

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



PROGRAMA DE DOCTORADO

MENCIÓN: DERECHO

TESIS

Principales factores jurídico-normativos que permiten la reincidencia
de los actos de violencia familiar en el Perú

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

Presentada por:

OMAR NATHANAEL ALVAREZ VILLANUEVA

Asesor:

Dr. JOEL ROMERO MENDOZA

CAJAMARCA, PERÚ

2017

COPYRIGHT © 2017 by
OMAR NATHANAEL ALVAREZ VILLANUEVA
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



PROGRAMA DE DOCTORADO

MENCIÓN: DERECHO

TESIS APROBADA

Principales factores jurídico-normativos que permiten la reincidencia
de los actos de violencia familiar en el Perú

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

Presentada por:

OMAR NATHANAEL ALVAREZ VILLANUEVA

Comité Científico

Dr. Joel Romero Mendoza
Asesor

Dra. María Isabel Pimentel Tello
Miembro de Comité Científico

Dr. Glen Joe Serrano Medina
Miembro de Comité Científico

Dr. Ernesto Enjelberto Cueva Huaccha
Miembro de Comité Científico

Cajamarca – Perú

2017



Universidad Nacional de Cajamarca

Escuela de Posgrado

CAJAMARCA - PERU

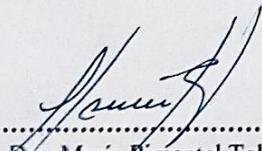
PROGRAMA DE DOCTORADO

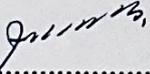
ACTA DE SUSTENTACION DE TESIS DOCTORADO EN CIENCIAS MENCIÓN: DERECHO

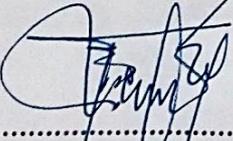
Siendo las seis de la tarde del día lunes veinticuatro de julio del año dos mil diecisiete, reunidos en el auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Comité Científico Evaluador, presidido por el Dr. Glenn Serrano Medina; Dra. María Pimentel Tello, Dr. Ernesto Cueva Huaccha como integrantes del jurado titular; y en calidad de Asesor, el Dr. Joel Romero Mendoza. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y el Reglamento del Programa de Doctorado de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada **“PRINCIPALES FACTORES JURÍDICO-NORMATIVOS QUE PERMITEN LA REINCIDENCIA DE LOS ACTOS DE VIOLENCIA FAMILIAR EN EL PERÚ”**, presentada por el M.Cs. OMAR NATHANAEL ALVAREZ VILLANUEVA con la finalidad de optar el Grado Académico de DOCTOR EN CIENCIAS, Mención DERECHO.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Comité Científico Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó *Aprobar* con la calificación de ... *Diez (10) Bueno* la mencionada Tesis; en tal virtud, el M.Cs OMAR NATHANAEL ALVAREZ VILLANUEVA está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como DOCTOR EN CIENCIAS, Mención DERECHO.

Siendo las *8:20* ... horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dra. María Pimentel Tello
Comité Científico Evaluador


.....
Dr. Ernesto Cueva Huaccha
Comité Científico Evaluador


.....
Dr. Glenn Serrano Medina
Presidente Comité Científico Evaluador

A mis padres por su permanente lucha.

A ciertos hombres les gusta percibir en su alma el más leve rayo de amabilidad hacia sus semejantes y de emoción para persuadirse definitivamente de que nadie siente como ellos y que figuran en la cúspide de la emocionalidad y la ilustración humana.

Feodor Mikhailovich Dostoyevsky

Al Supremo, a mis padres Maximina y Manuel, a mis hermanos Jairo y Judith; y, a mi esposa Alondra, quienes no han dejado de influenciar cada momento de mi vida.

