



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**AFECTACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA AL
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PENAL EN EL DELITO DE AGRESIONES
EN CONTRA DE LA MUJER O INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR,
ARTICULO 122-B DEL CODIGO PENAL**

**PARA OPTAR AL TITULO PROFESIONAL
DE ABOGADO**

**PRESENTADO POR: Bach. MARCEL
ROLANDO BACA ACUÑA**

**ASESOR: Dr. JULIO TRINIDAD RIOS
MAYORGA**

CUSCO – PERÚ

2020



DEDICATORIA

Por brindarme la sabiduría y bendición, a Dios; a mis padres por darme la educación, apoyo y respaldo en todo momento; a mi hermano por ser parte de mis ganas de ser profesional y a mis amigos incondicionales del colegio y la universidad quienes siempre han creído en mi capacidad.

Marcel Baca.



AGRADECIMIENTO

Mi sincero agradecimiento a los doctores de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Andina del Cusco quienes contribuyeron a mi formación no solo profesional sino como persona con ejemplos del buen actuar profesional.

De igual forma agradecer infinitamente a los magistrados con quienes a lo largo de estos años he practicado, los cuales me han brindado su amistad y confianza, además de muchos conocimientos, siendo un ejemplo para el ejercicio profesional del Derecho.

Quiero hacer extensivo este agradecimiento a los compañeros de trabajo de las fiscalías de Wanchaq y Santiago quienes siempre estuvieron dispuestos a brindarme su amistad y enseñanzas desinteresadamente.

Finalmente quiero agradecer a mi familia, ya que siempre me han apoyado en los estudios y emocionalmente a lo largo de estos años.

A todos ellos, muchas gracias.



RESUMEN

El presente trabajo de investigación abarca el estudio de la pena privativa de libertad y su afectación al principio de proporcionalidad penal en el delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar, de manera que se eligió el presente tema debido a que violencia familiar es un problema que ha afectado a la sociedad peruana desde hace muchos años, llegando a ser un tema de interés nacional, por lo cual se han creado diferentes leyes e instituciones para combatirla, de esta manera se hace relevante el estudio de la misma.

Con la finalidad de entender la afectación al principio de proporcionalidad en el delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar, es que se realizó la presente investigación ya que si bien es cierto el legislador ha endurecido las penas respecto a este delito, en la práctica se ha notado que la pena efectiva no es la medida correcta, y como se verá a lo largo de la investigación la pena será un medio para cumplir determinados fines, los cuales a la fecha no se vienen cumpliendo completamente.

La presente investigación es de tipo cualitativa y tiene carácter de investigación jurídica empírica, donde se empleó la encuesta como instrumento para el análisis del tema principal.

Finalmente en la presente investigación, se desarrollaron los temas de, la pena, sus teorías y clases; el principio de proporcionalidad y sus subprincipios; y, el delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar y sus respectivas formas.

PALABRAS CLAVE: Pena, Principio de Proporcionalidad, Idoneidad, Necesidad.



ABSTRACT

This research covered the study of the custodial sentence and its impact on the principle of criminal proportionality in the crime of assaults against women or members of the family group, so that this issue was avoided because family violence is a problem that has affected Peruvian society for many becomes an issue of national interest, for which different laws and intentions have been created to complete it, in this way the study of it becomes relevant.

In order to understand the impact on the principle of proportionality in the crime of assaults against women or members of the family group, it is that the present investigation was carried out since while it is true that the legislature has tightened the penalties in respect of this crime in practice it has been noted that the effective penalty is not the correct measure , which as will be seen throughout the investigation the penalty will be a means of fulfilling certain purposes, which to date have not been fully fulfilled.

This research is qualitative in nature and has an empirical legal research nature, where the survey was used as an instrument for the analysis of the main topic.

Finally, in this research, the subjects of grief, its theories and classes were developed, the principle of proportionality and its sub-principles and the crime of aggression against women or members of the family group and their respective forms.

KEY WORDS: Pena, Principle of Proportionality, Suitability, Need.



INDICE

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTO	III
RESUMEN.....	IV
CAPITULO I.....	9
EL PROBLEMA	9
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	9
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	11
1.2.1 <i>Problema Principal.....</i>	<i>11</i>
1.2.2 <i>Problemas Secundarios.</i>	<i>11</i>
1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	11
1.3.1 <i>Objetivo General.....</i>	<i>11</i>
1.3.2 <i>Objetivos Específicos.....</i>	<i>12</i>
1.4 HIPÓTESIS DEL TRABAJO.....	12
1.4.1 <i>Hipótesis General.</i>	<i>12</i>
1.4.2 <i>Hipótesis Específicas.</i>	<i>12</i>
1.5 DISEÑO METODOLÓGICO.	13
1.5.1 <i>Enfoque</i>	<i>13</i>
1.5.2 <i>Unidad de Estudio.....</i>	<i>14</i>
1.5.3 <i>Instrumento</i>	<i>14</i>
1.5.4 <i>Fiabilidad de la Investigación</i>	<i>15</i>
1.6 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	15
1.6.1 <i>Conveniencia y Utilidad.</i>	<i>16</i>
1.6.2 <i>Relevancia Social.....</i>	<i>16</i>



1.6.3	<i>Implicaciones Prácticas</i>	16
1.6.4	<i>Valor Teórico</i>	17
1.6.5	<i>Utilidad Metodológica</i>	17
1.7	VIABILIDAD DEL ESTUDIO	17
CAPITULO II		18
DESARROLLO TEMÁTICO		18
2.1	ANTECEDENTES	18
2.1.1	<i>Tesis</i>	18
2.1.2	<i>Artículos especializados</i>	25
2.2	LA PENA	32
2.2.1	<i>Concepto</i>	32
2.2.2	<i>Teorías Sobre la pena</i>	34
2.2.3	<i>Clases de Penas</i>	45
2.2.4	<i>Sobrecriminalización</i>	54
2.3	PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	56
2.3.1	<i>Conceptos</i>	56
2.3.2	<i>Subprincipios del Principio de Proporcionalidad</i>	60
2.4	AGRESIONES EN CONTRA DE LA MUJER O INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR.	67
2.4.1	<i>Conceptos</i>	67
2.4.2	<i>Tipos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar</i>	68
2.4.3	<i>Consideraciones Especiales</i>	70
CAPÍTULO III.....		73
RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS HALLAZGOS.....		73
3.1	RESULTADOS DEL ESTUDIO.....	73



3.2	ANÁLISIS DE HALLAZGOS	75
3.3	DISCUSIÓN Y CONTRASTACIÓN TEÓRICA DE LOS HALLAZGOS.....	78
	CONCLUSIONES.....	86
	RECOMENDACIONES	88
	BIBLIOGRAFÍA.....	89
	ANEXOS.....	94



CAPITULO I

EL PROBLEMA

1.1 Planteamiento del Problema

La violencia familiar es un problema que se encuentra presente en lo más profundo de la sociedad peruana, siendo este es un tema que ha cobrado más relevancia en los últimos años, provocando de dicha forma que se cree una nueva ley, la cual busca prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, cabe mencionar que esta ley ha sido bien recibida por parte de la sociedad, significando un gran avance en la lucha contra la violencia familiar.

Es así que con dichos fines se han creado y modificado los tipos penales referidos a violencia familiar, dentro de los cuales se encuentra el artículo 122°-B del código penal, que sanciona a toda persona que de cualquier forma cause una lesión corporal que requiera menos de diez días de asistencia o descanso de acuerdo a la prescripción médica, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual que no constituya como daño psíquico a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar en uno de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B del mismo órgano normativo.

Vemos así que la ley en cuestión surgió a causa de dos puntos importantes, el primero referido a la presión de la sociedad hacia el estado con el fin de que se detengan los casos de violencia familiar en el territorio peruano; y el segundo, la necesidad del estado para prevenir, sancionar y erradicar la violencia familiar para así mejorar como sociedad y hacer saber que el estado se preocupa y actúa frente a este problema.



Sin embargo, la aplicación de este tipo penal ha traído consigo una serie de problemas en nuestro sistema de administración de justicia, entre los cuales encontramos por ejemplo: la sobrecarga laboral en los magistrados que han pasado a llevar demasiados casos de violencia familiar en materia penal, lo cual a su vez ha ocasionado una sobrecarga a nuestro sistema de administración de justicia y de la misma forma en este tipo penal se ha legislado para que la pena sea de carácter efectiva, afectando así al principio de proporcionalidad penal, el cual consiste de manera general en la búsqueda de un equilibrio entre el poder penal del estado, la sociedad y el imputado, siendo de esta forma que la pena debe ser adecuada al daño ocasionado por el agente, y este es el punto central de la investigación, entonces, si bien los casos de violencia familiar son muy delicados y como estado, se debe luchar contra los mismos, las penas impuestas de igual forma deben ser proporcionales.

Sin embargo al castigar este delito con pena efectiva se está afectando el principio de proporcionalidad siendo que existen delitos que tienen penas mayores pero que pueden llegar a ser castigados con pena suspendida, de manera tal que se viene vulnerando el principio de proporcionalidad al imponerse esta pena efectiva en el presente delito, por lo tanto la presente investigación se avocará a explicar la afectación al principio señalado siendo que este es uno de los más importantes en materia penal y en general para el derecho.

Conforme a lo señalado en el párrafo anterior, el investigador ha podido observar en sede fiscal, los casos de violencia familiar denunciados, llegando a ser demasiados y sobrecargando la labor que se realiza con cada carpeta para luego ser judicializada, de manera que, la violencia familiar ha tenido atención por parte del estado con la ley mencionada anteriormente, sin embargo en el día a día y al momento de aplicarla en los casos mencionados, se ven fallas y desproporciones conforme se indica en párrafos anteriores, siendo que se está



afectando el principio de proporcionalidad penal en el delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar.

1.2 Formulación del Problema

1.2.1 Problema Principal.

¿Cómo afecta la pena privativa de libertad efectiva al principio de proporcionalidad penal en el delito de Agresiones en Contra de la Mujer o Integrantes del Grupo Familiar, artículo 122-B del Código Penal?

1.2.2 Problemas Secundarios.

1º ¿Cuáles son las causas de afectación de la pena privativa de libertad efectiva al principio de proporcionalidad penal en el delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar – art 122-B?

2º ¿Cuáles son las consecuencias de la afectación de la pena privativa de libertad efectiva al principio de proporcionalidad penal en el delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar – art 122-B?

1.3 Objetivos de la Investigación

1.3.1 Objetivo General.

Explicar la afectación de la pena privativa de libertad efectiva al principio de proporcionalidad penal en el delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar – art 122-B del Código Penal.



1.3.2 Objetivos Específicos.

1° Identificar las causas de afectación de la pena privativa de libertad efectiva al principio de proporcionalidad penal en el delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar – art 122-B.

2° Identificar las consecuencias de la afectación de la pena privativa de libertad efectiva al principio de proporcionalidad penal en el delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar – art 122-B.

1.4 Hipótesis del Trabajo

1.4.1 Hipótesis General.

La pena privativa de libertad efectiva afecta al principio de proporcionalidad penal en el delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar debido a que imponerla supone un castigo superior al necesario siendo que existen otras medidas para sancionar los actos antijurídicos realizados.

1.4.2 Hipótesis Específicas.

1° Las causas de afectación de la pena privativa de libertad efectiva al principio de proporcionalidad penal en el delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar son de una parte, la exigencia de la sociedad para que este delito sea sancionado severamente y de otra parte el desinterés del legislador para aplicar criterios de proporcionalidad dentro de la creación o modificación de tipos penales.

2° Las consecuencias de afectación de la pena privativa de libertad efectiva al principio de proporcionalidad penal en el delito de agresiones en contra de la mujer o



integrantes del grupo familiar son de una parte, que el legislador modifica el ordenamiento jurídico sin tomar en cuenta el principio de proporcionalidad generando una afectación directa al mismo, y de otra parte, el principio de proporcionalidad penal está siendo afectado debido a que de la la aplicación pena en el presente delito es desproporcional frente a la acción típica.

1.5 Diseño Metodológico.

1.5.1 Enfoque

Para la presente investigación se utilizará el enfoque cualitativo, toda vez que conforme lo señala (Hernandez-Sampieri, 2018), la ruta cualitativa se centra en la comprensión los fenómenos, explorándolos desde la perspectiva de los participantes en su entorno natural y en relación con el contexto. Seleccionas el enfoque cualitativo cuando tu propósito es exáminar la forma en que ciertos individuos perciben y experimentan fenómenos que los rodean, profundizan sus puntos de vista, interpretaciones y significados.

Asimismo, de acuerdo con la metodología de investigación jurídica, se estableció que el tipo legal de nuestro estudio corresponde a una investigación jurídica empírica, realista o de campo, que según García (2015) es:

Aquella cuyas fuentes de información son la observación del comportamiento de personas, cosas, instituciones o circunstancias durante las cuales ocurren ciertos eventos. Además, la finalidad de este tipo de investigación jurídica será un conjunto de realidades o factores sociales, económicos, políticos, psicológicos, etc., que rigen las normas jurídicas, es decir se basará en las fuentes del derecho, y su utilidad radica en la capacidad de analizar la efectividad del ordenamiento jurídico actual como una forma



para resolver problemas reales, y señalar el nuevo contenido que debe tener dicho orden jurídico ante lo que requieren un cambio social constante (pp. 455-456).

1.5.2 Unidad de Estudio

Para la presente investigación se tendrá como unidad de estudio a magistrados y abogados que cumplan las siguientes características:

1.5.2.1 Criterios de Inclusión

Los criterios de inclusión, para la presente unidad de estudio serán:

- 1) Tener como mínimo cinco años de experiencia como abogados colegiados.
- 2) Contar con experiencia en el ámbito penal o hayan trabajado en instituciones públicas con injerencia en materia penal.
- 3) Haber patrocinado o deliberado en juicios respecto a violencia familiar.

1.5.3 Instrumento

Todo instrumento de medición de recolección de datos debe cumplir con los requisitos de confiabilidad, validez y objetividad, por lo que la confiabilidad o también llamada fiabilidad se refiere al grado en que su aplicación se repite y da el mismo resultado; la validez se centrara que el instrumento que mide con precisión la variable a medir; y finalmente la objetividad será estándar o ideal que se refiere a la medida en que podemos comprender a través del proceso de indagación (Hernandez Sampieri, 2018).



1.5.3.1 Encuesta o Cuestionario.

Un cuestionario consiste en un conjunto de preguntas respecto de una o más variables a medir que debe ser congruente con el planteamiento del problema e hipótesis (Hernandez Sampieri, 2018).

Para la presente investigación se utilizará un cuestionario, el cual será presentado a la unidad de estudio, de manera tal que se habrán preguntas cerradas acordes al tema de investigación siendo estos, la pena de prisión o efectiva, principio de proporcionalidad y agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar.

1.5.4 Fiabilidad de la Investigación

La presente investigación será fiable, en primer lugar, porque el instrumento será usado en personas que cumplen con los requisitos necesarios para comentar sobre el tema de investigación, además de que el instrumento fue presentado ante un juicio de expertos el cual validó la encuesta que fue utilizada en la presente investigación.

En segundo lugar, la presente investigación será confiable ya que toma un enfoque cualitativo para investigar un fenómeno, por cual se ha utilizado el análisis de enseñanzas y otra información para llegar a los resultados presentados.

1.6 Justificación de la Investigación

La presente investigación se justifica en las siguientes razones:



1.6.1 Conveniencia y Utilidad.

La presente investigación será conveniente ya que se pretende revalorar el criterio acerca de la aplicación del principio de proporcionalidad penal, el cual debe ser tomado en cuenta en todo momento ya que ayuda a generar un buen sistema de administración de justicia, y será útil en la medida de que en el delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar está sancionando con pena efectiva ocasionando de esta forma una desproporción en el castigo impuesto, siendo así que se debe investigar el tema mencionado ya que ayuda a perfeccionar la aplicación de la ley n° 30364.

