículo 122-B del Código Penal vulnera el principio de legalidad, en su componente de determinación, pues su redacción no es expresa e inequívoca, y por el contrario hace remisiones tácitas a la ley 30364 y su reglamento, donde se definen los contextos de poder en los que debe presentarse las agresiones. Ello provoca que la ciudadanía, que no tiene conocimientos jurídicos, quienes son los destinatarios de la norma, no comprendan dicho tipo penal.

3) No se logró demostrar que el artículo 122-B del Código Penal vulnere el principio jurídico de proporcionalidad, pues supera el test de idoneidad, necesidad y proporcional en sentido estricto. Así mismo, no se logró demostrar que vulnere el principio de lesividad, pues no se trata de cualquier tipo de agresión, sino que exige ciertos requisitos que dan gravedad a la conducta, los cuales los encontramos en

los artículos 6 de la Ley 30364 y en el numeral 3 del artículo 4 del Reglamento de la Ley 30364.; y el primero establece que serán agresiones contra integrantes del grupo familiar cuando se produzcan en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder. El segundo dispositivo legal establece que serán actos de agresión contra la mujer por su condición de tal, cuando se realicen en el contexto de violencia de género, a través de relaciones de dominio, sometimiento y subordinación. Tampoco vulnera el principio de mínima intervención del Derecho Penal o *última ratio*, pues su incorporación se generó debido a que este tipo de violencia, al afectar gravemente el derecho de las víctimas, y al ser creciente en nuestra sociedad, necesita ser enfrentando desde todos los ámbitos sociales, incluido el Derecho Penal.

4) Se identifica como delito de agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, a la acción destinada a causar lesiones corporales que requieran menos de diez días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual que no califique como daño psíquico a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B del Código Penal. Para su aplicación deberá tenerse en cuenta a lo establecido por la Ley 30364 y su reglamento, donde se desarrolla, los conceptos de violencia contra la mujer y contra los integrantes del grupo familiar.

5) En la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1323, si bien no se describe explícitamente el desarrollo de los principios de proporcionalidad, lesividad y mínima

intervención del derecho penal o *última ratio* y legalidad. Sin embargo, en la descripción de sus fundamentos, se aprecia que la incorporación del delito objeto de análisis, solamente vulnera el principio de legalidad.

6) La tipificación del delito analizado, está justificado por el especial contexto poder del agresor y subordinación de la víctima, lo cual evidentemente requiere la intervención del Derecho Penal. No obstante, dicha tipificación debe ser mejorada conforme se ha planteado en la presente investigación.

## **CAPÍTULO VI**

### **RECOMENDACIONES**

Recomendar al Congreso de la República modificar la redacción del artículo 122-B del Código Penal conforme lo hemos propuesto líneas arriba, con la finalidad de que sea entendida fácilmente por los ciudadanos, quienes son los destinatarios finales de la norma; de tal manera que para su aplicación se evite la remisión a normas extrapenales.

## LISTA DE REFERENCIAS

- A. Arocena, G. (2017). El femicidio o feminicidio en el Derecho argentino. En J. Hurtado Pozo, *Género y Derecho Penal* (Primera ed., págs. 245-266). Lima: Instituto Pacífico.
- Aguiló Regla, J. (2007). Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *DOXA*, 666-675. Obtenido de [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13160/1/DOXA\\_30\\_55.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13160/1/DOXA_30_55.pdf)
- Almeyda Velásquez, D. (01 de junio de 2020). *Derecho Crítico - Pensamiento y praxis social*. Obtenido de Derecho Critico - Pensamiento y praxis social: <https://derechocritico.com/proyecto-alternativo-de-titulo-preliminar-para-el-codigo-penal-peruano-hacia-el-fin-de-las-mitologias-preventivas/>
- Benavides Ortiz, D. (2017). Apuntes sobre la Criminalización del feminicidio en Colombia a partir de la Ley Rosa Elvira Cely. Entre la atención a la violencia de género y el punitivismo. En J. Hurtado Pozo, *Género y Derecho Penal* (págs. 227-243). Lima: Instituto Pacífico.
- Bernal Pulido, C. (2015). La racionalidad de la ponderación. En J. L. Fabra Zamora, *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales* (págs. 405-427). D.F. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado el 30 de Noviembre de 2022, de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4052-filosofia-del-derecho-constitucional-cuestiones-fundamentales>
- Bobbio, N. (2007). *El problema del positivismo jurídico*. (E. Garzón Valdés, Trad.) D.F. México: Fontamara.