TABLA DE CONTENIDO

Página

CAPÍTULO 1. ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Problemática de la investigación.....	1
1.1.1. Contextualización	1
1.1.2. Planteamiento del problema.....	7
1.2. Formulación del Problema	9
1.3. Justificación	9
1.3.1. Justificación Científica	9
1.3.2. Justificación Técnica-Práctica	10
1.3.3. Justificación Institucional-personal	11
1.4. Delimitación de la investigación	11
1.5. Tipo de investigación	12
1.6. Objetivos.....	13
1.7. Hipótesis	14
1.8. Categorización de variables.....	15
1.9. Técnicas e instrumentos de recopilación de información.....	15
1.10. Unidad de análisis.....	15

CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

Subcapítulo 1. Antecedentes y Marco Epistemológico

2.1.1. Antecedentes de la investigación o marco referencial	17
2.1.2. Marco epistemológico de la investigación.....	19

Subcapítulo 2. Marco doctrinal de las teorías particulares en el campo de la ciencia en la que se ubica el objeto de estudio

2.2.1. Teoría de los principios procesales	22
2.2.1.1. Modelo procesal inquisitivo: Principio Inquisitivo	22
2.2.1.2. Modelo procesal dispositivo: Principio Dispositivo	24
2.2.1.3. Modelo procesal Acusatorio	25
2.2.2. Teoría criminológica.....	29
2.2.2.1. Criminología clásica	29
2.2.2.2. Escuela criminológica positivista	30
2.2.2.3. Criminología crítica	30
2.2.2.4. Principales fundamentos de la criminológica crítica asumidas..	33

Subcapítulo 3. Marco conceptual

2.3.1. La familia	37
2.3.2. Violencia familiar.....	40
2.3.3. Vínculo Familiar	42

2.3.4. Reincidencia en actos de violencia familiar	44
2.3.5. Formas de violencia familiar	46
2.3.6. Derechos disponibles e Indisponibles.....	50
2.3.7. Fragmentarismo normativo	52

CAPÍTULO 3. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Subcapítulo 1. Reincidencia de los actos de violencia familiar en el

Perú

3.1.1. Estadística principal en el Perú.....	55
3.1.1.1. Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público	55
3.1.1.2. Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI).....	56
3.1.1.3. Corte Superior de Justicia de Lima Norte	62
3.1.1.4. Organización Mundial de la Salud.....	65
3.1.2. Esquema procedimental que propicia la reincidencia de violencia familiar de fuente no delictiva	65
3.1.3. Esquema procedimental que propicia la reincidencia de violencia familiar de fuente delictiva.....	68

Subcapítulo 2. Carácter disponible de los derechos subjetivos

involucrados en el conflicto de violencia familiar

3.2.1. Acotación de los derechos intervinientes en la violencia familiar.....	74
3.2.2. Bienes jurídicos colectivos involucrados en la violencia familiar y su indisponibilidad	77

3.2.3. Normatividad que propició y propicia la disponibilidad de los derechos involucrados en la Violencia Familiar no delictiva en el Perú.....	87
3.2.3.1. Derechos disponibles por vía conciliación en la violencia familiar no delictiva	87
3.2.3.2. Regulación de derechos disponibles por vía de desistimiento ..	91
3.2.3.3. Disponibilidad de derechos en la Ley 30364	95
3.2.3.4. Disponibilidad de derechos en el Decreto Legislativo 1323	101

Subcapítulo 3. Ausencia de modelo procedimental propio del proceso de Violencia Familiar

3.3.1. Subsidiariedad a las normas del proceso de violencia familiar	106
3.3.2. Esquema procedimental de la violencia familiar	110
3.3.3. Carácter inquisitivo del procedimiento de las medidas de protección en la Ley 30364	112
3.3.4. Divergencia de las consecuencias del incumpliendo de las medidas de protección	115

Subcapítulo 4. Preterición del agresor en la regulación de la violencia familiar

3.4.1. La familia como ente de protección normativo en el supuesto de Violencia Familiar	117
3.4.2. La familia como factor criminógeno y su influencia en el agresor....	119
3.4.3. Intervención punitiva prima <i>facie</i> en la violencia familiar	124
3.4.4. Política criminal peruana en violencia familiar y su orientación subjetiva al agresor.....	128