1.6.2 Relevancia Social.

La presente investigación busca explicar como se está afectando al principio de proporcionalidad penal en este delito, tema que no solo incumbe a la comunidad jurídica, sino a la colectividad, pues todas las personas son justiciables en potencia y nadie se encuentra libre de sufrir violencia familiar, por ende se necesita tener un criterio correcto para que así nuestro sistema de administración de justicia se eficiente.

1.6.3 Implicaciones Prácticas.

Esta investigación pretende generar debate sobre cómo se deben aplicar las penas en este delito, siendo que a la fecha nos encontramos con una legislación que prohíbe la aplicación de la pena suspendida en este delito por ejemplo, por lo que, al investigar sobre el mencionado tema se podrá discutir y revalorar el principio de proporcionalidad penal previniendo de esta forma la mala aplicación del poder punitivo del estado y permitiendo resolver los casos de manera correcta.



1.6.4 Valor Teórico.

La presente investigación se desarrollará en un marco teórico pertinente, en el cual se sentarán las bases teóricas de estudio, siendo que el aporte tendrá el valor para ser considerado referencial para futuras investigaciones en torno al tema de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar y al principio de proporcionalidad penal.

1.6.5 Utilidad Metodológica.

Para la presente investigación se elaborarán instrumentos, los cuales además de servir para este estudio también podrán ser considerados como un aporte metodológico efectivo y replicable en futuras investigaciones.

1.7 Viabilidad del Estudio

La presente investigación es viable en cuando se dedicará a estudiar temas doctrinales sobre la pena, principio de proporcionalidad penal y agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar; de manera tal que, la información requerida se encuentra tanto en libros como en sitios web y demás, teniendo de esta forma suficiente material para ser realizada; de otra parte el investigador cuenta con un grado de conocimiento previo sobre tema debido a que laboró en el Ministerio Público y pudo observar los casos de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar.



CAPITULO II

DESARROLLO TEMÁTICO

2.1 Antecedentes

2.1.1 Tesis.

Antecedente 1º

El primer antecedente de la presente investigación lo constituye la tesis que lleva como título “EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU INCIDENCIA EN LA SENTENCIA DE SILVANA BUSCAGLIA ZAPLER”, la autora es Gaby Odar Cortez, quien presentó su investigación en la Universidad Señor de Sipán del Perú en el año 2018.

Las principales conclusiones de este trabajo son:

- i. Se constato que la no aplicación del principio de proporcionalidad, a juicio de la señora Buscaglia Zapler, lo condujo a su encarcelamiento y por la tanto violo su derecho a la libertad por un bien jurídico lesionado, cuya ausencia no se menciona en nuestro código penal.
- ii. Se pudo conocer a detalle las categorías dogmáticas modernas que existen en torno al principio de proporcionalidad y sus respectivos subprincipios, así como su aplicabilidad en el Derecho constitucional. En el derecho penal este principio se refuerza en casi toda Europa y paulatinamente en algunos países de América Latina. Dado que se basa en los pilares de Proporcionalidad y la Ponderación, que se basan a su vez en los subprincipios de la Idoneidad y la Necesidad, se habla de una correcta aplicación del principio de proporcionalidad en el Derecho Penal cuando estas figuras jurídicas convergen.



- iii. Se logro determinar los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia para la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito constitucional, entre los cuales emergió la Idoneidad y la Necesidad (Caso PROFA. Principio de proporcionalidad. STC 0045-2004-AI/TC), restricciones de la libertad, honor y privacidad. (Los casos seleccionados son, Canese vs. Paraguay (31-8-2004); Kimel vs. Argentina (2-5-2008); Usón Rramirez vs. Venezuela (20-11-2009); Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina (29-11-2011)).
- iv. Se logró analizar la sentencia judicial dictada contra de la ciudadana Silvana Buscaglia Zapler, en el proceso en su contra por violencia y resistencia a la autoridad. Tomando nota a lo siguiente: aplicación de penas de Seis años y ocho meses de pena privativa de la libertad. Pena que se considera desproporcionada por no respetar la proporcionalidad y la ponderación con el delito cometido, se suman la ausencia de criterios en la aplicación de los subprincipios de idoneidad y necesidad, lo que vulnera el principio de proporcionalidad aplicable en el Derecho constitucional.
- v. Se ha demostrado la importancia de la correcta aplicación del principio de proporcionalidad en la resolución de procesos judiciales en los que se encuentran en conflicto principios y garantías constitucionales, lo cual se fundamenta en el Acuerdo Plenario Extraordinario 001-2016/CJ-116, en este acuerdo se refiere a la correcta aplicación del principio de proporcionalidad y sus subprincipios.

Antecedente 2º

El segundo antecedente de la presente investigación lo constituye la tesis que lleva como título “*EL INFORME PERICIAL EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA PSICOLÓGICA CONTRA LA MUJER O MIEMBROS DEL NÚCLEO FAMILIAR Y LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA*”, la autora es Jessica Paola Caiusa Villagomez,



quien presentó su investigación en la Universidad Regional Autónoma de los Andes “UNIANDES” de Ecuador en el año 2018.

Las principales conclusiones del trabajo son:

- I. El Informe Pericial es el medio empleado como prueba realizado por peritos quienes son personas ajenas a las partes procesales, quienes tienen conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o profesión y que han sido previamente designadas en un proceso determinado perciben, verifican hechos y las ponen en conocimiento del juez, pero a través de la investigación realizada se ha ratificado mediante la encuesta que en los delitos de violencia psicológica contra la mujer o miembro del núcleo no existe una valoración profesional adecuada se requeriría de dos o más profesionales expertos en la materia.
- II. Si bien es cierto que hasta los años noventa la violencia contra la mujer y la familia era considerada asunto privado y no del Estado, fue en el Gobierno de Sixto Duran Ballén que se crearon las Comisarias de la Mujer y la Familia ya que pasó a ser un problema de orden público, generándose así la violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar, en la que consiste, en el uso de palabras humillantes, en acoso, intimidación a la víctima, es por eso que se debería dar charlas acerca de violencia para procurar disminuir esta clase de delitos.
- III. La Constitución establece principios y derechos que protegen a la persona demandada, por lo que contamos con el mismo principio de proporcionalidad que caracteriza la idea de justicia en el marco de un Estado Constitucional de derechos y justicia. Podemos afirmar que la pena que establezca el legislador al delito debe ser proporcional a la trascendencia social del hecho. En este sentido no deben reconocerse sanciones exageradas o irracionales. Se debe evitar el comportamiento típico en su



diseño y utilizar conceptos jurídicos indeterminados, que promuevan el riesgo de arbitrariedad en el juez al momento de dar su veredicto.

Antecedente 3º

El tercer antecedente de la presente investigación lo constituye la tesis que lleva como título “*LA PENA PROPORCIONAL EN EL DELITO DE LESIONES COMETIDO EN CONTRA DE LA MUJER O MIEMBROS DEL NÚCLEO FAMILIAR*”, la autora es Maria Fernanda Boada Dominguez, quien presentó su investigación en la Universidad Central del Ecuador de Ecuador en el año 2019.

Las principales conclusiones del trabajo son:

- I. Finalizando la investigación, se ha podido constatar que la pena establecida por el juzgador, no causa los efectos deseados en el inculpado, ya que este reincide en muchos de los casos, puesto que no mejora las relaciones intrafamiliares e inclusive se repite el daño con más fuerza
- II. En relación a lo expuesto, el estado está en la obligación de garantizar que se cumplan derechos fundamentales, no solo en favor de las víctimas, sino también de los procesados e inculpados, teniendo en cuenta el establecimiento y la aplicación de las medidas restrictivas de derechos y libertades.
- III. En este sentido, la pena establecida por el legislador no debe ser exagerada ni irracional, lo que quiere decir que por parte del juzgador se deben recolectar las pruebas pertinentes con relación a la prevención del delito, evitando la utilización inadecuada y desmedida de una sanción.
- IV. Tomando en cuenta las causas en torno a casos de violencia intrafamiliar han aumentado a través del tiempo, pero cabe agregar que hoy en día la mujer tiene conocimiento de



realizar una denuncia ante este tipo de delitos, pero a ello se contraponen que gran parte de las causas solo quedan en la denuncia y la víctima no sigue con el proceso, ya que por miedo, intimidación y bajos recursos económicos decide continuar con el agresor, conllevando de esta manera a ser una persona violentada constantemente.

- V. Dentro del principio de proporcionalidad la justicia restaurativa constituye un mecanismo de solución, que permite resolver el conflicto de violencia intrafamiliar, actuando de una manera sistemática frente al delito de lesiones causado hacia la mujer o miembros del núcleo familiar, dando la oportunidad al agresor de reparar el daño causado, y transformar la relación entre los miembros que conforman el núcleo familiar.

Antecedente 4º

El cuarto antecedente de la presente investigación lo constituye la tesis que lleva como título “*NIVEL DE APLICACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA PARA EL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR, EN LA CORTE DEL SANTA*”, el autor es Mixzan Lenin Aranda Marcelo, quien presentó su investigación en la Universidad Cesar Vallejo del Perú en el año 2019.

Las principales conclusiones del trabajo son:

Conclusión general:

- I. En cuanto al objetivo general, el grado de aplicación de la proporcionalidad de la pena, en las resoluciones dictadas por la Corte del Santa en materia de delitos de lesiones leves por violencia familiar, es eminentemente formal, y se limita a formas claras y exhaustivas del Código Penal, excluyendo al principio de proporcionalidad de la pena; dado que en la mayoría de los casos se limitan a hacer referencia a hechos probados o



no, la normatividad pertinente, si existe tipicidad, antijuricidad e imputación personal o comprobación de culpabilidad del/a autor/a.

Conclusiones específicas:

- II. El juicio de subsunción y de valoración contenida en las resoluciones emitidas por la Corte del Santa, por delitos con lesiones leves por violencia familiar es formal en una mayoría de sentencias, ya que repiten datos generales sin análisis evaluativo, limitándose a hacer una aplicación solicitud meramente formal de este principio, sin tener en cuenta al representante, como miembro del grupo familiar, y en lo que respecta a sus derechos constitucionales.
- III. La valoración de la proporcionalidad de la pena, en las resoluciones dictadas por la Corte del Santa, en delitos de lesiones leves por violencia familiar es según la sentencia de tipicidad formal, desconociendo el principio de proporcionalidad, como ponderando la gravedad del acto punible, y la lesión del bien jurídico tutelado; simplemente señalando que la agresión física ha sido acreditada mediante Certificado Médico con los días de tratamiento médico e incapacidad, y con la referencia del/a agraviado/a de haber sido agredido/a.
- IV. La valoración de la proporcionalidad de la pena, en las resoluciones emitidas por la Corte del Santa, en delitos de lesiones leves por violencia familiar, según el juicio de antijuridicidad es formal, pues en la mayoría de casos solo se indica que las acciones del acusado no encuentra fundamento para la justificación; y que el/a imputado/a renunciaron a su derecho a la presunción de inocencia y encontraron una solución alternativa; lo que implica falta de análisis y su incomprensión de este principio, y su relación con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política.
- V. La valoración de la proporcionalidad de la pena, en las resoluciones emitidas por la Corte del Santa por delitos de lesiones leves por violencia familiar es formal posterior



al juicio de imputación, pues la mayoría de las sentencias señalan que no existe indicio que el acusado sea inimputable, o no haya tenido conocimiento de la antijuricidad de sus acciones, que sabían que lesionar a su conviviente es delito; sin efectuar una individualización de la pena al observar solo el acto cometido y no las circunstancias personales, familiares y sociales de su actuar.

- VI. El juicio de ponderación asumido en las resoluciones expedidas por la Corte del Santa en el delito de lesiones leves por violencia familiar, según la gravedad del hecho, es formal, por cuanto solo se realizó una referencia material al principio de proporcionalidad y se sustenta en los días de atención médica del/a agraviado/a.
- VII. La finalidad de la pena en las sentencias por la Corte del Santa por delitos de daños leves por violencia familiar es formal; en cuanto a la prevención frente al agente, los sentenciados son primarios (88.8%); imponiendo una sanción penal en la mayoría de casos, una pena privativa de libertad suspendida de 1 año 4 meses, dos años 4 meses de pena efectiva y un año de pena efectiva convertido a 52 Jornadas de trabajo comunitario. Asimismo, se ha establecido una reparación civil se hizo de manera formal, sin cumplir con tasar los perjuicios que generó la conducta punible, imponiéndose S/. 500.00 soles en la mayoría de los casos.
- VIII. La gravedad del hecho considerado en las resoluciones dictadas por la Corte del Santa, en el delito de lesiones leves por violencia familiar, se estableció que la denuncia fue en la mayoría de los casos fue por agresión psicológica (insultos, ofensas, amenazas, groserías); sin embargo, en la parte operativa de las sentencias, sin embargo solo se mencionan agresiones físicas, más no psicológicas.



2.1.2 Artículos especializados.

Artículo 1°

El primer artículo especializado lo constituye el artículo “THREE STRIKES, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS”. La autora es Teresa Castiñeira Ramón Ragués, quien plasmó dicho artículo en la Revista de Derecho Penal y Criminología

La autora de este artículo indica en el mismo, casos en los cuales personas habían reincidido en delitos luego de ser liberados por buenas conductas u otros fundamentos, de manera que, si hubieran cumplido su pena en su totalidad no hubieran podido realizar estos nuevos actos delictuosos, siendo que a pedido de la sociedad se promulgó la ley correspondiente en el año 1994, la cual indicaba que al reo que cometiera un segundo delito después de haber sido previamente condenado como autor de un delito grave o violento le correspondería una pena mínima consistente en el doble de la pena inicialmente asignada a la segunda infracción; y, en el caso de la comisión de un tercer tercera delito después de dos delitos violentos o graves, se procedería a la imposición a dicho infractor de una pena de prisión perpetua con una ejecución efectiva mínima de veinticinco años, motivo por el cual dicha ley fue conocida como la ley de los *three strikes*.

De esta forma se comenzó a aplicar la mencionada ley, de manera tal que surgieron distintos problemas en su aplicación en razón a que no todos los casos en los que existía reincidencia debían ser sancionados con el doble de la pena o de ser el caso con cadena perpetua, motivo por el cual en distintas sentencias se invocó la octava



enmienda de la constitución de los Estados Unidos, la cual indica que no se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán castigos crueles e inusuales, de esta forma se indicaron dos sentencias en las cuales existía una discrepancia, en la primera se indicaba que la octava enmienda no se podía aplicar al castigo penal, ya que era taxativa; mientras que en la segunda si se habló de la proporcionalidad de la pena impuesta y que se debía tener en cuenta criterios para poder aplicar la ley en cuestión, generando de esta forma debate y contradicción entre criterios por parte del tribunal.

Como consecuencia de lo referido en el este artículo la autora destaca que para valorar la relación entre el delito y la pena deben tenerse en cuenta tres factores por un lado la duración de la pena de prisión pronunciado en tiempo real; segundo, el hecho que motivó la imposición de la pena, y tercero, los antecedentes penales del infractor. Por otro lado, menciona que los jueces deben valorar que en la proporcionalidad de la sentencia, ya que solo se puede tomar en cuenta la gravedad del último delito cometido, pero se debe considerar toda la carrera delictiva.

Finalmente, la autora indica que desde el punto de vista de la función de la pena, es obvio que lo que inspiró la creación de esta leyes son objetivos como a intimidación y la inofensividad: el primer objetivo basado en la idea de que penas tan severas como las establecidas, disuaden a los posibles delincuentes de cometer más delitos; y, el segundo bajo el lema de que un delincuente tras las rejas no puede cometer delitos en la calle. Sin embargo, lo que hace que las leyes de “three strikes” sean realmente llamativas es la búsqueda de estos objetivos se ha llevado a sus últimas consecuencias, hasta el punto de ignorar por completo funciones como la retribución o la



resocialización, que, a diferencia de lo que ha sido habitual en el Derecho penal contemporáneo, no desempeñan aquí papel alguno, ni siquiera limitantes.