- Castillo Alva, J. L. (2004). *Principios de derecho penal parte general*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Castillo Aparicio, J. (2018). *La prueba en el delito de violencia contra la mujer y el grupo familiar*. Lima: Editores del Centro.
- Castillo Córdova, L. (2004). *Universidad de Piura*. Recuperado el 26 de Setiembre de 2017, de <https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1960/>
- Defensoría del Pueblo. (2006). *Violencia Familiar: Un análisis desde el derecho penal*. Lima: Defensoría del Pueblo. Obtenido de [https://www.defensoria.gob.pe/grupos\\_de\\_proteccion/mujer/](https://www.defensoria.gob.pe/grupos_de_proteccion/mujer/)
- Fernández Sessarego , C. (2005). Derechos fundamentales de la persona. En W. Gutiérrez, *La Constitución comentada* (págs. 7-12). Lima: Gaceta Jurídica.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo Penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo: Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2018). *Constitucionalismo más allá del Estado*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2018). *El paradigma garantista: Filosofía crítica del derecho penal*. Madrid: Trotta.
- Gálvez Villegas , Tomás Aladino y Rojas León Ricardo César. (2017). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima: Jurista editores.
- García Caveró, P. (2012). *Derecho Penal - Parte General* (Segunda ed.). Lima: Jurista Editores.
- Gascón Abellán, M. (5 de diciembre de 2021). *Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México*. Obtenido de Biblioteca Jurídica

- Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11439/10484>
- Günther, J., & Melia, M. C. (2003). *Derecho penal del enemigo* (Primera ed.). Madrid: Thomson Civitas.
- Hassemer, W. (8 de Julio de 2013). *Universidad de Friburgo*. Obtenido de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op\\_20130708\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20130708_01.pdf)
- Heinrich Jescheck, Hans y Thomas Weigend. (2014). *Tratado de Derecho Penal* (Primera ed., Vol. I). (M. Olmedo Cardenete, Trad.) Lima: Instituto Pacífico.
- Hurtado Pozo, J. (1987). *Manual de Derecho Penal* (Segunda ed.). Lima: Eddili.
- Hurtado Pozo, J. (Marzo de 2019). *Día de los derechos de las mujeres: extremismos inútiles y recuperaciones oscurantistas*. Obtenido de Derecho Penal - Prof. José Hurtado Pozo: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/tribuna/>
- Jiménez de Asúa, L. (1958). *Principios del Derecho Penal* (Primera ed.). Argentina: Sudamericana.
- Laurenzo Copello, P. (2017). La tutela específica de las mujeres en el sistema penal: una decisión controvertida. En J. Hurtado Pozo, *Género y Derecho Penal* (págs. 79-104). Lima: Instituto Pacífico.
- Martínez García, E. (2017). La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y Europa. En J. Hurtado Pozo, *Género y Derecho Penal* (págs. 141-170). Lima: Instituto Pacífico.
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (Febrero de 2019). *Boletín N° 02-2019*. Obtenido de Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables: <https://portalestadistico.pe/>