3.4.5.	Alcance subjetivo de las Medidas de Protección en la legislación derogada.....	131
3.4.6.	Medidas de Protección y Tratamiento al agresor en la Ley 30364 ..	135
3.4.7.	Imprecisión de oportunidad de tratamiento preventivo del agresor y ausencia de control de resultados en etapas del proceso penal	139

Subcapítulo 5. Feragmentarismo normativo de la víctima en la regulación de la violencia familiar

3.5.1.	Precisión de las características de la organización cultural de producción criminal.....	148
3.5.2.	Fragmentarismo de la víctima en la normatividad peruana de violencia familiar no delictiva	150
3.5.3.	Fragmentarismo de la víctima en la normatividad peruana de violencia familiar delictiva	155
3.5.3.1.	Situación jurídico procesal divergente de la víctima	159
3.5.3.2.	Principio de oportunidad indefenso respecto de la víctima	161
3.5.3.3.	Subrogación en la <i>litis</i> y enervación de la posición de accionante de la víctima	162
3.5.3.4.	Defensa inexistente y/o enervada y atenuación de la posición de accionante de la víctima	164

CAPÍTULO 4. PROPUESTA JURIDICO – NORMATIVA

4.1. Proyecto de Ley	170
CONCLUSIONES	194
REFLEXIONES FINALES	198
REFERENCIAS	204

LISTA DE ILUSTRACIONES

Página

Gráfico 01: Móvil probable de los homicidios en Lima Metropolitana, 2000-2008	56
Gráfico 02: INEI 2013, agresión física o sexual según estado civil.	57
Gráfico 03: INEI 2014: Mujeres víctimas de violencia por su esposo o compañero	59
Gráfico 04: INEI 2014: Tipo de agresión en el grupo del 73% de mujeres agredidas.....	60
Gráfico 05: Reincidencia en la Corte Superior de Lima Norte 2012.	64
Gráfico 06: Esquema de reincidencia de violencia de origen no delictivo ..	67
Gráfico 07: Esquema de reincidencia de violencia de origen delictivo	69
Gráfico 08: Tratamiento procesal de la violencia familiar en la Ley 26260.	111
Gráfico 09: Tratamiento procesal en la Ley 30364 y el Decreto Supremo 09-2016-MIMP	112

LISTA DE ABREVIATURAS

CVF	: Conflictos de Violencia Familiar
LVF	: Ley de Violencia Familiar
MIMP	: Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables
NCPP	: Nuevo Código Procesal Penal
OMS	: Organización Mundial de la Salud
OPS	: Organización Panamericana de la Salud
VF	: Violencia Familiar

RESUMEN

La violencia familiar es un fenómeno social y jurídico de especial y compleja configuración en gama ascendente del conflicto humano. Su producción fenoménica no es de un solo acto sino, como demostrado está, de conductas sistemáticas; es decir, de reincidencia. Nuestro país no es ajeno a ello. Deontológica y teleológicamente los sistemas jurídicos que la abordan, deben procurar eficacia en la evitación de nuevos actos de agresión. En tal orden, el sistema jurídico – normativo que atañe a la violencia familiar, debe precisar de coherencia tanto en la concepción de los derechos que comprometen la violencia familiar; en la sustanciación (procedimientos) del conflicto; cuanto en los criterios de criminalización y remediación respecto de la víctima y del agresor. El análisis de estos tres aspectos, permitieron diagnosticar factores jurídico-normativos subsistentes desde la primera regulación de violencia familiar en nuestro país hasta la fecha; evidenciando factores jurídico-normativos que contradicen la finalidad preventiva y remediadora y por el contrario propician actos de reincidencia de violencia familiar. A partir de ello se planteó una propuesta normativa que reconduce a la prevención de la reincidencia.

Palabras clave: Violencia familiar, violencia doméstica, reincidencia, criminalización, fragmentarismo normativo.