Artículo 2º

El segundo artículo especializado lo constituye el artículo “EL JUEZ COMO LÍMITE DE LA SOBRECriminalización”. El autor es Luis Enrique Sandívar Murillo, quien plasmó dicho artículo en el Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad San Martín de Porres en 2017.

El autor en este artículo señala que el estado actualmente esta llevando a cabo una política criminal represiva, es decir, desde una perspectiva que busca eliminar los altos índices de criminalidad debido al castigo de los hechos delictivos cometidos, situación que ha derivado en la generación de una inflación en la producción de conductas delictivas y que en la presente situación nos enfrentamos a una avalancha de procesos judiciales encaminados a sobrecriminalización de conductas, culminando con la decisión judicial del Juez que fija la pena y el hecho de que en el momento de la resolución puede haber medidas penales que también se utilizan para contrarrestar esta criminalización excesiva.

Cabe señalar que el producto de la sobrecriminalización se debe a la mala tendencia que tuvo el legislador cuando considero que el delito se podría erradicar con él, lo que muestra el vacío legal ante la ausencia de un estudio y asesoría al momento de establecer una conducta punible, que por el contrario, solo hay un trasfondo en el pensamiento del legislador que sería utilizarlo con un mecanismo de popularidad, además de que hay que el daño derivado se da en una etapa posterior como la privación de la libertad de una persona, basada en un delito de poca importancia para la sociedad



y que no detendrá la criminalidad que se produce con la realidad. Así también vemos que el origen de la sobrecriminalización se debe a la acción desmesurada de los legisladores en un afán por utilizar el derecho penal como primera alternativa para salvaguardar y proteger a la sociedad, por tanto en esta concepción el derecho penal como el instrumento de control social por excelencia, desnaturalizando su esencia implícita en el Principio de Mínima Intervención.

Finalmente el autor señala como una de sus conclusiones que fue posible determinar el efecto que ocasiono la sobre criminalización, sin embargo, el hecho de que sus efectos negativos también se ha resaltado el hecho de que sus efectos negativos no solo quedan en la dación de la norma, sino que inciden en la libertad de la persona cuando se le apertura un proceso penal; por lo tanto se destaca, que existe la posibilidad de que este efecto negativo de la sobre criminalización pueda ser frenado por el juez penal garantizando en el proceso judicial al momento de resolver el caso específico, para ello es necesario aplicar los principios de Proporcionalidad, Mínima Intervención y Subsidiariedad sin descuidar la invocación de otros principios.

Artículo 3°

El tercer artículo especializado lo constituye el artículo “INEFICACIA DE LA CRIMINALIZACIÓN DE AGRESIONES FÍSICAS CONTRA MUJERES O INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR EN DISTRITO JUDICIAL TACNA-2017”. Los autores son, Ivette Araceli Muguerza Casas y Hugo Heriberto Soza Mesta, quienes plasmaron dicho artículo en el Portal “Justicia negociada a un año de vigencia del Código Procesal Penal en Tacna” 2009.



Los autores de este artículo señalan que el estado peruano, ante el alarmante crecimiento de la violencia familiar, lejos de atacarla extra criminalmente, en lugar de rediseñar y fortalecer su política social, económica y penal, tendiente a neutralizar sus causas, a prevenir y combatir este delito interno, ha recurrido fácilmente al derecho penal que debe ser el último recurso del estado, de acuerdo con los principios de Subsidiariedad y Fragmentariedad, respondió, apelando a una política de criminalización, al criminalizar las conductas que de alguna manera causen lesiones a una mujer o integrantes del grupo familiar de conformidad con el artículo 122-B, además de que con la ley N° 307010, se modificó el artículo 57 del Código Penal, prescribiendo que la suspensión de la ejecución de la pena, es inaplicable para las personas conenadas por el delito previsto en el artículo 122-B, provocando de esta forma que el agresor ingrese inevitablemente al establecimiento penitenciario.

Junto con lo señalado anteriormente, los autores realizaron encuestas en el distrito judicial de Tacna, de las cuales se obtuvo por ejemplo los siguientes resultados: El 100% de los magistrados manifiestan en el artículo 122-B se vulnera el principio de mínima intervención. El 86% afirma que se vulnera le principio de Proporcionalidad, el principio de Lesividad; y el 79% afirma que resulta ineficaz en alta medida, para prevenir su comisión; y el 21% manifiesta lo contrario. El 71% manifiestan que la criminalización de las agresiones físicas para prevenir y sancionar resulta ineficaz en alta medida. El 100% de los magistrados manifiestan que la inaplicación de las suspensión de la ejecución de la pena, no es una medida idónea y necesaria, para afianzar la prevención de este delito. El 93% manifiestan que la criminalización es una medida populista. El 57% manifiestan que la criminalización genera desprotección de la víctima y que la condena a pena privativa de libertad condicional resulta ineficaz.



Finalmente, como destacan los autores, está probado que la tipificación como delito de las agresiones físicas a mujeres o integrantes del grupo familiar, en el artículo 122-B del Código Penal, resulta muy ineficaz en alta medida pues contrasta con la realidad, en lugar de eludir su cometido y el fortalecimiento del principio de unidad familiar, disolución de la familia y desprotección de la víctima. Además se afirma que se ha demostrado que dicha política criminal ha sido populista para criminalizar la violencia familiar, solo para ganarse las buenas gracias de la sociedad demandante, ya que la tasa de violencia familiar, no disminuyó, contrariamente, siguió aumentando de manera alarmante, por lo que desde el punto de vista de la política penitenciaria de lege ferenda, proponen la derogatoria del artículo 122-B del Código Penal, debido a los efectos criminógenos que ha generado su aplicación.

Artículo 4º

El cuarto artículo especializado lo constituye el artículo “*¿CONTEXTO DE VIOLENCIA? DELITO DE AGRESIONES: ARTÍCULO 122-B DEL CÓDIGO PENAL*”. El autor es Francisco Celis Mendoza Ayma, quien plasmó dicho artículo en la revista “Gaceta Penal y Procesal Penal”, tomo 123, Lima 2019.

El autor de este artículo señala que nuestro sistema de administración de justicia se encuentra sobrecargado a causa de los casos de violencia familiar, específicamente los casos contenidos en el artículo 122-B; además de que, si esta situación fuese responsabilidad del legislador por pretender resolver los problemas de conflictos intrafamiliares con el poder punitivo, entonces se podría evaluar una eventual inconstitucionalidad de ese dispositivo por ser desproporcional e irrazonable o, en todo caso, proponer su derogación. Aunado a ello se tiene que el estado desarrolla una vigorosa política contra la violencia de género, lo cual es correcto, pero el problema es



la irracionalidad de la legislación punitiva y la política del estado para contener y frenar la violencia contra la mujer.

De otra parte el autor menciona a la Casación N° 146-2015-Cusco, la cual diferencia entre conflicto familiar y violencia familiar, haciendo para ello una distinción cualitativa entre ambos supuestos; así, un conflicto familiar, por desacuerdos conyugales o fraternales, o paternofiliales, puede dar lugar a que en la dinámica de esa relación familiar se produzca de manera esporádica una agresión verbal o física, pero concurriendo los supuestos de verticalidad, sometimiento, ciclicidad, progresividad y en su contexto, una situación de vulnerabilidad configura no solo un supuesto de conflicto familiar.

Finalmente el autor indica que es necesario considerar que la reductiva interpretación descriptiva del contexto de violencia, no solo produce como consecuencia la sobrecarga que afrontan actualmente las fiscalías y los juzgados, sino que el efecto más perverso es la banalización de la violencia de género; en efecto, con esa errónea interpretación se difumina la política estatal contra la violencia familiar; y conforme a lo mencionado anteriormente las explicaciones de que solo se considera como delito lo que antes eran faltas, evidencia que los operadores penales no han comprendido la gravedad de estos delitos de violencia sordida intrafamiliar; y el mínimo de racionalidad punitiva simbólica que se requiere para una respuesta punitiva que ciertamente no resolverá el problema.



2.2 La Pena

2.2.1 Concepto.

Respecto a los conceptos de la pena se tiene que Velasquez (2009), manifiesta:

Formalmente hablando, la pena es un mal impuesto por el legislador por la comisión de un delito; o la consecuencia atribuida a quien cometió un acto punible. Pero esta noción no dice nada sobre la naturaleza de ese mal, ni porque, ni para que se impone; es decir: debe existir un concepto material de pena que permita abordar su contenido; responder a estas últimas preguntas ha sido, sin embargo, uno de los temas más discutidos a lo largo de la historia del derecho penal e implica todo un problema filosófico, sociológica, política, etc. En un intento para obtener una mayor claridad en la exposición se acostumbra hacer una distinción entre su justificación, naturaleza, significado, propósito y fundamento, aunque esta terminología no siempre es la misma entre los autores (pp. 251-252).

De otra parte Berdugo citado por Villavicencio (2014) manifiesta que la pena “es la característica más tradicional e importante del Derecho Penal. Su origen se encuentra vinculado con la del propio ordenamiento punitivo y constituye, por la gravedad de su contenido, el medio de mayor severidad que puede utilizar el estado para asegura la convivencia en la sociedad”.

Concordante con lo señalado en el párrafo anterior se tiene que Ortíz citado por Villavicencio, (2014) refiere a la pena como “La retribución por el delito cometido: producirle un mal a un individuo que compense el mal que ha causado libremente, equilibrándose así la culpabilidad del autor por el ilícito cometido. Es por ello, que se concibe a la pena como aquella que atiende o mira al pasado, al hecho que se cometió. Al que actuó mal se le devuelve otro mal” (pp. 47-48).



Bustos citado por Villavicencio (2014) considera que “históricamente la pena es la autoconstatación ideológica del estado. En un estado social y democrático de derecho, que se asienta sobre la realidad social, la función de la pena no puede ser otra que la de proteger su sistema social. En el campo penal significa la protección de los bienes jurídicos que el mismo estado ha confirmado” (p. 69).

Por su parte, Zaffaroni citado por Villavicencio (2014) formula una teoría negativa y agnóstica de la pena, de tal manera “la pena es una coerción, que impone una privación de derechos o un dolor y que no repara ni restituye, ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes. Así la pena es un ejercicio del poder. Es negativo porque no le asigna ninguna función positiva de la pena y se obtiene por exclusión”.

“Sin duda alguna la pena es la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta por el órgano jurisdiccional competente mediante sentencia firme a la persona que ha realizado un delito, acorde con las pautas legales correspondientes” (Velasquez, 2009, p. 1029).

Aunado a ello se tiene que las penas implican la afectación de derechos, en otras palabras de bienes jurídicos siendo que la pena sería definida como aquel castigo que consiste en la privación de algún bien jurídico por una autoridad que esté determinando legalmente y mediante un proceso en el cual se determine al responsable de una infracción al derecho (Cobo y Vives citados por Villa (2014)).

Finalmente se tiene que la pena es la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta por el órgano jurisdiccional competente mediante sentencia firme a la persona



que ha realizado un delito, acorde con las pautas legales correspondientes Cuello citado por Velasquez, (2009).

“La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la pena la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. Su justificación no es, por consiguiente, una cuestión religiosa ni filosófica, sino una amarga necesidad” (Muñoz, 2002, p. 47).

2.2.2 Teorías Sobre la pena.

2.2.2.1 Teorías Absolutas.

También llamadas teorías retributivas, estas se denominan así porque para ellas la pena solo persigue el logro de valores absolutos, siendo uno de estos la realización de la justicia y teniendo por objeto básico que no se busca el fin, sino el sentido de la pena, dando por sentado que imponer una pena es una condición indispensable para que reine la justicia en la tierra; motivo por el cual se habla de teorías retributivas (Velasquez, 2009).

Es así que Berdugo citado en Villavicencio, (2014) afirma que estas teorías “rechazan de plano la búsqueda de fines que se encuentren fuera de la propia pena y consideran que aquella se agota en sí misma en cuanto mal que se impone por la comisión de un hecho delictivo, como también el hombre es considerado un fin en sí mismo” (p. 47).

Conforme con dicha teoría se tiene que Kant citado en Velasquez (2009) plantea que el sentido de la pena es la retribución moral fundada en el llamado principio de culpabilidad, el cual se debe entender en su sentido más clásico como libertad de



voluntad o libre albedrío, siendo de esta forma que el hombre es libre de autodeterminarse y puede optar entre lo bueno y lo malo para así hacer mal uso de dicha libertad mediante la comisión de un delito por el cual se hará culpable y por ende acreedor a una pena que vendría a ser la retribución por el mal cometido.

El carácter retributivo de la pena generalmente se ha justificado en la necesidad de que exista una relación entre la voluntad general y la voluntad especial del delincuente, si nos referimos a la concepción retributiva esta se ha visto representada más como una función que como el fin de la pena dejando de lado los fines sociales de prevención y centrándose en la realización de la justicia en si misma (Mir Puig, 2003).

Villavicencio (2014) indica que para estas teorías la pena es la retribución por el delito cometido enfocandose en producirle un mal a la persona el cual compense el mal que causó con anterioridad de manera libre, obteniendo de dicha forma un equilibrio entre la culpabilidad del autor y el acto ilícito cometido.

La idea de retribución es secundada y descansa según Hurtado (citado por Villavicencio, 2014) en tres presupuestos esenciales, los cuales son:

Primero, la potestad estatal para castigar al responsable mediante la pena. Segundo, la necesaria existencia de una culpabilidad que pueda ser medida según la gravedad del injusto cometido. Por eso la culpabilidad viene a ser su elemento referencial. Tercero, la necesidad de armonizar el grado de culpabilidad y la gravedad de la pena, de manera que la pena, dictada en la sentencia, sea considerada justa por el autor y por la colectividad. Es por ello que el principio *no hay penas si culpabilidad* puede constituir una garantía propia del Derecho Penal Liberal (p. 48).



Precisamente la principal cualidad de la pena retributiva radica en su carácter absoluto desvinculado de cualquier objetivo tal como se expresa en la exigencia de Kant de que el último asesino su pena aún cuando perezca con él, la sociedad humana. Sin embargo, inicia el estudio de la pena declarando: hay unanimidad en que la justificación de la pena radica en su necesidad. Una sociedad que quiera renunciar al poder punitivo renunciaría a su propia existencia (Maurach citado en Mir Puig, 2003, p. 51)

A la teoría de la retribución le interesa recompensar la idea y sentido de Justicia y del derecho que el estado ha impuesto sin finalidad provocando que la pena no tenga finalidad específica, sino que es impuesta como retribución o expiación del mal causado y convirtiéndose en una coacción psicológica para la sociedad, siendo necesario precisar que la retribución no tiene nada que ver con la venganza sino que es principio de proporcionalidad por lo que la pena debe ser absolutamente determinada y debe existir una proporcionalidad cualitativa y cuantitativa entre ella y el mal causado (Reátegui, 2009).

Al respecto Velasquez (2009) puede señalar que no debemos olvidar que gracias a estas teorías es posible graduar la culpabilidad del sujeto a efectos de imponer la pena, siendo de dicha forma que a una culpabilidad leve corresponde una pena leve, y a una culpabilidad grave corresponde una pena grave, siendo que el aporte de dichas teorías es haber suministrado el grado de culpabilidad del agente como criterio para imponer la sanción.

Los aportes de dichas teorías son presentados por Roxin y Bacigalupo citados en Villavicencio (2014) los cuales manifiestan como primer aporte que la pena debe ser proporcional a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, de manera tal que se debe garantizar al ciudadano que el poder punitivo estatal cuenta con límites,



impidiendo de esta forma un abuso y fijando que la pena tenga un rango; y como segundo aporte y en contraposición a las ideas preventivas generales, consideran inadecuado la instrumentalización del hombre para fines preventivos a favor de la comunidad, dando mayor consideración a las teorías que a la persona y su dignidad.

La teoría de la retribución propone a la pena como una finalidad, sin que importe la situación del reo o de la sociedad, siendo que la pena no tiene una finalidad específica sino que es la retribución ante un hecho ilícito, teniendo de esta forma carácter de independiente en cuanto a su efecto social (Reátegui, 2016).