- Mir Puig, S. (1982). *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho* (Segunda ed.). Barcelona: Bosch.
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del Derecho Penal* (Segunda ed.). Montevideo: B de F.
- Núñez Molina, Waldo Francisco y María del Pilar Castillo Soltero. (2015). *Violencia Familiar*. Lima: Ediciones Legales.
- Ponce de León Armenta, L. (28 de septiembre de 2019). *Universidad Nacional Autónoma de México*. Obtenido de Universidad Nacional Autónoma de México: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/>
- Ramos Nuñez, C. (2007). *Como hacer una tesis en Derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Real Academia Española. (15 de junio de 2019). *Real Academia Española*. Recuperado el 15 de junio de 2019, de <https://dle.rae.es/?id=UC5uxwk>
- Reátegui Sánchez, J. (2016). *Tratado de Derecho Penal - Parte General* (Primera ed., Vol. 1). Lima: Ediciones Legales.
- Reyna Alfaro, L. (14 de enero de 2022). *Themis Revista de Derecho*. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11675>
- Rivas La Madrid, S. (2018). Interpretación sistemática al tipo penal de agresiones entre los integrantes del grupo familiar. *Actualidad Penal*, 123-151.
- Santaolalla López, F. (1991). Exposición de motivos de las leyes: Motivos para su eliminación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 47-64. Recuperado el 7 de Abril de 2021, de Dialnet: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=335&IDA=25041>

Silva Sánchez, J. (2001). *La expansión del Derecho Penal* (Segunda ed.). Madrid: Civitas.

Silva Sánchez, J. (13 de Junio de 2002). *Dialnet*. Obtenido de Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2216986>

Villabella Armengol, C. M. (28 de Septiembre de 2019). *Universidad Nacional Autónoma de México*. Obtenido de Universidad Nacional Autónoma de México: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/46.pdf>

Villavicencio Terreros, F. A. (2009). *Derecho Penal - Parte General*. Lima: Grijley.

Zaffaroni, E. R. (2012). *La cuestión criminal*. Buenos Aires: Planeta.

## **ANEXOS**

1. Estadísticas de los casos atendidos a personas afectadas por hechos de violencia contra las mujeres, los integrantes del grupo familiar y personas afectadas por violencia sexual en los centros de emergencia mujer a nivel nacional, de los años 2017 al 2021, publicados en el portal estadístico del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.



**PROGRAMA NACIONAL CONTRA LA VIOLENCIA FAMILIAR Y SEXUAL**

**CASOS ATENDIDOS A PERSONAS AFECTADAS POR HECHOS DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES, LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR Y PERSONAS AFECTADAS POR VIOLENCIA SEXUAL EN LOS CEM A NIVEL NACIONAL**

**POBLACIÓN TOTAL <sup>1</sup>**

Período : Enero - Diciembre 2017

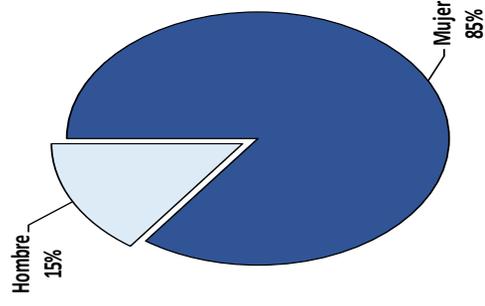
**SECCIÓN I : CARACTERÍSTICAS DE LOS CASOS ATENDIDOS**

**Casos atendidos según meses y sexo**

Mes	Total	Mujer	Hombre
Ene	6,663	5,762	901
Feb	6,316	5,369	947
Mar	7,041	5,973	1,068
Abr	6,368	5,430	938
May	7,290	6,140	1,150
Jun	7,196	6,109	1,087
Jul	7,611	6,448	1,163
Ago	8,553	7,260	1,293
Set	8,922	7,565	1,357
Oct	9,993	8,511	1,482
Nov	10,183	8,680	1,503
Dic	9,181	7,762	1,419
<b>Total</b>	<b>95,317</b>	<b>81,009</b>	<b>14,308</b>
<b>%</b>	<b>100.0%</b>	<b>85.0%</b>	<b>15.0%</b>