ABSTRACT

Domestic violence is a legal and social phenomenon of human conflict, with a complex and special configuration that is increasing. Its phenomenal production, as its demonstrated, includes not only one action but a group of them, that is, it is a case of recidivism. Our country is not spared. Deontological and teologically, the legal systems that tackles this phenomenon should procure being efficient to avoid new acts of violence. In that order, the legal - regulatory system related to domestic violence should be coherent with regard to both, the concept of human rights wich are involved with domestic violence, in the substantiation of the conflict (procedures), and the criteria for victim and aggressor criminalization and remediation. The analysis of these three aspects allowed us to diagnose legal - regulatory factors that have subsisted from first domestic violence regulation in our country until the present days, showing legal - regulatory factors that contradict a remedial and preventive purpose and, on the contrary, propitiate persistent acts of domestic violence. On that basis, a legal propose that redirect to recidivism prevention has been raised.

Key words: domestic violence, domestic violence, recidivism, criminalization, legal fragmentarism.

INTRODUCCIÓN

La violencia familiar es un fenómeno de conflicto de especial orden. Se distingue del tratamiento del resto de conflictos, porque sus causas son diversas y sus consecuencias además de diversas son de fundamental trascendencia en la estructuración de la sociedad. La regulación normativa para el aplacamiento de la violencia familiar debe valerse de fundamentos sustantivos y procesales que sintonicen la comprensión de las causas de su producción y también de la remediación de las consecuencias. Una tarea en la producción legislativa de corte no delictivo y criminalizador debería enfocarse entonces en evitar la reiteración de conductas de conflicto en el seno familiar.

Pese a que lo dicho comporta la visión de un legajo normativo ordenado, nuestro sistema peruano no ha visto de cerca esta visión y las consecuencia palpable de ello es la reincidencia de los agentes agresores de violencia en conductas no delictivas como agresiones físicas, psicológicas o ambas en el orden normativo de faltas contra la persona. Las conductas reincidentes pueden -en muchos casos- concluir en hechos más graves de carácter criminal como lesiones leves, lesiones graves, homicidios o feminicidios.

El Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público; el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI); y la Corte Superior de Lima Norte, precisaron índices de reincidencia de violencia familiar en nuestro país que alarman. A ello se suma que la Organización Mundial de la Salud ha declarado, en el marco de

la salud pública, sobre sus pretensiones de reducción y eliminación de la reincidencia de la violencia doméstica.

Asumiendo que la violencia familiar ha sido tratada desde múltiples disciplinas para comprender causas y analizar sus consecuencias, desde la disciplina del derecho, corresponde analizar las principales fallas en la normatividad involucrada que permiten el fenómeno de la reincidencia. En la presente investigación se pondrá en evidencia estadística y procedimental la reincidencia como fenómeno palpable y cierto. Si bien el dato estadístico arroja un fenómeno de causas desconocidas desde el enfoque jurídico (sustantivo, procesal y criminológico), es en la descripción de los procedimientos que sustancian la violencia familiar donde además se puede identificar que tal reincidencia en orden normativo también existe.

En el tratamiento sustantivo de la violencia familiar identificaremos a la integridad física, psicológica como derechos de condición indisponible no sólo por su ínsita relación con la persona -pues recordemos que en nuestro sistema los conflictos por transgresión a la integridad física de poca monta, como maltrato de obra o lesiones en el orden de faltas contra la persona, son disponibles por las partes- sino por un contenido de bien jurídico colectivo dada la protección de la familia expresada en el artículo 4 de la Constitución del Estado. Esto último cumple los criterios de convención y de no distributividad que expone Robert Alexy (2004) para considerar bien jurídico como colectivo. En este marco evidenciaremos cómo en nuestra normatividad se ha soslayado la naturaleza de los derechos involucrados, contrariando incluso, en clave de principios, la pauta dada por

nuestra Constitución vigente: “protección a la familia”. Creando lo que Carlos Nino denomina una laguna axiológica del derecho: cuando un caso está correlacionado por un sistema normativo con una determinada solución y hay una propiedad que es irrelevante para este caso de acuerdo con el sistema normativo, pero debería ser relevante en virtud de ciertas pautas axiológicas (Nino, 1998). Esto propicia que con anuencia del sistema normativo infra constitucional las partes de conflicto familiar dispongan de los derechos involucrados y creen los espacios en sistema jurídico para actos reincidencia.