2.2.2.2 Teorías Relativas.

Las teorías relativas o de la prevención se preocupan no del fundamento de la pena, sino del para que sirve la pena, teniendo por objeto que la pena no tiene que realizar la justicia en la tierra, sino proteger a la sociedad, siendo que no es un fin en si misma, sino un medio de prevención (Reategu, 2009).

A diferencia de la función retributiva que se fundamenta básicamente en la necesidad para la subsistencia de la sociedad, para esta perspectiva, la función de la pena no atiende a la retribución del delito sino conlleva a la prevención de delitos futuros. Teniendo una perspectiva a futuro y no al pasado como lo tiene la teoría retributiva (Mir Puig, 2003).

Estas atienden solo al fin de la pena y le atribuyen una utilidad social y se dicen que son relativos porque a diferencia de la Justicia que es absoluta, las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales, y con eso estas teorías le asignan a la pena el objetivo de la prevención del delito como medio de protección de determinados intereses sociales (Villavicencio, 2014).



Aunado a ello se tiene que la prevención se encuentra compuesta por tres puntos clave, siendo el primero que existe una posibilidad de un pronóstico suficientemente cierto del futuro comportamiento del sujeto; el segundo referido a que la pena tiene que ser adecuada con exactitud a la peligrosidad del sujeto de manera que sea posible el éxito de la prevención. Y tercero, que la proporción a la criminalidad sea afectada y atacada tanto para jóvenes como para adultos mediante los elementos pedagógicos de aseguramiento y, en especial del trabajo pedagógico social de la pena (Villavicencio, 2014).

Dentro de la teoría relativa se tiene la función de prevención del delito, las concepciones que son analizadas, son la prevención general y la prevención especial, entendiéndose a la prevención general, como la que debe existir frente a la colectividad, usando la pena como medio para contrarrestar la criminalidad que existe en la sociedad, en efecto lo que se espera es que la pena opere como una coacción psicológica la cual va a estar dirigida a los ciudadanos para evitar que delincan, en cuanto a la prevención especial esta se va a orientar a prevenir los delitos que pueda efectuar el delincuente y busca evitar que el sancionado vuelva a delinquir, la pena tendrá una función de readaptación social (Mir Puig, 2003).

2.2.2.2.1 *Prevención Especial Negativa.*

“La pena tendrá como objetivo que el delincuente peligroso se neutralizado, inocuizado, aislado por incapaz de convivir en sistema social” (Reátegui, 2009, p. 103).

“La prevención especial negativa confiere la pena la función de mantener al delincuente alejado de los demás, por tanto mantener a la sociedad fuera de



peligro, en otras palabras, inocuizarlo mediante un internamiento seguro destinado a neutralizarlo” (Ortiz citado por Villavicencio, 2014).

“Se entiende como prevención especial negativa o inocuización la finalidad de la pena es eliminar o neutralizar al reo; y como prevención especial positiva, o de la corrección, pues atribuye a la pena la función positiva de corregir al reo, de resocializarlo” (Velasquez, 2009).

2.2.2.2.2 *Prevención Especial Positiva.*

“La prevención especial positiva será en donde la pena debe buscar que el delincuente se recupere y se reintegre a la sociedad, es decir que las penas y medidas de seguridad sirven para la protección de bienes jurídicos y la reintegración del autor en la sociedad” (Reateguá, 2009).

Aunado a ello se tiene que la Constitución Política Peruana menciona en su artículo 139, inc. 22 que “el principio del régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del pena en la sociedad”.

De igual forma Rodriguez (citado por Villavicencio, 2014), señala que “la prevención especial positiva asigna a la pena una función que busca que el sujeto se reeduce, se resocialize y se integre nuevamente a la sociedad, de manera tal que ubica a la persona como una finalidad y no como un instrumento además de buscar su corrección o curación” (p. 65).

La prevención especial positiva busca darle una importancia al tratamiento penitenciario, con lo cual los grupos de tratamiento interdisciplinarios se imponen como los encargados de la política política



penitenciaria, por lo cual se designa el rol de mejorar moralmente a la persona humana para llegar al proceso ético de la sociedad y de la humanidad (Zaffaroni citado por Villavicencio, 2014).

2.2.2.2.3 *Prevención General Negativa.*

Reateguí (2009) manifiesta que la prevención general negativa o intimidatoria es la que pretende disuadir al infractor mediante el mero castigo penal.

“La prevención general negativa busca inhibir a las personas en la comisión del delito mediante intimidación o disuación de éstas a través de la aplicación de la pena. En este sentido, se orienta a evitar que se produzcan nuevos delitos, generando temor a la colectividad” (Villavicencio, 2014, p. 57).

Podemos hablar de prevención social negativa o de intimidación cuando se atribuye a la pena el fin de disuadir a la sociedad mediante la amenaza de dicha aplicación de pena y su utilización generando de esta forma una advertencia para no incurrir en dichos actos (Velasquez, 2009).

2.2.2.2.4 *Prevención General Positiva.*

“La prevención general positiva busca la afirmación del derecho en un Estado social y democrático. Para limitar la tendencia a caer en un error penal por medio de una progresiva agravación de la amenaza penal” (Villavicencio, 2014, p. 59).

Zaffaroni (citado por Villavicencio, 2014) manifiesta que la prevención general positiva debe ser entendida como:



La que se dirige a la colectividad y busca producir en ella la fidelidad y el interés hacia la fuerza y la eficacia de la pena halladas en las sentencias. Con ello, busca que la ciudadanía crea en sus instituciones y lleve a la integración de la misma con actividades judiciales. En este sentido, la criminalización tendría su base en un efecto positivo sobre los sujetos no criminalizados, pero no para disuadirlos por medio de la intimidación, sino como un valor simbólico que origine consenso y, consecuentemente, refuerce su confianza en el sistema social en general y sistema penal, en particular (p. 59).

La prevención general positiva distingue tres efectos, siendo que el primero es el efecto de aprendizaje, motivado social-pedagógicamente mediante una suerte de advertencia hacia la población que indica que cosas se encuentran o no prohibidas. El segundo efecto es el de confianza que se origina cuando la sociedad logra apreciar la actividad y el cumplimiento de la justicia penal, es decir que la sociedad vea resultados de la aplicación de penas tanto en si misma como colectividad como en las personas que se hayan rehabilitado. Y como tercer efecto el de pacificación que ocurrirá cuando se produzca tranquilidad en la conciencia jurídica general, mediante la sanción sobre el quebrantamiento de la ley y se considera solucionado el conflicto con el autor (Roxin citado por Villavicencio, 2014).

Al respecto Velasquez (2009), señala que “puede hablarse de una prevención general positiva cuando se le asigna a la pena la función real de asegurar la fidelidad de los asociados al orden constituido y a las instituciones, o la estabilización de la conciencia del derecho a partir del entendimiento de éste como una forma más de control social” (p. 256).



2.2.2.3 Teorías Mixtas.

Reátegui (2009) manifiesta respecto a dichas teorías que consideran que la pena es una retribución, ya que al aplicarlas se supone un mal al hecho punible que se habría cometido, siendo que la retribución marca a través de la culpabilidad, el límite de la intervención penal del estado; sin embargo dicha pena no se agota solamente en la retribución sino que, adicionalmente su finalidad será la prevención de la comisión de futuros delitos.

La pena no se agota en el mero castigo, sino que también ha de prevenir la comisión de otros delitos por parte de los demás asociados, proteger a la sociedad de la capacidad delictiva del culpable, y en fin, resocializar al penado por medio de la ejecución humanitaria de la pena, teniendo como panorama, una vez más, el fundamento y las limitaciones de la pena. Toda pena, sobre todo la pena privativa de libertad debe contribuir en fortalecer de nuevo en el condenado el respeto por el Derecho y hacer que regrese, por sí mismo y por su propio convencimiento, al camino del orden (Reátegui, 2009, p. 107).

Berdugo citado por Villavicencio (2014) señala respecto a las teorías mixtas, que concentran en la pena varias características de las teorías absolutas y relativas siendo que la misma deber ser justa y útil, de manera tal que debe reprimir tomando en cuenta la culpabilidad y la proporcionalidad con respecto al hecho delictivo y a la vez prevenir la comisión de nuevos delitos de manera tal que conseguirá ser justa y útil.

Velasquez (2009) señala que dichas teorías plantean una solución de compromiso al afirmar que el sentido de la pena es la retribución y su fin es la prevención general y especial, siendo que se trataría de desechar los puntos negativos de las posturas mencionadas anteriormente y valor los beneficios de cada una,



indicando por que ejemplo que la retribución tiene la gran ventaja de servir como límite del ius puniendi del estado ya que da la posibilidad de determinar cuál es la magnitud de la pena y al mismo tiempo se evita que pena se imponga como escarmiento a la persona que cometió el hecho ilícito y a la comunidad.

La medición de la pena por parte del juez debe someterse a ciertos límites, uno de ellos es que la pena no puede sobrepasar la culpabilidad del autor, del mismo modo esta debe cumplir las exigencias de prevención general y deberá ejecutar de forma que se logre la resocialización del delincuente (Mir Puig, 2003)

2.2.2.3.1 *La Teoría Diferenciadora.*

Esta teoría es defendida por Schmidhäuser citado por Villavicencio, (2014) quien señala que se debe partir de una distinción entre las teorías de la pena, donde la finalidad de la pena debe ser la prevención general, pero ya no entendida como medio necesario de evitar todo delito, siendo dicho fin imposible, en cambio busca impedir la ejecución de delitos en la medida que sea posible.

Schmidhäuser citado por Velasquez (2009), afirma que respecto a la teoría diferenciadora esta distingue la pena como fenómeno social totalizador dado que en tiempos de la conminación legal abstracta predomina la idea de prevención general; en el judicial será la justicia; en el de ejecución será la tutela del condenado junto a ella la prevención especial y finalizando con que los órganos de persecución penal buscan establecer los hechos y poner a sus autores a disposición de los tribunales; los jueces, quienes buscan hacer justicia al valorar los hechos conforme las exigencias de la prevención especial y los



funcionarios que pretenden hacer útil la estancia en prisión de los condenados para así proponer su reincorporación a la sociedad y de esta forma lograr que la persona que cometió el ilícito pueda reconciliarse con su sociedad y esta con él

2.2.2.3.2 *La Teoría Dialéctica.*

Defendida por Roxin citado por Villavicencio, (2014), quien considera que “es necesario conservar los aspectos acertados de cada teoría, en una concepción amplia donde las críticas y deficiencia de éstas sean amortiguadas por medio de un sistema de reciprocidad, complementación y restricción” (p. 67).

Aunado ello se elaboran cuatro principios a los cuales debe sujetarse la pena los cuales son presentados también por Roxin citado por Velasquez, (2009).

Sirve a la reinserción social del delincuente y a la protección de la comunidad; no puede sobrepasar en su gravedad el grado de culpabilidad del infractor; se puede imponer una pena inferior a la que corresponda atendiendo el grado de culpabilidad, siempre y cuando sea preciso para conseguir la reinserción social del individuo y la protección de la comunidad. Y para terminar, dentro de lo posible la pena no debe imponerse en una extensión mayor que la exigida por la reinserción social del delincuente, dado que ella protege a la comunidad (p. 259).



2.2.3 Clases de Penas.

2.2.3.1 *Penas Privativas de Libertad.*

“Lo que realmente caracteriza a las penas privativas de libertad es la obligación del condenado de permanecer durante el tiempo de la condena en el interior de un establecimiento, sometiéndose al régimen interno establecido” (Muñoz, 2002, pp. 524-525).

“La pena privativa de libertad impone al condenado la obligación de permanecer encerrado en un establecimiento, la más de las veces carcelario. El penado pierde su libertad ambulatoria por un tiempo de duración variable que va de la mínima de días hasta la cadena perpetua” (Villa, 2014, pp. 553-554).

Peña Cabrera citado en Urquizo (2019), entiende a las penas privativas de libertad como las que motivan internamiento en un establecimiento carcelario, pudiendo ser temporal o de cadena perpetua.

“La pena privativa de libertad consiste en la privación de la libertad ambulatoria de la persona condenada por la comisión de un delito; resulta ser la pena más grave del ordenamiento jurídico; su duración puede ser temporal o de cadena perpetua” (Galvez citado en Reátegui, 2016, p. 2182).

2.2.3.1.1 *La pena de Prisión.*

Muñoz (2009) afirma sobre la pena de prisión que, pese a las restricciones que conlleva, sigue siendo la pena máxima, al menos si se considera que es la que tiene mayor efecto intimidatorio, es así que la pena de prisión es la más grave de las previstas en el ordenamiento, en la medida en que



contiene la privación del derecho a la libertad que, por ser considerado un derecho fundamental, está rodeado múltiples garantías.

Aunado a ello podemos afirmar que lo que más contribuyó al éxito de esta medida es que es una pena caracterizada por la separación del individuo respecto de la sociedad durante un cierto tiempo es que conlleva la posibilidad de imponer una sanción graduable cuantitativamente y adecuada a la gravedad del delito y con dicha característica se respeta el principio de proporcionalidad penal siendo dicho principio básico para una buena determinación de la pena (Muñoz, 2002).

De la misma manera la pena privativa de libertad es la más seria de todas ya que no solo afecta al condenado sino también a su familia; además se tiene que la doctrina dominante peruana considera que, en los delitos de escasa gravedad, la pena debería ser de otro tipo, dejando de lado las penas privativas de libertad cortas ya que no cumplirían con un fin lógico (Villa, 2014).

Velásquez (2009) se refiere a la prisión explicando que:

Esta sanción supone el internamiento del condenado en un centro penitenciario, donde debe ser privado de la libertad y sometido a un cierto régimen de vida específico. Sin embargo, lo anterior no significa que solo este privado del derecho a la libertad de locomoción, pues también se introducen restricciones a nivel de la libertad de expresión, de reunión y de manifestación, por ser inherente a la misma sanción a las restricciones al disfrute de la libertad sexual, de otros derechos civiles o de prerrogativas de índole económica y familiar. Se trata de una pena que ha estado presente en todas las etapas del desarrollo del género humano (pp. 1040-1041).



2.2.3.1.2 *La pena de Cadena Perpetua.*

Villa (2014), entiende a la pena de cadena perpetua como aquella que puede resultar intimidatoria siendo que opera como un mecanismo de prevención general negativo; y aunado a ello persigue el aseguramiento de la sociedad frente a sujetos considerados peligrosos.

La pena de cadena perpetua será una pena de indeterminada duración que fue incorporada en nuestro ordenamiento en el año 1992, siendo que inicialmente se la concibió únicamente para reprender formas agravadas de terrorismo, pero luego se amplió el espectro para sancionar delitos graves cometidos con violencia o por organizaciones criminales como por ejemplo, tráfico ilícito de drogas, robos, violación de menores, secuestro (Prado citado en Urquiza, 2019).

2.2.3.2 *Penas Restrictivas de Libertad.*

Son aquellas que, sin privar totalmente al condenado de su libertad de movimiento, le imponen algunas limitaciones, siendo que el código penal contempla a estas como la expatriación tratándose de nacionales y la expulsión del país, tratándose de extranjeros (Cobos & Vives citados en Villa, 2019).

2.2.3.3 *Penas Limitativas de Derechos.*

Estas serán una respuesta alternativa a la prisión y de tal manera serán penas impuestas de acuerdo a la culpabilidad del sentenciado y resultantes al criterio de un juez (Villa, 2014).



2.2.3.3.1 *Prestación de Servicios a la Comunidad.*

Consistiría esta pena en la prestación de determinadas horas de trabajo no remunerado y útil a la comunidad, prestado durante el tiempo libre, advirtiéndose sin embargo que no se tratan de trabajos forzados en favor de la comunidad sino que será realizado en instituciones educativas y municipales, asistenciales o en obras públicas, donde se debe tomar en cuenta las aptitudes del sentenciado (Jescheck & Hans citados en Villa, 2014).