Tipo de CEM	Nro. CEM	Mujer	Hombre	Total
Regular	240	60,088	10,309	70,397
7 x 24	5	8,570	1,832	10,402
En Comisaría	50	12,351	2,167	14,518
<b>Total</b>	<b>295</b>	<b>81,009</b>	<b>14,308</b>	<b>95,317</b>

**Casos atendidos según sexo de la víctima (Porcentaje)**





Ministerio  
de la Mujer y  
Poblaciones Vulnerables

**PROGRAMA NACIONAL CONTRA LA VIOLENCIA FAMILIAR Y SEXUAL**

**CASOS ATENDIDOS A PERSONAS AFECTADAS POR HECHOS DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES, LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR Y PERSONAS AFECTADAS POR VIOLENCIA SEXUAL EN LOS CEM A NIVEL NACIONAL**

**POBLACIÓN TOTAL** <sup>1/1</sup>

Periodo : Enero - Diciembre 2018

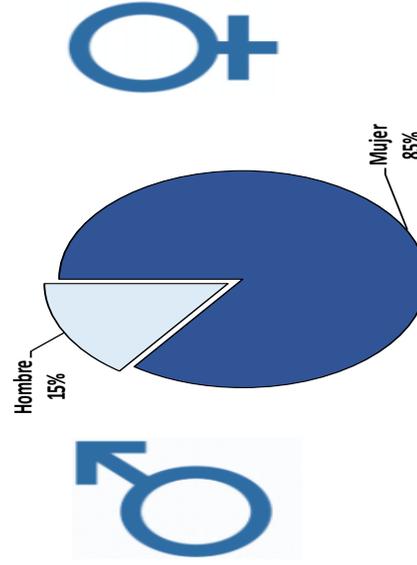
**SECCIÓN I : CARACTERÍSTICAS DE LOS CASOS ATENDIDOS**

Casos atendidos según meses y sexo

Mes	Total	Mujer	Hombre
Ene	9,907	8,428	1,479
Feb	9,554	8,122	1,432
Mar	9,826	8,244	1,582
Abr	10,925	9,258	1,667
May	10,984	9,293	1,691
Jun	10,244	8,747	1,497
Jul	11,110	9,382	1,728
Ago	11,352	9,599	1,753
Set	11,669	9,903	1,766
Oct	12,269	10,549	1,720
Nov	12,894	11,009	1,885
Dic	12,963	11,193	1,770
<b>Total</b>	<b>133,697</b>	<b>113,727</b>	<b>19,970</b>
<b>%</b>	<b>100.0%</b>	<b>85.1%</b>	<b>14.9%</b>

Tipo de CEM	N° CEM	Mujer	Hombre	Total
Regular	240	59,972	10,480	70,452
7 x 24	5	7,767	1,818	9,585
Comisaría	100	45,580	7,603	53,183
Centro de Salud	1	408	69	477
<b>Total</b>	<b>346</b>	<b>113,727</b>	<b>19,970</b>	<b>133,697</b>

Casos atendidos según sexo de la víctima (Porcentaje)



**CASOS ATENDIDOS A PERSONAS AFECTADAS POR HECHOS DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES, LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR Y PERSONAS AFECTADAS POR VIOLENCIA SEXUAL EN LOS CENTROS EMERGENCIA MUJER A NIVEL NACIONAL**