También se pondrá en evidencia que frente a un mismo conflicto (al margen de la intensidad de la reprochabilidad) el engranaje normativo es asistémico en el uso del procedimiento en que se sustancia el conflicto de la violencia familiar. Así veremos que el conflicto en cuestión se tramitó en su momento bajo la égida del principio dispositivo con el Código Procesal Civil como principal instrumento procesal. Hoy estos casos ventilan como proceso penal de corte acusatorio. Finalmente las medidas de protección se sustancian bajo el principio inquisitivo. En varios de estos procesos se propiciaron espacios de disponibilidad de derechos y aplicación divergente de medidas de protección.

También se analizará el fragmentarismo como fenómeno sustantivo y procesal dentro del procedimiento regulativo criminalizador de la violencia familiar. El fragmentarismo implica la separación de la verdadera naturaleza del incidente que dio origen al concepto legal del conflicto: el caso ventilado en el proceso no es el conflicto *per se*, es la expresión o representación formal del conflicto dentro del proceso. Así evidenciaremos que el agresor y la víctima y las demás

circunstancias del hecho son conceptos normativos, haciendo que su tratamiento abstracto olvide las finalidades de la propia norma y del sistema en general. En el hilo de esta idea la criminología crítica como directriz teórica analizaremos la normatividad que propicia, por un lado, la preterición del agresor en el afán de su tratamiento preventivo, presupuesto fundamental para evitar nuevos actos de agresión; y, por otro la enervación de la posición de actora de la víctima en los procesos que sustancia la violencia familiar, asentando circunstancias que propician la reincidencia.

Finalmente el análisis sustantivo, procesal y criminológico, permitirá esbozar propuestas normativas en cada rama, que acomoden coherentemente el conflicto de la violencia familiar como proyección de su verdadera naturaleza de derechos de la víctima. Asimismo que permitan una sustanciación más adecuada dado el carácter tutelar sobre la familiar, la víctima; pero sin descuidar el objetivo de prevención mediante el tratamiento intensivo de inicio que se debe dar al agresor.

CAPÍTULO 1. ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Problemática de la investigación

1.1.1. Contextualización

El conflicto de interés jurídico surge cuando se confronta la conducta humana con la ley. La ley prevé conductas que carecen de legitimidad, es decir de aprobación en el grupo humano. La desaprobación asume el caos como ente desorganizador social. En todas las sociedades se producen distintos tipos de conflictos. Así tenemos los conflictos que surgen de las relaciones patrimoniales, por ejemplo las que provienen del incumplimiento contractual y se caracterizan porque los derechos que se ventilan son de carácter disponible: como los bienes o el dinero. Como contracara se dan los conflictos extra patrimoniales, los que en contrario a los primeros se discuten derechos indisponibles tales como la vida, la libertad, la salud, la integridad física y psicológica, la paternidad, etc. El Estado, como ente organizado y soberano para marcar la pauta del orden y aplacar el desorden y el caos, ha regulado los supuestos normativos por medio de los cuales los derechos de orden indisponible se deben proteger. Estos supuestos normativos están contenidos en normas de orden sustantivos (que declaran los derechos subjetivos indisponibles) y los de orden procesal (que regulan los procesos y procedimientos a través del cual se deben proteger tales derechos):

Así tenemos que el Código Penal regula la conducta delictiva y su respectiva sanción y contiene implícitamente la protección de derechos subjetivos mediante la prohibición a su transgresión; pero cuando tales derechos se han amenazado o se han afectado es necesario del proceso a través del cual se hará prevalecer el contenido del derecho mediante la sanción penal por su amenaza o por la afectación real.