2.2.3.3.2 *Limitación de Días Libres.*

Será una medida novedosa ya que no pretende afectar a la familia ni al trabajo del condenado pues la limitación de días libres se hará efectiva los fines de semana, siendo de esta forma un arresto provechoso ya que el periodo máximo fluctúa entre un mínimo de diez y un máximo de dieciséis horas por fin de semana, además de que el lugar del arresto será determinado con propósitos educadores y resocializadores dentro de jornadas que sean como mínimas de diez y máximas de ciento cincuenta y seis; aunado a ello, partiendo desde un punto de vista económico al estado le resultaría mejor la aplicación de esta pena ya que se trata de una pena de prevención y a la vez de resocialización, superando de esta forma la suspensión de la ejecución de la pena (Villa, 2014).

Esta pena aspira a cubrir el espacio de gravedad de conductas que anteriormente tenían previstas penas de prisión cortas, siendo que contienen el impacto punitivo ya que privan de algunos derechos al condenado, pero a su vez permite que la persona pueda mantener sus vínculos laborales, sociales y familiares (Muñoz, 2002).



Se entiende a esta pena como aquella sanción privativa de libertad en que se le impone al condenado una reclusión penitenciaria los fines de semana, siendo que dicha pena deberá ser purgada en un establecimiento carcelario que se encuentre cerca al domicilio del condenado, además de que dicha pena debe aplicarse a delitos de menor gravedad y ante los que no es viable ni necesario acudir a mecanismos de prevención para ejecutar la pena (Velasquez, 2009).

2.2.3.3.3 *Inhabilitación.*

Respecto a esta pena, Villa (2014) indica que esta pena consiste en la supresión de algunos derechos ciudadanos entre los cuales se encontrarán derechos políticos, sociales, económicos y familiares.

Nuestro Código Penal en su artículo 36° señala que los tipos de inhabilitación son:

1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque sea resultados de elección popular.
2. Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.
3. Suspensión de los derechos políticos señalados en la sentencia.
4. Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben precisarse en la sentencia.
5. Incapacidad para ejercer la patria potestad, tutela o curatela.
6. Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación



de la autoridad competente para la posesión o uso de armas de fuego, en caso de sentencia por delito doloso o cometido bajo el influjo del alcohol o las drogas.

7. Suspensión, cancelación o incapacidad permanente para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo.

8. Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que apropiadas al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.

9. Incapacidad definitiva para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica, centros de educación técnica productiva, institutos o escuelas de educación superior, instituciones de educación artística superior, universidades, escuelas de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional del Perú, Ministerio de Educación o sus órganos públicos relacionados, Juntas o Direcciones Educativas Regionales, Unidades de Gestión Educativa Local y, en general, en cualquier institución u organismo educativo, incluidos los centros de rehabilitación o rehabilitación, que desarrollen actividades permanentes o temporales relacionadas con la educación, la formación y la formación en cualquier materia. , incluidos los campos deportivo, artístico y cultural; así como el ejercicio de una actividad, profesión, ocupación u ocupación que implique la docencia, cuidado, vigilancia o atención de niñas, niños o adolescentes o estudiantes de educación superior, tanto técnica como universitaria; con respecto a las personas condenadas con una sentencia consensuada o ejecutable, incluido el grado de tentativa, por cualquiera de los siguientes delitos.



- a) Delitos de terrorismo tipificados en el Decreto Ley No 25475 y delito de apología del terrorismo tipificado en el artículo 316-A del Código Penal.
- b) Delitos de violación de la libertad sexual tipificados en el Capítulo IX del Título IV del Libro Segundo del Código Penal.
- c) Delitos de proxenetismo tipificados en el Capítulo X del Título IV del Libro Segundo del Código Penal.
- d) Delito de pornografía infantil tipificado en el artículo 183 A del Código Penal.
- e) Delito de proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos tipificado en el artículo 5 de la Ley No 30096.
- f) Delito de trata de personas y sus formas agravadas, tipificados en los artículos 153 y 153-A del Código Penal.
- g) Delito de explotación sexual y sus formas agravadas tipificados en el artículo 153-B del Código Penal.
- h) Delito de esclavitud y otras formas de explotación y sus formas agravadas, tipificados en el artículo 153-C del Código Penal.
- i) Delitos de tráfico ilícito de drogas de la Sección Segunda del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo del Código Penal.
- j) Delitos de homicidio simple y calificado tipificados en los artículos 106, 108 y 108-A del Código Penal.
- k) Delito de parricidio tipificado en el artículo 107 del Código Penal.



l) Delito de feminicidio y sus formas agravadas tipificados en el artículo 108-B del Código Penal.

m) Delito de sicariato y sus formas agravadas tipificados en el artículo 108-C del Código Penal.

n) Delito de secuestro y sus formas agravadas tipificados en el artículo 152 del Código Penal.

o) Delito de secuestro extorsivo y sus formas agravadas tipificados en el artículo 200 del Código Penal.

p) Delitos contra la humanidad (genocidio, desaparición forzada y tortura) tipificados en los capítulos I, II y III del Título XIV-A del Libro Segundo del Código Penal.

q) Delito de violación de la intimidad, por difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, y sus formas agravadas, tipificado en el artículo 154-B del Código Penal.

10. Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.

11. Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez.

12. Prohibición de comunicarse con internos o visitar establecimientos penitenciarios.

13. Incapacidad definitiva o temporal para la tenencia de animales.



2.2.3.4 *Pena de Multa.*

“La pena de multa se trata de una aceptable alternativa a la pena privativa de libertad pues sus ventajas; de cara a un derecho penal humanitario son evidentes, siendo que la gran mayoría de sistemas jurídicos emplean a la multa para la imposición de una consecuencia jurídica y en algunos casos como en Alemania, esta pena es de las más empleadas” (Villa, 2014, p. 562).

El Código Penal Peruano regula la pena de multa señalando las siguientes características:

- a) El monto a pagar en favor del Estado se fija en días – multa, que equivalen al ingreso promedio diario del condenado, determinando a partir de su salario, rentas, patrimonio, nivel de gasto y además signos exteriores de riqueza.
- b) La duración de la pena varía desde un mínimo de diez días a trescientos sesenta y cinco días multa.
- c) El límite del monto a pagar por el condenado en concepto de multa no podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario cuando viva exclusivamente de su trabajo.
- d) En cuanto a la oportunidad de pago, la ley establece que debe pagarse dentro de los diez días de pronunciada la sentencia, aun cuando el Juez dé la facultad para que de acuerdo con las circunstancias pueda permitir el pago de cuotas mensuales.

La pena multa será el pago de una determinada cantidad de dinero la cual argumenta como ventaja que, carece de efectos degradantes sobre el condenado, además de permitirle seguir en contacto con su medio social y familiar; y junto a ello seguir encargándose del propio mantenimiento en sociedad y el de la familia según se el caso; por otra parte, es graduable y adaptable a la situación económica del reo teniendo



un criterio de proporcionalidad dependiendo de la situación económica de la persona y finalmente no provoca gastos al estado sino por el contrario consigue ingresos para el mismo (Muñoz, 2002).

La multa será una pena que afecte el patrimonio siendo de esta forma el pago de un monto generando un menoscabo patrimonial, en otras palabras constituye una restricción de la libertad del condenado siendo que limita su economía; por lo tanto, la multa como pena contiene las características necesarias debido a que es un mal, afecta un bien jurídico, se aplica como retribución y persigue como finalidad que la persona entienda las pautas de comportamiento exigidas por la sociedad (Terragni citado en Reátegui, 2016).

2.2.4 Sobrecriminalización.

Con respecto de este punto, se debe abordar como una medida política la cual es explicada por Prado (2016) quien manifiesta:

Se expresa en forma de medidas complementarias que intensifican la punibilidad y punición de una conducta criminalizada. Es decir, inciden en el fortalecimiento del efecto punitivo que debe recaer como consecuencia negativa sobre el delito. La función de este tipo de decisión política criminal es hacer más severa la represión de un hecho punible mediante disposiciones que acentúan su persecución penal o que afecten la intensidad de las sanciones penales aplicables o en la mayor rigidez del régimen de ejecución penal que le corresponde. Son modalidades frecuentes sobre criminalización las siguientes (pp. 46-47).

1. Modificar cualitativa o cuantitativamente la pena del delito haciendo más grave su extensión y afectividad.
2. Incorporación o extensión de la pena de muerte o de prisión perpetua.



3. Eliminación de todo tipo de flexibilización punitiva (aplicación de medidas alternativas o efectos primiales) o de reducción del cumplimiento de penas (prohibición de toda clase de beneficios procesales o penitenciarios de excarcelación) para el acto criminalizado.
4. Incorporación de circunstancias agravantes específicas.
5. Inclusión de circunstancias agravantes cualificadas.
6. Eliminación de circunstancias atenuantes privilegiadas.
7. Ampliación diferenciada de los plazos de prescripción de la acción penal o de la pena.
8. Declarar imprescriptible la pena o el delito.
9. Reducción de la imputabilidad etárea para la responsabilidad penal de menores de edad.
10. Constitución de tribunales de excepción.
11. Juzgamiento de delitos y delincuentes comunes por tribunales militares.
12. Prohibición de acceso a garantías constitucionales como el hábeas corpus.

La sobrecriminalización tiene la tendencia de considerar que se podrá erradicar la criminalidad endureciendo penas y evitando beneficios, lo cual evidencia su falencia, ya que no existen estudios ni asesoramiento para establecer conductas determinadas como delitos, de manera tal que es una medida populista, por lo tanto, la sobrecriminalización se debe a la conducta desmesurada de los legisladores en un afán de utilizar al derecho penal como medio para combatir delincuencia, desnaturalizando de esta forma el principio de mínima intervención (Sandívar, 2017).

“Si las normas jurídico penales en realidad generarían los efectos que de ellas se esperan, en cuanto a la reducción significativa de las tasas de criminalidad, la delincuencia sería un problema casi resuelto para el Estado, pero no es así” (Peña Cabrera, 2017, p. 380).



2.3 Principio de Proporcionalidad

2.3.1 Conceptos.

Es el principio del actuar equilibrado y la prudencia que se debe ejercer, por lo que debe existir una estrecha relación entre la magnitud del hecho y la pena que le debe corresponder a la persona, siendo que este principio es una prohibición legal al exceso del castigo a conductas, además de ser un derivado del principio de intervención mínima, de manera tal que, la proporcionalidad debe fijar un intermedio entre una pena necesaria que corresponda a la culpabilidad de la persona que cometió un delito sin mediar un criterio de venganza (Villa, 2014).

Mir Puig (2003) indica respecto a este principio que la gravedad de la pena debe tener una relación con el hecho cometido en cuanto a su gravedad y también frente a la persona que la haya cometido, de manera tal que no debe ser posible castigar con una pena demasiado larga un hurto simple por ejemplo y tampoco una persona debe ser sometida a una medida privativa de libertad si demuestra no ser un peligro para la sociedad debido a que cometió un hecho de poca trascendencia (p. 141).

Jaén Vallejo citado en De la Mata (2014) explica sobre este principio que:

El principio debe vincular al juez con unos parámetros similares y en unos momentos normativos análogos a la hora de seleccionar la concreta regla legal de resolución del conflicto, interpretar los contornos del tipo penal, desechar la punición de conductas de escaso desvalor, elegir la sanción eficaz para los fines de protección que la norma perseguir y sancionar mínimamente cuando las facultades de elección no permitan la imposición de una pena estricta o internamente proporcionada en comparación con los beneficios que comporta la aplicación de la norma y no sea posible la falta de subsunción o la justificación o la exculpación del comportamiento (p. 217).



“También llamado prohibición de exceso es que el que consiste en la búsqueda de un equilibrio entre el poder penal del Estado, la sociedad y el imputado. Constituye un principio básico respecto de toda intervención gravosa de este poder, directamente a partir del principio de Estado de Derecho” (Villavicencio, 2014, p. 115).

Conforme a lo señalado anteriormente se tiene que la proporcionalidad viene acompañada de criterios previos como que sea el último recurso además de satisfacer una necesidad de castigo frente a hechos delictivos; sin embargo, no debemos entender a la proporcionalidad como una equivalencia entre delito y pena sino que se entenderá a la pena como un mal de carácter mínimo frente al grado de necesidad que surge de la falta de otros instrumentos de respuesta que no se califiquen como violencia (Binder citando en Villavicencio, 2014).

La necesidad de proporcionalidad constituye también una exigencia del Estado democrático: un derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan. Exigir proporción entre delitos y penas no es en efecto, más que pedir que la dureza de la pena no exceda de la gravedad que para la sociedad posee el hecho castigado. Confiar en la actualidad con la pena de muerte el tercer hurto, contradiría abiertamente la actual significación social del hurto (Pereda citado en Mir puig, 2003, p. 142).

Zaffaroni y Maurach citados en Villavicencio (2014) indican que “la importancia de este principio radica en que jerarquiza las lesiones y establece un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas relacionadas a cada conflicto criminalizado, además que mantiene una adecuada relación con el fin preventivo” (p. 117).



El principio de proporcionalidad constituye una expresión de la idea de maximizar libertades sean colectivas como individuales, de manera tal que estas solo deben limitarse para proteger la libertad de la sociedad con razones proporcionadas; aunado a ello, este no es un principio que tenga prohibiciones, sino que obliga a analizar en cada caso una relación entre fin y medio (De la Mata, 2014).

De la Mata (2014) refiere que respecto a este principio debemos tener en cuenta la forma en la que se establece, indicando que es o no proporcionado, explicando esto de la siguiente forma:

El principio comporta no solo la interdicción de la pena excesiva respecto a su fin, sino también la que resulte inecesaria para alcanzarlo en relación con otras medidas posibles, concepción que es la que acostumbra a descomponerse en los principios, subprincipios o requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a los que en ocasiones se incorpora la exigencia de relevancia social del bien jurídico protegido o de la finalidad de la medida objeto de control, analizada normalmente en el seno del juicio de idoneidad (p. 211).

Mir Puig (2014), manifiesta respecto a este principio que es un límite constitucional para la intervención de cualquier poder público que pueda afectar derechos fundamentales, de esta forma es reconocido por la doctrina y la jurisprudencia, presentado como límite de límites; de otra parte, la necesidad del mismo radica en tener en cuenta el coste que representa una limitación de un derecho respecto del beneficio que supone para otro bien jurídico y junto a todo lo mencionado anteriormente el juicio de proporcionalidad es necesario porque cuando se aplica no entran en conflicto simples reglas, sino principios que tienen la misma categoría, por lo cual el razonamiento debe



ser bien avanzado caso a caso haciendo imposible tener un único criterio ya que este se verá conforme los hechos que se presenten día a día.

Alexy citado en Mir Puig (2014) manifiesta que la idea de proporcionalidad es la que permite decidir si una determinada limitación de un principio se encuentra justificada en aras de la satisfacción de otro principio, lo que nos indica que este principio no es independiente, sino que es un criterio que debe ser utilizado cuando otros principios se encuentran enfrentados por lo cual es innegable que el principio de proporcionalidad deriva de la necesidad de considerar a todos los intereses que se encuentran dentro de un conflicto.

“Se trata de un principio de carácter relativo del cual no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino solo por preferencia al caso concreto, según la relación medio a fin que, eventualmente, gradúe el límite o gravamen de la libertad, con los bienes, valores o derechos que pretenda satisfacer; por ello pues, se dice que es un axioma racional en cuanto compara dos magnitudes: los medios a la luz del fin” (Barnes citado en Velasquez, 2009, p. 75).

Nuestro código penal también define al principio de proporcionalidad en su artículo VIII, donde indica que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes (Decreto Legislativo N° 365, 1991).

Maurach (citado en Urquiza, 2019) manifiesta respecto a la naturaleza de dicho principio es una prohibición del exceso a toda intervención estatal gravosa, por lo cual tiene rango constitucional ya que la intervención gravosa a la esfera jurídica de la



persona deberá ser proporcional conforme al medio empleado; de este modo existirá una prohibición de exceso que representará una relación de medio a fin. Aunado a ello y según el criterio del presente principio no será procedente ordenar una medida de corrección cuando esta sea desproporcionada frente a los actos ilícitos que haya cometido una persona, por lo cual tendrá además un fin preventivo.