POBLACIÓN TOTAL<sup>/1</sup>

Periodo : Enero - Diciembre, 2019

**SECCIÓN I : CARACTERÍSTICAS DE LOS CASOS ATENDIDOS**

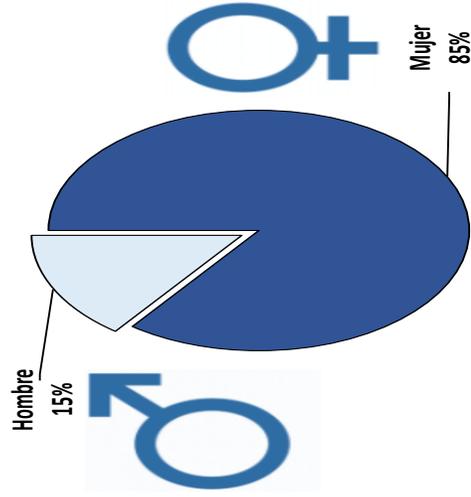
Casos atendidos por sexo según mes

Mes	Total	Mujer	Hombre
Ene	14,491	12,575	1,916
Feb	12,941	11,134	1,807
Mar	14,420	12,433	1,987
Abr	14,419	12,380	2,039
May	15,259	12,894	2,365
Jun	14,804	12,522	2,282
Jul	15,334	12,808	2,526
Ago	15,245	12,954	2,291
Set	16,210	13,881	2,329
Oct	16,289	13,836	2,453
Nov	16,240	13,852	2,388
Dic	16,233	13,823	2,410
<b>Total</b>	<b>181,885</b>	<b>155,092</b>	<b>26,793</b>
%	100%	85%	15%

Casos atendidos por sexo según categoría del CEM

Categoría del CEM	N° CEM	Mujer	Hombre	Total
Regular	240	66,100	12,105	78,205
7 x 24	5	7,654	1,783	9,437
Comisaría	150	80,759	12,827	93,586
Centro de Salud	1	579	78	657
<b>Total</b>	<b>396</b>	<b>155,092</b>	<b>26,793</b>	<b>181,885</b>

Casos atendidos según sexo de la persona usuaria (Porcentaje)



## CASOS ATENDIDOS A PERSONAS AFECTADAS POR HECHOS DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES, LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR Y PERSONAS AFECTADAS POR VIOLENCIA SEXUAL EN LOS CENTROS EMERGENCIA MUJER A NIVEL NACIONAL

**POBLACIÓN TOTAL <sup>1/</sup>**  
 Período : Enero - Diciembre, 2020

### SECCIÓN I : CARACTERÍSTICAS DE LOS CASOS ATENDIDOS

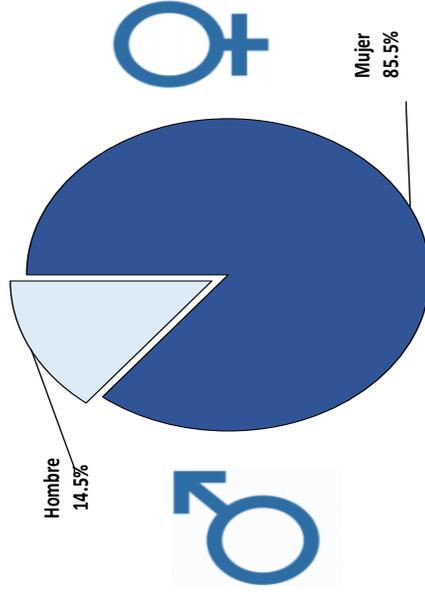
Casos atendidos por sexo según mes

Mes	Total	Mujer	Hombre
Ene	18,466	15,856	2,610
Feb	17,181	14,693	2,488
Mar	9,357	8,094	1,263
Abr	0	0	0
May	0	0	0
Jun	0	0	0
Jul	5,658	4,862	796
Ago	4,899	4,101	798
Set	7,582	6,360	1,222
Oct	17,539	14,951	2,588
Nov	17,681	15,152	2,529
Dic	16,132	13,857	2,275
<b>Total</b>	<b>114,495</b>	<b>97,926</b>	<b>16,569</b>
<b>%</b>	<b>100%</b>	<b>85.5%</b>	<b>14.5%</b>

Casos atendidos por sexo según categoría del CEM

Categoría del CEM	N° CEM	Mujer	Hombre	Total
Regular	240	37,320	6,297	43,617
7 x 24	5	4,958	1,217	6,175
Comisaria	170	55,424	9,034	64,458
Centro de Salud	1	224	21	245
<b>Total</b>	<b>416</b>	<b>97,926</b>	<b>16,569</b>	<b>114,495</b>