Respecto a sus implicancias procesales Urquiza (2010) manifiesta que:

El principio de proporcionalidad se presenta como un límite al ejercicio de ius puniendi del estado, en cuanto cualquier incompatibilidad debe resolverse a favor del mantenimiento del principio de proporcionalidad en virtud de lo que él representa dentro del Derecho Penal: la justicia, la libertad e igualdad. Para ello, el principio de proporcionalidad debe poseer las siguientes características: 1) El medio utilizado por el legislador de ser adecuado y necesario para alcanzar el objetivo propuesto. 2) Será el medio adecuado aquel que pueda lograr el resultado deseado. Es necesario cuando el legislador habría podido optar por un medio distinto, igualmente eficaz que no limitara o lo hiciera en menor medida, el derecho fundamental. 3) La pena con que se amenaza la conducta antijurídica debe encontrarse en relación con el hecho y con la culpabilidad del autor. La pena no debe ser desproporcionada ni inhumana con relación al caso que se resuelve. Bajo el principio de proporcionalidad se exige que el juez limite al máximo la aplicación de la pena (p. 67).

2.3.2 Subprincipios del Principio de Proporcionalidad.

2.3.2.1 Subprincipio de Idoneidad.

“Constituye un criterio de carácter empírico que hace referencia tanto desde su perspectiva objetiva como subjetiva las intromisiones llevadas a cabo en los derechos ciudadanos faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación



qualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación” (Gonzales citado en Velasquez, 2019, p. 78).

La idea de idoneidad busca entender cual es la pretensión del derecho penal y aceptar que si su idea es la prevención de delitos la pena debe ser útil para la mencionada finalidad y en caso no exista finalidad, la idoneidad no tendría sentido alguno, por lo que la intervención penal idónea se avocará a prevenir la comisión de actos contrarios al derecho atendiendo de esta forma a la finalidad de la pena (De la Mata, 2014).

El denominado principio de idoneidad también puede ser llamado de adecuación, razonabilidad o congruencia, de manera tal que tendrá cuatro características esenciales, siendo la primera que debe tener un rango constitucional para de esta forma poder limitar algunos derechos que se encuentran en el mismo rango por ejemplo la libertad; en segundo lugar la idoneidad tiene un carácter de empírico ya que se caracteriza por revisar el fin y el medio de la pena que será impuesta; en tercer lugar, este subprincipio debe ser concebido de forma flexible, siendo que la pena a imponerse debe facilitar el fin perseguido y; en cuarto lugar la idoneidad de ser aplicada tanto en el plano objetivo y subjetivo de manera que no basta con revisar solamente la aptitud de la medida sino que es indispensable que el órgano la adopte también (Velasquez, 2009).

Gonzales (citado en Velasquez, 2009) argumenta que este principio de idoneidad implica una adecuación cualitativa de manera tal que las penas sean las correctas conforme a sus fines previstos; tendrá una adecuación cuantitativa ya que la pena a imponerse debe tener una intensidad y duración acordes a la finalidad de pena. Finalmente la idoneidad implica una adecuación en la determinación del ambito



subjetivo de aplicación, la cual significa que se debe individualizar a las personas sobre las cuales recaerá la pena.

Aguado (citado en Velásquez, 2009) indica que:

“Solo puede y debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz e idóneo para prevenir el delito, debiéndose evitar su ingerencia cuando desde el punto de vista político-criminal se evidencie como inoperante, ineficaz o inadecuada, o cuando se muestre contraproducente para la prevención de los delitos; por ello, se puede afirmar que se trata de un axioma propio del Derecho Penal” (pp. 81-82).

Rubio (2011) indica respecto a este subprincipio que debemos tener en cuenta el hecho y la finalidad perseguida de la sanción, lo que significa que se debe hacer una reflexión ante los hechos que producirán un trato diferente, además de que la sanción deba cumplir una finalidad. Aunado a ello, toda injerencia en los derechos fundamentales debe tener la capacidad de fomentar un objetivo legítimo, en otras palabras este subprincipio tiene un objetivo y también cautela que la medida utilizada sea suficiente.

Nuestro Tribunal Constitucional también se ha pronunciado respecto de este subprincipio indicando en su sentencia contenida en el Exp. 0045-2004-PI-TC que:

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. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin



constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional.

2.3.2.2 Subprincipio de Necesidad.

Velasquez (2009) mantiene la postura de que este subprincipio se afirma que es constitucional ya que se encuentra amparado dentro de nuestra constitución, de otra parte es comparativo ya que no solo limita la medida restrictiva sino que busca la medida idónea para sancionar a la mala conducta, de manera tal que este subprincipio busca entre muchas alternativas la menos gravosa, pero que sin embargo sea la que corresponda al acto ilícito que se habría cometido. Además, la necesidad significa que el estado solo usará su poder penal en la medida que sea imprescindible y otros medios no puedan afrontar algún hecho de mejor manera.

El principio de necesidad tendrá como uno de sus fines que la intervención penal sea el último recurso utilizado por el estado, buscando de esta forma que sea de última ratio, y dentro de ella que la sanción que se imponga sea la menos lesiva dentro de todas las alternativas para conseguir la finalidad de protección tanto de la sociedad como el fin de reinserción de la persona a la misma (Rubio, 2011).

“De tal manera que el legislador está obligado a observar la máxima economía que se disponga a la hora de configurar los delitos en la ley, y el juez está compelido a utilizar las consecuencias jurídicas imponibles solo cuando ello sea estrictamente indispensable y debe contar con mecanismos sustitutivos que atemperen el rigor de la sanción penal” (Cobos citado en Velasquez, 2009, p. 84).

De la Mata (2014), manifiesta que la necesidad requiere una intervención menos agresiva pero que tenga mayor o igual grado de eficacia de manera que se evitaría una



restricción de libertad innecesaria ya que la medida que se tomará, debe ser razonable en función a lo que se pretenda proteger tomando en cuenta cuánto y cómo se necesite hacerlo.

Luzón (citado en Velasquez, (2009) manifiesta que la idea de necesidad de la pena:

No puede confundirse con la de merecimiento de pena, concepto que, desde un punto de vista formal, se distingue porque el primero significa que la conducta del autor es acreedora a una pena, mientras que el segundo supone que la pena se necesita. En terminos más precisos, puede decirse que el merecimiento de pena expresa un juicio global de desvalor sobre el hecho, en la forma de una desaprobación especialmente intensa por concurrir un injusto culpable especialmente grave que debe acarrear un castigo, mientras que la necesidad de la pena presupone el merecimiento de una pena y significa que un hecho en sí merecedor de pena además necesita ser penado, ya que en el caso concreto no existe ningún otro medio disponible que sea eficaz y menos aflictivo (p. 86).

Al respecto Velasquez (2009) menciona que “las penas privativas de libertad deben construir la última ratio de la política criminal y a ellas sólo se de acudir cuando se haya descartado la posibilidad de obtener el fin legítimo perseguido con la conminación penal, con base en medios menos dañinos y graves” (p. 87).

2.3.2.3 Subprincipio de Proporcionalidad en Sentido Estricto.

Este postulado proviene en su sentido estricto de verificar que la sanción sea razonable conforme al acto ilícito, todo esto luego de haberse verificado previamente la idoneidad y la necesidad de la medida, de modo tal que si el sacrificio de los derechos individuales de una persona es razonable y proporcional frente al interés colectivo que



se pretende salvaguardar; en otras palabras, esta parte juntará y pondrá en una balanza el interés general frente a la afectación de un derecho fundamental de una persona y determinando un actuar proporcional y correcto, teniendo de esta forma un postulado valorativo debido a que considera el tema de medio-fin; será valorativo ya que observará valores e intereses del caso en concreto por lo cual se busca determinar un medio razonable y proporcionado acorde al fin perseguido y finalmente tendrá carácter de formal ya que obliga a examinar los diferentes temas dependiendo de cada caso en particular, asegurando de esta forma que una determinada sanción será debidamente fundamentada desde todos sus puntos y por lo tanto proporcional desde cualquier punto de vista (Velasquez, 2009).

Este subprincipio necesita de un juicio de ponderación de la importancia de restringir un derecho y la importancia de los bienes a cuya protección ha de servir la intervención del estado; de manera que, una vez comprobada la idoneidad y la necesidad, se necesita comprobar el costo de la intervención penal siendo que esta no sea mayor al beneficio que se persigue, por lo tanto en este punto se exige que el interés que se espera proteger sea proporcional a la intervención del derecho penal, de modo que dicha sanción no sea más grave que el mal que se pretende evitar (Mir Puig, 2014).

La máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión (Mir Puig, 2014, p. 345).



Ubicándonos en el derecho penal de manera específica el principio de proporcionalidad en su sentido estricto:

Supone que el uso de la intensidad de la sanción debe estar limitado de acuerdo a la gravedad del hecho repimible cometido, y/o de los riesgos objetivos o subjetivos de comisión de una infracción futura. En otras palabras: la exigencia de proporcionalidad debe determinarse prevaliéndose de un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido con la contaminación penal, de tal manera que se precise si las medidas adoptadas son o no proporcionadas a la defensa del bien que da origen a la restricción. Ello significa, como lo ha puesto presente la doctrina española, que el principio opera tanto en el ámbito legislativo como en el judicial: en el primero o proporcionalidad abstracta, el legislador está obligado a señalar una sanción que se corresponda con la gravedad del injusto cometido, acorde al desvalor de acción y con el desvalor de resultado; esto es, la pena debe señalarse en la ley para tener en cuenta tanto la entidad del bien jurídico tutelado como el elemento subjetivo del desvalor de acción atendiendo a si el obrar del agente es doloso, culposo o preterintencional, ello según los fines que se busca con la imposición de la sanción, su teología. En lo que respecta a la proporcionalidad concreta, esto es, en el momento de la interpretación y aplicación judicial de la pena, la individualización de la sanción se debe efectuar con base tanto en la mayor o menor gravedad del injusto con lo que son evidentes los nexos con la aptema de protección de bienes jurídicos como en la mayor o menor gravedad de la culpabilidad, lo que muestra las relaciones entre la aptema en estudio y el principio de culpabilidad, sin olvidarlas finalidades preventivas cuando se piensa en el concepto de individualización en sentido amplio (Cobo, Aguado y otros citados en Velasquez, 2009, pp. 89-90).

Exige imponer la sanción penal menos restrictiva posible a fin de no sacrificar la libertad de una persona innecesariamente, para lo cual, en primer lugar se debe tomar



en cuenta los subprincipios anteriores, siendo que este subprincipio exige que los medios de actuación del estado ya sean idóneos o necesarios tengan relación con fin perseguido ubicando una ponderación entre la restricción de derechos y el fin perseguido por las penas impuestas (Berdugo citado en De la Mata, 2014).

2.4 Agresiones en Contra de la Mujer o Integrantes del Grupo Familiar.

2.4.1 Conceptos.

La ley N° 30364 define la violencia contra la mujer como toda acción o comportamiento que por su condición de tal cause la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como en el privado, en adelante entendida como violencia contra las mujeres:

- a) La que tiene lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer. Estos incluyen violación, maltrato físico o psicológico, abuso sexual entre otros.
- b) La que ocurre en la comunidad, es perpetrado 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 se perpetrada o tolerada por los agentes del estado, donde quiera que ocurra.

Junto a ello la ley anterior también define a la violencia en contra de los miembros del grupo familiar como cualquier acto 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, teniéndose especial atención con las niñas, niños, adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad.

2.4.2 Tipos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar

La ley N°30364 indica que los tipos de violencia son: violencia física, psicológica, sexual y económica o patrimonial.

2.4.2.1 Violencia Física

La ley N°30364 define a la violencia física como la acción o conducta que lesiona la integridad física o la salud. Incluye el maltrato por negligencia, descuido o por privación de las necesidades básicas, que ha causado daño físico o que puedan llegar a ocasionarlo, sin importar el tiempo que tarde en recuperarse.

2.4.2.2 Violencia Psicológica

La ley N°30364 define a la violencia psicológica como un acto o conducta, destinado a controlar o aislar a la persona en contra de su voluntad, a humillarla o avergonzarla y que puede causar ocasionar daños psíquicos. Daño psíquico es la afectación o alteración de algunas de las funciones o capacidades mentales de la persona, provocada por un hecho o conjunto de situaciones de violencia, que determina un menoscabo temporal o permanente, reversible o irreversible de las funciones integrales anteriores.

Los test psicológicos son instrumentos que permiten la determinación y evaluación de los aspectos mentales de una persona, midiendo entre otros la madurez, como se organiza, los impulsos que pueda tener una persona, sus frustraciones y mecanismos de defensa, relaciones sociales y demás (Peña Cabrera, 2017).



“La información que ha de suministrar la psicología y la psiquiatría son trascendentales para medir la incidencia, las consecuencias producidas por la comisión del hecho punible en las esferas más internas de las víctimas” (Pabón citado en Peña Cabrera, 2017, p. 294).

“Se apunta que la pericia psicológica es una opinión profesional y especializada del perito interviniente, que se debe referir únicamente a la necesidad de orden extrajurídico que indica el proceso, con lo que se concluye que los resultados de los test o las proyecciones de personalidad, en sí mismos constituyen un informe técnico, pero no un dictamen pericial” (Machado citado en Peña Cabrera, 2017, p. 394).

2.4.2.3 Violencia Sexual

La Ley No. 30364 define la violencia sexual como actos de naturaleza sexual cometidos contra una persona sin su consentimiento o bajo coacción. Incluyen actos que no implican penetración o contacto físico. Asimismo, la exposición a material pornográfico se considera tal y viola el derecho de las personas a decidir voluntariamente su vida sexual o reproductiva, mediante amenazas, coacción, uso de la fuerza o intimidación.

2.4.2.4 Violencia económica o patrimonial

La ley N°30364 define a la violencia económica o patrimonial como una acción u omisión destinada a dañar los recursos económicos o patrimoniales de cualquier persona, a través de:

- a) La alteración de la posesión, tendencia o propiedad de sus bienes.



- b) La pérdida, robo, destrucción, retención o apropiación indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales.
- c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o la privación de la forma indispensable para vivir una vida digna; así como evitar el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias.
- d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por la misma tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

2.4.3 Consideraciones Especiales

“Resulta legítimo para el estado intervenir ante esta clase de comportamiento socialmente negativo, amén de reducir de forma significativa dicha conflictividad y, para ello, debe hacer uso de los mecanismos e instrumentos jurídicos aducados, con arreglo al principio de proporcionalidad” (Pena, 2017, p. 379).

Peña Cabrera (2017) manifiesta que el presente delito presenta muchas problemáticas, siendo que se instrumentalizó al Derecho Penal con fines populistas teniendo un fin equivocado ya que el legislador cree que la amenaza de la pena producirá efectos motivadores para que otras personas no cometan el delito, en consecuencia, durante los últimos años las reformas penales que se han realizado han tenido tres etapas fácilmente distinguibles siendo que primero, se incluyen a la legislación nuevas figuras delictivas, en segundo lugar se le agregan circunstancias agravantes y finalmente se aumentan de forma drástica los marcos penales contraviniendo los principios de proporcionalidad y de culpabilidad.



“El parlamento no puede legislar en materia penal, según los valores acuñados por ciertos sectores de la sociedad civil, pues su relatividad, abstracción y vaguedad conceptual, lleva a la penalización de situaciones que no justifican ser alcanzadas por una pena” (Peña Cabrera, 2017, p. 380).

El derecho penal no puede ser considerado como instrumento para reivindicar al género femenino, pues, aunque ello no se haya manifestado directamente de los tipos analizados, dicho trasfondo ha sido la corriente que siguieron los proyectos de penalizar la violencia familiar. De manera que sostiene que resulta inaceptable desde el punto de vista de los principios constitucionales y de los principios de la dogmática jurídico-penal, que pueda concederle un trato punitivo diverso a un determinado acto delictivo de violencia doméstica si el autor es hombre y la víctima mujer, o más concretamente mujer que sea o haya sido esposa, concubina o novia con o sin convivencia (Polaino citado en Peña Cabrera, 2017, p. 380).