Casos atendidos según sexo de la persona usuaria (Porcentaje)



## REPORTE ESTADÍSTICO DE CASOS ATENDIDOS EN LOS CENTROS EMERGENCIA MUJER (CEM)

Período: Enero - Diciembre, 2021

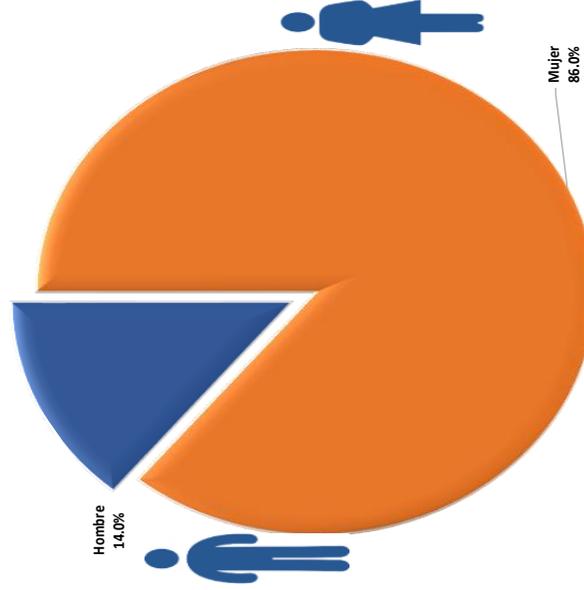
Caso atendido en el CEM es toda situación de violencia contra las mujeres: los integrantes del grupo familiar y violencia sexual que ha sido atendido en un Centro Emergencia Mujer, a nivel nacional, que tiene patrocinio legal del CEM o atención psicológica y/o social del CEM, cuya víctima está sujeta a protección según el T.U.O de la Ley N° 30364 "Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar". Además, se conoce como acción en la atención del caso, a las acciones ejecutadas por los/as profesionales del servicio de admisión, psicología, social y legar en beneficio de las personas usuarias del Centro Emergencia Mujer.

### SECCIÓN A CASOS ATENDIDOS SEGÚN MES

Cuadro N° 1 Casos atendidos por sexo según mes

Mes	Total	Mujer	Hombre
Enero	13,947	11,972	1,975
Febrero	11,857	10,138	1,719
Marzo	14,917	12,802	2,115
Abril	12,604	10,767	1,837
Mayo	13,350	11,418	1,932
Junio	13,634	11,607	2,027
Julio	12,895	11,107	1,788
Agosto	14,623	12,631	1,992
Setiembre	14,810	12,803	2,007
Octubre	14,170	12,193	1,977
Noviembre	13,933	12,059	1,874
Diciembre	13,057	11,336	1,721
<b>Total</b>	<b>163,797</b>	<b>140,833</b>	<b>22,964</b>
%	100.0%	86.0%	14.0%

Gráfico N° 1: Casos atendidos según sexo de la persona usuaria (Porcentaje)



Cuadro N° 2 Casos atendidos por tipo de violencia según mes

Mes	Total	Económica	Psicológica	Física	Sexual
Enero	13,947	45	6,800	5,519	1,583
Febrero	11,857	37	5,555	4,783	1,472
Marzo	14,917	53	7,248	5,780	1,836
Abril	12,604	54	6,079	4,823	1,648
Mayo	13,350	65	6,240	5,228	1,817
Junio	13,634	50	6,238	5,437	1,909
Julio	12,895	46	5,939	5,121	1,789
Agosto	14,623	66	6,747	5,680	2,130
Setiembre	14,810	47	6,769	5,829	2,165
Octubre	14,170	71	6,323	5,649	2,127
Noviembre	13,933	64	6,154	5,646	2,069
Diciembre	13,057	44	5,802	5,300	1,911
<b>Total</b>	<b>163,797</b>	<b>642</b>	<b>75,894</b>	<b>64,805</b>	<b>22,456</b>
%	100.0%	0.4%	46.3%	39.6%	13.7%