Los jueces y fiscales tienen una errada interpretación del tipo contexto de violencia lo que ha generado una sobrecarga y riesgo de colapso del sistema, en ese sentido el problema del contexto de violencia es un elemento normativo del tipo, por lo que no se puede realizar una interpretación del contexto de violencia como un elemento descriptivo (Mendoza, 2019).

El contexto de violencia no puede ser tratado como una imputación simple con simples pruebas evidentes, por el contrario debe llevarse a través de un proceso común y no apresurarse a recurrir a un proceso inmediato, ya que se debe valorar según cada caso si se presenta o no ese contexto de violencia y en su defecto corresponde tipificarlo como faltas, sería iluso pensar que el derecho pueda resolver ese tipo de problemas sociales ya que estas no pueden ser resueltas de otra manera, con medios idóneos (Mendoza, 2019).



La casación N°246-2015-Cusco citada en Mendoza (2019) menciona:

La diferencia entre conflicto familiar y violencia familiar haciendo una distinción cualitativa entre ambos, así un conflicto familiar, por desacuerdos conyugales o fraternales, paterno filiales pueda dar lugar a que en la dinámica de esa relación se produzca de manera esporádica una agresión verbal o física, en cambio la violencia familiar tiene otra entidad, es estructural y esta cargada de componentes que configurados todos otorgan un mínimo de racionalidad al despliegue del poder punitivo.



CAPÍTULO III

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS HALLAZGOS

3.1 Resultados del Estudio

Para poder conocer la percepción de los magistrados y abogados respecto al tema de investigación se aplicó un cuestionario de preguntas, el cual indica los siguientes resultados.

- 1) Se les preguntó tanto a magistrados como a abogados litigantes en materia penal si consideraban que la criminalización de las agresiones físicas contra las mujeres o integrantes del grupo familiar vulnera el principio de proporcionalidad, de manera tal que un 60% afirma que el principio de proporcionalidad se encuentra vulnerado por la criminalización de las agresiones físicas y un 40% indica que la criminalización de dichas agresiones no vulnera al mencionado principio.
- 2) Se les preguntó si consideraban que el efecto intimidatorio de la criminalización resulta ineficaz en alta medida para prevenir la comisión de futuros delitos, siendo que el 40% manifestó que no y el 50% indicó que si resulta eficaz.
- 3) Aunado a ello el 60% considera la imposición de la pena efectiva en el delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar resulta ineficaz, mientras que el 40% opina que la pena efectiva si es eficaz para prevenir y sancionar este delito.
- 4) Respecto a la criminalización de las agresiones contra mujeres o integrantes del grupo familiar el 90% de los encuestados indica que no es una medida populista y una manifestación del derecho popular simbólico, mientras que solo el 10% indica que si.
- 5) Se les preguntó si consideran que la criminalización de las agresiones contra las mujeres o integrantes del grupo familiar es adecuada e idónea para prevenir las causas de este



delito, a lo cual un 70% opina que no es la medida correcta, mientras que el 30% opina que dicha medida si es adecuada e idónea.

- 6) Se les preguntó si consideran que la pena privativa de libertad efectiva resulta ineficaz para evitar futuros delitos, a lo cual el 70% indica que es ineficaz, mientras que el 30% indicó que dicha medida es eficaz.
- 7) También se les preguntó sobre si el legislador modifica el ordenamiento jurídico sin tomar en el cuenta el principio de proporcionalidad, siendo que el 90% opina que si, mientras el 10% manifiesta que no.
- 8) Finalmente se les preguntó si consideran que la exigencia de la sociedad para que este tipo de delito sea sancionado severamente es una causa de afectación al principio de proporcionalidad, a lo cual un 70% afirma que si, mientras que el 30% indica que no.

A continuación se presentará un cuadro en el cual se indicarán las preguntas hechas a los magistrados y abogados litigantes, con los porcentajes correspondientes a sus respuestas, para que así se tenga un mejor entendimiento sobre el cuestionario realizado y la percepción de los encuestados:

PREGUNTAS REALIZADAS A LOS MAGISTRADOS Y ABOGADOS LITIGANTES SOBRE LA AFECTACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PENAL EN EL DELITO DE AGRESIONES EN CONTRA DE LA MUJER O INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR.	PORCENTAJE	PORCENTAJE
	SI	NO
¿Considera que la criminalización de las agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar vulnera el principio de Proporcionalidad?	60%	40%
¿Considera que el efecto intimidatorio de la criminalización resulta ineficaz en alta medida para prevenir la comisión de futuros delitos?	60%	40%



¿Considera que, para prevenir y sancionar su comisión, resulta ineficaz en alta medida la imposición de una pena efectiva en este delito?	60%	40%
¿Considera que la criminalización de las agresiones contra las mujeres o integrantes del grupo familiar es una medida populista y una manifestación del derecho popular simbólico?	10%	90%
¿Considera que la criminalización de las agresiones contra las mujeres o integrantes del grupo familiar es adecuada e idónea para neutralizar las causas de este delito?	30%	70%
¿Considera que la condena a pena privativa de libertad efectiva, por el delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar resulta ineficaz para evitar futuros delitos?	70%	30%
¿Considera que el legislador modifica el ordenamiento jurídico sin tomar en cuenta el principio de proporcionalidad generando una afectación directa al mismo?	90%	10%
¿Considera que la exigencia de la sociedad para que este delito sea sancionado severamente es una causa de afectación al principio de proporcionalidad?	70%	30%

3.2 Análisis de Hallazgos

A continuación se realizará el análisis de los resultados mostrados líneas arriba, para lo cual nos referiremos a cada pregunta de manera separada.

- 1) Respecto a la pregunta : ¿Considera que la criminalización de las agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar vulnera el principio de Proporcionalidad? Se puede interpretar que la mayoría de los encuestados si consideran que se está



vulnerando el principio de proporcionalidad ya que la criminalización del delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar es desproporcionada.

- 2) Respecto a la pregunta: ¿Considera que el efecto intimidatorio de la criminalización resulta ineficaz en alta medida para prevenir la comisión de futuros delitos?, podemos interpretar que dicho efecto resulta ineficaz según el criterio de los encuestados, esto ya que debido a que el estado debe tomar medidas más idóneas y previas, como por ejemplo la educación previa sobre este tipo de violencia, por lo cual será necesario, no solo criminalizar dicha conducta sino trabajar previamente en las causas de esta, para así generar un verdadero cambio y así reducir significativamente la perpetración de este delito.
- 3) Respecto a la pregunta: ¿Considera que, para prevenir y sancionar su comisión, resulta ineficaz en alta medida la imposición de una pena efectiva en este delito?, podemos interpretar que los encuestados indican que si dicha medida si es ineficaz, debido a muchos factores, por ejemplo al imponer una medida de tal envergadura se afecta directamente el núcleo familiar ocasionando una separación de la familia en muchos casos, esto directamente va en contra del rol protector de la familia como núcleo de la sociedad que protege el estado.
- 4) Respecto a la pregunta: ¿Considera que la criminalización de las agresiones contra las mujeres o integrantes del grupo familiar es una medida populista y una manifestación del derecho popular simbólico?, podemos interpretar que el criterio de la gran mayoría de los encuestados considera que esta criminalización no es una medida populista como respuesta a una exigencia social que busca una solución al problema de violencia familiar en el cual se encuentra inmerso nuestro país, por lo cual la percepción de los encuestados confirma dicha criminalización si es una buena medida, sin embargo, como se tiene de los anteriores puntos también se critica que la medida tomada no



necesariamente sea proporcional, por cual, conforme a los puntos anteriores se debe pulir la respuesta del estado para este delito.

- 5) Respecto a la pregunta: ¿Considera que la criminalización de las agresiones contra las mujeres o integrantes del grupo familiar es adecuada e idónea para neutralizar las causas de este delito? podemos interpretar que, según la opinión de los encuestados en su mayoría, dicha criminalización no es la medida adecuada e idónea para neutralizar las causas de este delito, por lo que podemos tener la idea que existen otro tipo de medidas que pueden confrontar de mejor manera las causas del delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar.
- 6) Respecto a la pregunta: ¿Considera que la condena a pena privativa de libertad efectiva, por el delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar resulta ineficaz para evitar futuros delitos? podemos interpretar de acuerdo con las encuestas realizadas, que la percepción de los magistrados y abogados es que la pena efectiva no es eficaz para evitar futuros delitos de manera que esta medida a primeras luces no es acorde a los fines de la pena.
- 7) Respecto a la pregunta: ¿Considera que el legislador modifica el ordenamiento jurídico sin tomar en cuenta el principio de proporcionalidad generando una afectación directa al mismo?, podemos interpretar que los magistrados y abogados en su gran mayoría opinan que el legislador modifica y añade tipos penales a pedido popular, sin embargo al parecer no son bien asesorados en la parte legal ya que estos nuevos tipos penales y/o modificaciones no tienen en cuenta la importancia de la proporcionalidad de la pena y esto conlleva a un sistema de administración de justicia injusto.
- 8) Respecto a la pregunta: ¿Considera que la exigencia de la sociedad para que este delito sea sancionado severamente es una causa de afectación al principio de proporcionalidad? podemos interpretar que los encuestados creen en su mayoría que



efectivamente la exigencia de la sociedad para que el estado luche contra la violencia familiar ha generado que el legislador endurezca las penas para este tipo de delitos, de manera que modifica o crea los tipos penales sin tener en cuenta o aplicando ligeramente el principio de proporcionalidad, por lo cual dicha exigencia si es una causa para que se afecte al principio mencionado anteriormente.

3.3 Discusión y Contrastación Teórica de los Hallazgos

De la misma forma que se ha estado tratando los puntos anteriores, respecto a la discusión y contrastación de resultados se tomará en cuenta los ocho puntos mencionados.

- 1) Podemos mencionar respecto al primer punto que la criminalización de las agresiones contra las mujeres o integrantes del grupo familiar si tiene un grado afectación al principio de proporcionalidad, debido a que este principio no solo conlleva la proporcionalidad en el sentido estricto, ya que a primera vista la pena parece correcta al daño causado ya que se tiene previsto que para este delito la pena tendrá un rango desde un año hasta tres años, sin embargo el artículo 57° de nuestro código penal prohíbe la aplicación de una pena suspendida, siendo que de no existir este impedimento, muchos jueces podrían imponer penas suspendidas.

Conforme a lo señalado anteriormente, debemos tener en cuenta el criterio de sobrecriminalización, que busca que se intensifique las medidas punitivas a conductas criminalizadas, sin embargo esto trae consigo la afectación directa al principio de proporcionalidad ya que genera una mala aplicación a nuestro sistema de administración de justicia, esto va de acuerdo a lo señalado por Prado (2016) quien opina sobre la criminalización de la siguiente manera “Este tipo de desiciones político criminales tienen la función de hacer más severa la represión de un hecho punible



mediante disposiciones que acentúan su persecución penal o que inciden en la intensidad de las sanciones penales aplicables o en la mayor rigidez del régimen de ejecución penal que le corresponde”.

- 2) Respecto al efecto intimidatorio de la criminalización para evitar la comisión de futuros delitos debemos tomar en cuenta que la opinión de los magistrados y abogados indica que dicho efecto si tiene eficacia para prevenir la comisión de futuros delitos, de manera que la sociedad entiende que ante un hecho de violencia familiar existirá una sanción grave que es la penal.

Esto se confirma con el criterio explicado en el capítulo II de la presente investigación que menciona y define a la prevención general negativa, la cual en líneas generales menciona que dicha prevención busca disuadir a las personas para que no cometan delitos, ya que de hacerlo tendrán una pena severa, generando de esta forma el temor en la sociedad (Villavicencio, 2014).

De esta manera el efecto intimidatorio si resulta eficaz para prevenir la comisión de futuros delitos, sin embargo el hecho de que este efecto cumpla su rol no quiere decir que la sanción sea proporcional ya que por ejemplo se podría agrandar la pena del delito en mención modificandola a diez años y seguiría teniendo un efecto intimidatorio incluso mejor que el que ya ostenta, pero se estaría sacrificando los criterios de proporcionalidad, lo cual resulta inaceptable para una buena administración de justicia, ya que el criterio de proporcionalidad debe estar presente en todo momento no solo en el derecho penal sino en todos los ambitos posibles debido a que este principio se encuentra abalado por nuestra constitución.



- 3) Respecto a la imposición de una pena efectiva como medida eficaz para prevenir y sancionar el delito, debemos tomar en cuenta que según los resultados mostrados líneas arriba, la posición no es mayoritaria, de manera que algunos de los encuestados tienen una opinión favorable acerca de la eficacia de la pena efectiva para este delito, mientras los otros opinan que dicha medida no sería eficaz.

Conforme lo señalado anteriormente debemos tomar en cuenta que la eficacia de la medida puede estar acorde lo señalado por la doctrina, ya que la pena efectiva de una u otra forma si cumple la finalidad de la pena, aunque no en todos sus aspectos, esto quiere decir que la pena efectiva si es una forma eficaz de prevenir y sancionar el delito en mención, sin embargo la sola eficacia o idoneidad de esta medida no es suficiente, ya que se debe tomar en cuenta el principio de necesidad que se encuentra inmerso en el de proporcionalidad.

Al respecto Velasquez (2009) indica que este subprincipio de necesidad, busca entre muchas alternativas, la menos gravosa pero que, sin embargo sea la que corresponda al acto ilícito que se habría cometido. Esta característica es demasiado importante para el tema que se viene estudiando ya que si bien es cierto la medida de pena efectiva puede resultar eficaz para prevenir y sancionar la comisión de el delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar, previamente habrá que descartar otras medidas que podrían ser más idoneas y que tengan los mismos efectos, ya que como se indica, la pena efectiva es la más dura entre todas las medidas previstas en nuestro ordenamiento, por lo cual debe tenerse especial consideración a la necesidad de la pena.

- 4) Respecto a la criminalización de las agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar como una medida populista y como una manifestación



del derecho popular simbólico se debe tener en consideración que, el criterio general es que el estado ha actuado de manera correcta al criminalizar este tipo de violencia familiar, por lo cual la sociedad ya siente que se protege de mejor manera este problema que existe hace mucho tiempo, sin embargo el hecho de actuar frente a este problema a ocasionado que la respuesta sea desmedida.

Es decir, si bien la criminalización de este tipo de conductas es una medida coherente y hasta acertada, la forma en que se castigan no lo es, ya que no solo basta con penar este actuar sino que se debe tomar en cuenta otros principios básicos para que el derecho penal pueda ser utilizado ya que este debe ser usado como último recurso y dentro del mismo la pena efectiva o de prisión es la más severa y tal vez la menos idónea para reprender este delito en especial.

- 5) Respecto a si la criminalización de las agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar es adecuada e idónea para neutralizar las causas de este delito, debemos tomar en cuenta los factores sociales de un lado, y jurídicos del otro.

En primer lugar, respecto a los factores de la sociedad debemos indicar que esta exige una solución a todo tipo de problemas, para la presente investigación es el de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar, siendo de esta forma que legislador a criminalizado este actuar, sin embargo terminó su labor en dicho estadio, sin mejorar políticas públicas para contrarrestar las causas del problema, es decir, efectivamente existe una respuesta por parte del estado para combatir la violencia familiar, pero esta respuesta está dirigida a la parte final, es decir cuando ya se ha producido el hecho, lo ideal es que este hecho delictivo no se realice, para lo cual las políticas que debe adoptar el estado deben estar dirigidas a las causas de este problema, por ejemplo, la educación en menores sobre violencia familiar, el alcoholismo y su nivel



de incidencia en este tipo de delitos, entre otros. Es decir que el estado ha tenido una respuesta al problema de violencia familiar, pero esta respuesta necesita ser mejorada en el campo de la prevención como ya se explicó anteriormente.

En segundo lugar, respecto a los aspectos jurídicos se debe indicar que la pena tiene fines de prevención, por lo cual teniendo una pena dura en nuestro ordenamiento jurídico genera que la sociedad en cierta medida si se sienta intimidada, esto es correcto siempre y cuando esta pena no revase los demás criterios de proporcionalidad, es decir que, la pena efectiva si cumpla el criterio de idoneidad, ya que este precepto indica que la pena debe ser útil para un fin (relación medio – fin), siendo de esta manera que la pena efectiva si cumple el fin intimidatorio a la sociedad, pero no toma en cuenta por ejemplo al principio de necesidad que en pocas palabras versa que, se debe escoger adecuadamente el tipo de pena para que el fin no tenga solamente su característica de prevención general sino que cumpla la prevención especial, que va dirigida a la persona que ha cometido el ilícito buscando que este pueda reintegrarse a la sociedad.

- 6) Respecto a si la aplicación de la pena efectiva en el delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar es eficaz para evitar futuros delitos, debemos considerar que, para evitar futuros delitos, no solo se consideran los criterios de prevención negativa, ya que estos conforme lo señala Villavicencio (2014), buscan inhibir a las personas en la comisión del delito mediante la intimidación que contiene la aplicación de la pena, generando de esta forma un temor en la colectividad. Sino que para una verdadera prevención se fundamentará en otras políticas formación del ciudadano; es decir, la pena como medida de prevención si puede tener efectos positivos en la sociedad pero esta forma parte de toda la prevención en sí.



De esta forma es que para cierto sector de magistrados y abogados que opinan sobre el tema la pena efectiva para este delito no es eficaz para evitar futuros delitos, esto debido que la prevención como se ha mencionado anteriormente, no solo se encuentra abarcada por la pena, sino que esta por el contrario es una pequeña parte de la misma, por lo cual, es deber del estado no solo enfocarse en la pena como medio de prevención sino ampliar su visión y mejorar su actuación en otros campos previos al derecho penal.

- 7) Respecto a si el legislador modifica el ordenamiento jurídico sin tomar en cuenta el principio de proporcionalidad debemos tomar en cuenta que el principio de proporcionalidad es básico para que se pueda emitir una normativa justa en todos sus extremos y así se evite generar penas a pedido de la sociedad sin que hayan pasado los filtros necesarios, sin embargo el problema al cual nos enfrentamos es que el legislador ha encontrado en el derecho penal una herramienta de fácil uso para combatir problemas sociales, y de esta forma afecta al derecho penal y su carácter de última ratio, esto se puede confirmar con lo dicho por Sandívar (2017), quien indica sobre la sobrecriminalización que el legislador tiene la tendencia de considerar que se podrá erradicar la criminalidad endureciendo penas y evitando beneficios, lo cual evidencia la falencia ya que no existen estudios ni asesoramiento para establecer conductas determinadas como delitos de manera tal que es una medida populista, por lo tanto, la sobrecriminalización se debe a la conducta desmesurada de los legisladores en un afán de utilizar al derecho penal como medio para combatir delincuencia, desnaturalizando de esta forma el principio de mínima intervención.

De otra parte se afecta al principio de proporcionalidad debido a que el legislador para este delito ha indicado que la pena solamente podrá tener carácter de



efectiva, siendo de esta forma que no es la alternativa más prudente según los fines de la pena y de esta forma se afecta al principio de proporcionalidad; esto se confirma con lo dicho por Villa (2014), quien define al principio de proporcionalidad como aquel que conlleva el actuar equilibrado y la prudencia que se debe ejercer, por lo que debe existir una estrecha relación entre la magnitud del hecho y la pena que le debe corresponder a la persona, siendo que este principio es una prohibición legal al exceso del castigo a conductas, además de ser un derivado del principio de intervención mínima, de manera tal que la proporcionalidad debe fijar un intermedio entre una pena necesaria que corresponda a la culpabilidad de la persona que cometió un delito sin mediar un criterio de venganza.

- 8) Respecto así la exigencia de la sociedad para que este delito sea sancionado severamente es una causa de afectación al principio de proporcionalidad debemos señalar que a lo largo de esta investigación se ha mencionado la particularidad del principio de proporcionalidad ya que este principio conlleva subprincipios, los cuales dependiendo de la pena impuesta pueden ser vulnerados, de manera que efectivamente, una de las causas de afectación a este principio es la exigencia de la sociedad para que se luche de manera frontal contra la violencia familiar, ya que esta ocasiona una presión sobre el legislador que se transforma en medidas que no cumplen las exigencias jurídicas necesarias causando una desproporción en el actuar del estado y generando un mal sistema de administración de justicia.

Esto además de que el legislador es irresponsable conforme lo señala Sandívar (2019) quien manifiesta que:

Durante la última década hemos observado que en el Perú ha habido un comportamiento alentador por parte de los congresistas en la emisión de normas penales



para erradicar la delincuencia y los hechos violentos, dos de los cuales son las circunstancias adecuadas en las que se enfatiza hostilidad:

- a) Los procesos electorales, donde los candidatos al congreso intentaran convencer a los electorados con sus propuestas para elegir como su representante en el Congreso de la República, y en su lista de propuestas abordaran lo relacionado con la ola de violencia que se está produciendo y que será erradicado por nuevas sanciones.
- b) Los momentos coyunturales provocados por un acto violento o delito en el se produce conmoción social, situación en la que el congresista aprovecha las circunstancias del momento para dictar normas penales, bajo el supuesto enmascarado de que actúa contra el delito y la violencia (pp. 02-03).

Conforme a lo mencionado anteriormente se confirma que el legislador es irresponsable en la emisión de normas, de manera que no ayuda a combatir los problemas sociales de manera correcta, sino que actúa con un pensamiento en su mayoría político.



CONCLUSIONES

PRIMERA

La afectación de la pena privativa de libertad efectiva al principio de proporcionalidad en el delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar, se da mediante la sobrecriminalización en este delito de manera que, por ejemplo no cabe la posibilidad de que la pena pueda ser suspendida en su ejecución, esto de acuerdo al artículo 57° de nuestro código penal, lo que va en contra del subprincipio de necesidad ya que la pena efectiva puede ser idónea pero no necesaria, es decir, no es la mejor alternativa entre otras que existen en nuestro ordenamiento para ser impuesta, y al vulnerar este subprincipio se afecta directamente al principio de proporcionalidad que exige que cualquier pena debe cumplir sus tres subprincipios que son idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de manera conjunta, por que, al afectarse algunos ellos la pena ya no es proporcional.

SEGUNDA

Las causas de afectación de la pena privativa de libertad efectiva al principio de proporcionalidad penal en el delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar son: en primer lugar la exigencia de la sociedad hacia el legislador para que este delito sea sancionado severamente y en segundo lugar es el desinterés del legislador por generar o modificar tipos penales sin tener en cuenta criterios importantes como el fin de la pena o el respeto a principios constitucionales como el principio de proporcionalidad.

TERCERA

Las consecuencias de la afectación al principio de proporcionalidad en el delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar son de una parte que el legislador tiende a no tomar importancia a principios constitucionales, lo que genera que emita



normativas defectuosas que no cumplen con los requisitos para ser correctas; y de otra parte la falla en nuestro sistema de administración de justicia, siendo que la penas por este delito resultan desproporcionales al delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar.



RECOMENDACIONES

PRIMERA

El legislador debe tomar en cuenta el principio de proporcionalidad para crear o modificar tipos penales ya que de no hacerlo seguirá produciendo normativas deficientes que generarán daño a nuestro sistema de administración de justicia.

SEGUNDA

El legislador debe evitar generar o modificar tipos penales si es que no está seguro de que es la última opción para enfrentar problemas sociales como es para el caso la violencia familiar, de manera que debe mejorar políticas públicas respecto al tema y no usar derecho penal como herramienta común.

TERCERA

Debe tenerse en cuenta a la pena de limitación de días libres como una mejor alternativa para sancionar el delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar ya que esta pena consiste en la obligación del sentenciado a permanecer los días sábados, domingos y feriados, hasta por un máximo de 10 horas semanales a disposición de una institución pública para participar en programas educativos, psicológicos, de formación laboral o culturales.

CUARTA

Respecto a la anterior recomendación, el Estado debe invertir en políticas públicas destinadas a que la pena de limitación de días libres pueda ser posible, de manera que la imposición de esta pena pueda ser factible, ya que la imposición de esta pena respresenta una fuerte inversión por parte del Estado, sin embargo podría tener mejores resultados.



BIBLIOGRAFÍA

ARANDA MARCELO, Mixzan Lenin. 2019. *Nivel de aplicación de la proporcionalidad de la pena para el delito de violencia familiar, en la Corte del Santa–2018*. Tesis para optar el grado académico de Maestro en Derecho Penal y Procesal Penal. Chimbote – Perú: Universidad Cesar Vallejo, Escuela de Posgrado.

http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/33371/Aranda_MML.pdf?sequence=1&isAllowed=y

BOADA DOMINGUEZ, Maria Fernanda. 2019. *La pena proporcional en el delito de lesiones cometido en contra de la mujer o miembros del núcleo familiar*. Trabajo de Titulación modalidad de proyecto de investigación previo a la obtención del título de Abogada de los tribunales y juzgados de la República. Quito- Ecuador: Universidad Central del Ecuador, facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, Carrera de Derecho. <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/20384/1/T-UCE-0013-JUR-241.pdf>

CAISA VILLAGOMEZ, Jessica Paola. 2018. *El informe pericial en los delitos de violencia psicológica contra la mujer y miembros del núcleo familiar y la proporcionalidad de la pena*. Proyecto de investigación previo a la obtención del título de abogada de los tribunales de la república. Ambato – Ecuador: Universidad Regional Autónoma de los Andes, Facultad de Jurisprudencia, carrera de Derecho.

<http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/8822/1/PIUAAB049-2018.pdf>

CODIGO PENAL. D.L N° 365.1991. Lima, 08 de abril de 1991. Pacífico Editores.



DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. 2014. “*La Actuación Proporcionalada: Una exigencia de la Finalidad Preventiva del Derecho Penal*”. En LASCUARÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio y RUSCONI, Maximiliano. *El Principio de Proporcionalidad Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, pp. 203-234.

GARCÍA FERNANDEZ, Dora. s/f “*La Metodología de la Investigación Jurídica en el Siglo XXI*”. México: Universidad de México.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/24.pdf>

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y MENDOZA TORRES, Christian. 2018 “*Metodología de la Investigación: Las Rutas Cuantitativa, Cualitativa y Mixta*. México:Edamsa Impresiones.

Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar. Ley N° 30364. 2015 Lima, 22 de noviembre.

<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-para-prevenir-sancionar-y-erradicar-la-violencia-contra-ley-n-30364-1314999-1/>

MENDOZA AYMA, Francisco Celis. 2019 “*¿Contexto de violencia? Delito de agresiones: artículo 122-B del Código Penal*”. *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Lima, 2019, número 123, pp 11-18.

MIR PUIG, Santiago. 2014. “*El Principio de Proporcionalidad como Fundamento Constitucional de Límites Materiales del Derecho Penal*”. En LASCUARÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio y RUSCONI, Maximiliano. *El Principio de Proporcionalidad Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, pp. 229-357.



MIR PUIG, Santiago. 2003. *“Introducción a las Bases del Derecho Penal”*. Segunda Edición.

Buenos Aires: B de F.

MUGUERZA CASAS, Ivette Aracelli y SOZA MESTA, Hugo Heriberto. 2020. *“Ineficacia de la criminalización de agresiones físicas contra mujeres o integrantes del grupo familiar en distrito judicial tacna-2017”*. Veriras et Scientia. Tacna, 2019, Vol. 8, número 2.

<http://revistas.upt.edu.pe/ojs/index.php/vestsc/article/view/132/117>

MUÑOZ CONDE, Francisco. 2002. *“Derecho Penal Parte Geneal”*. Quinta Edición.

Valencia: Tirant Lo Blanch.

ODAR CORTEZ, Gaby. 2018. *“El principio de proporcionalidad y su incidencia en la sentencia de silvana buscaglia zapler”*. Tesis para optar el título profesional de Abogado.

Pimentel: Universidad Señor de Sipán, Facultad de Derecho.

PEÑA CABRERA, Alonso R. 2017. *“Delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud”*. Lima:

Gaceta Jurídica.

PRADO SALDARRIAGA, Victor Roberto. 2016. *“Consecuencias Jurídicas del Delito – Giro Punitivo y Nuevo Marco Legal”*. Perú. Idemsa.

PODER JUDICIAL. 2015. *“Casación N° 246-2015. Sentencia: 03 de marzo del 2016”*.

https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/06/Casacion-246-2015-Cusco-Legis.pe_.pdf



PODER JUDICIAL. 2004. “*Exp. 0045-2004-PI-TC. Sentencia del Tribunal Constitucional: 29 de octubre del 2005*”.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.pdf>

RAMÓN RAGUÉS, Teresa Castiñeira. 2004. “*Three Strikes, el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal supremo de los estados unidos*”. Revista de Derecho Penal y Criminología. Barcelona, 2004, número 14, pp. 59-85.

<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2004-14-5020/Documento.pdf>

REÁTEGUI SANCHEZ, James. 2009. *Derecho Penal Parte General*. Lima: Gaceta Jurídica.

REÁTEGUI SANCHEZ, James. 2016. “*Tratado de Derecho Penal Parte General*”. Três Volúmenes. Lima: Legales Ediciones.

RUBIO CORREA, Marcial Antonio. 2011. “*El Test de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*”. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SANDÍVAR MURILLO, Luis Enrique. 2017. “*El juez como límite a la sobrecriminalización*”. Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad San Martín de Porres. Lima. Consulta 10 de noviembre de 2020.

http://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/2687/sandivar_mle?sequence=1&isAllowed=y



URQUIZO OLAECHEA, José. 2019. “*COMPENDIUM PENAL. Compéndio Práctico que Sistematiza y Conecta la Dcoctrina y Jurisprudencia más Relevante y Actual con los artículos del Código Penal*”. Lima. Gaceta Jurídica.

VELÁSQUEZ V., Fernando. 2009. “*Derecho Penal Parte General*”. Cuarta edición. Medellín. Comlibros.

VILLAVICENCIO T., Felipe. 2014. “*Derecho Penal Parte General*”. Quinta edición Lima. Grijley.

VILLA STEIN, Javier. 2014. “*Derecho penal Parte General*”. Lima: ARA editores.



ANEXOS



ANEXO N° 01

Afectación de la Pena Privativa de libertad al Principio de Proporcionalidad Penal en el delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar.

La presente encuesta procura recolectar datos sobre la percepción de los magistrados y abogados que laboren o hayan laborado en materia penal y que además tengan conocimiento sobre el delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar.

<i>¿Considera que la criminalización de las agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar vulnera el principio de Proporcionalidad?</i>	Si	No
<i>¿Considera que el efecto intimidatorio de la criminalización resulta ineficaz en alta medida para prevenir la comisión de futuros delitos?</i>	Si	No
<i>¿Considera que, para prevenir y sancionar su comisión, resulta ineficaz en alta medida la imposición de una pena efectiva en este delito?</i>	Si	No
<i>¿Considera que la criminalización de las agresiones contra las mujeres o integrantes del grupo familiar es una medida populista y una manifestación del derecho popular simbólico?</i>	Si	No
<i>¿Considera que la criminalización de las agresiones contra las mujeres o integrantes del grupo familiar es adecuada e idónea para neutralizar las causas de este delito?</i>	Si	No
<i>¿Considera que la condena a pena privativa de libertad efectiva, por el delito de agresiones en contra de la mujer o integrantes del grupo familiar resulta ineficaz para evitar futuros delitos?</i>	Si	No
<i>¿Considera que el legislador modifica el ordenamiento jurídico sin tomar en cuenta el principio de proporcionalidad generando una afectación directa al mismo?</i>	Si	No
<i>¿Considera que la exigencia de la sociedad para que este delito sea sancionado severamente es una causa de afectación al principio de proporcionalidad?</i>	Si	No