Uno de los conflictos que atañe a los derechos indisponibles es el que proviene de la violencia doméstica (también violencia Familiar). La regulación normativa en nuestro país es reciente y su fundamento es (o por lo menos debería ser) de orden criminológico. Criminológicamente hablando, desde un enfoque etiológico la violencia familiar es una de las causas de conductas antisociales (como la prostitución, la drogadicción, el pandillaje) y también de las conductas delictivas (homicidios, hurtos, robos, estafas, corrupción etc.). En tal sentido su aplacamiento (sin referirse a la sanción penal necesariamente), requiere un tratamiento que debe partir de los estudios específicos de la criminología hasta el avocamiento normativo sustantivo y procesal.

En este último campo, nuestro Sistema normativo ha regulado los supuestos de violencia familiar mediante la Ley 26260 (del 24 de diciembre de 1993) bajo la denominación "Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar" que establecía lineamientos sustantivos y

procesales sobre violencia familiar, la misma que fue integrada (pues hubo varias normas que la modificaron) por el Decreto Supremo 006-97-JUS (Texto Único Ordenado de la Ley 26260, publicada el 27 de junio de 1997) con su reglamento el Decreto Supremo 002-98-JUS. Trayectoria normativa que culminó el 23 de noviembre de 2015 en que se publicó la Ley 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar), a través de la cual se ha pretendido dar un contenido distinto a las concepciones originarias del conflicto que comporta la violencia familiar, pues en la normatividad prístina la física en el seno familiar podía ser objeto de conciliación como si se tratase de relaciones jurídicas disponibles. Posteriormente se publicó el Decreto Legislativo 1323 que crea el delito de violencia familiar, con la denominación “agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar”.

La creación de toda norma relacionada con un conflicto debe tender no solo a solucionarlo sino también a prevenir que éste se repita entre sujetos diferentes y más aún entre las mismas partes. Para ello se deben considerar aspectos de orden de principios sobre los derechos que involucra el conflicto.

En ese sentido por ejemplo en el seno de la normatividad reseñada, la condición del carácter no dispositivo de los derechos involucrados en la violencia familiar no se ha comprendido y hasta la fecha aún

existen procedimientos que propician nuevas conductas de agresión a partir de la regulación sustantiva y procesal de la violencia familiar.

De otro lado el abordaje del problema del agresor parte de un planteamiento limitado como el ¿qué hacer con el agresor? o ¿qué hacer para proteger intensamente a la víctima? y no ¿qué hacer con las agresiones? Esto fue advertido por Encarna Bodelón quien refiere que: “Si la pregunta que nos planteamos es ¿qué hacer con los hombres violentos?, por definición la respuesta debe incluir una actividad dirigida a la persona individual. Es decir la pregunta así planteada condiciona nuestra respuesta” (2003, p. 478-479). En ese sentido, ya que la pregunta sobre qué hacer con el agresor limita de por sí la acción social y política por un tema de género (el varón es el único agresor) sino también por alcance (el hombre individual), resulta conveniente que el abordaje sea el “qué hacer contra las agresiones” que se enfoque multidisciplinariamente en los problemas sociales, culturales, políticos, económicos, las relacionales (relación de poder) existente entre el agresor y la víctima y la estructuración de los supuestos normativos (el derecho).

La normativa peruana que regula la violencia familiar ha tenido como pilar tutelar la protección de la víctima de la agresión esto se refleja en las "medidas de protección" las que en su momento fueron dictadas por el Ministerio Público ante la interposición de la denuncia o cuando se tenía noticia de la violencia por otros medios. Respecto

del agresor la normatividad ha planteado tratamiento. En cuanto a las medidas de protección contienen fundamentalmente restricciones y conductas prohibidas al agresor para evitar la reiteración y en todo caso lograr el cese definitivo de los actos de violencia física o psicológica contra la víctima. Con el antiguo proceso investigativo el Fiscal planteaba la demanda de Violencia ante el Juez, quien debía confirmarlas para cumplir la misma finalidad de evitar reincidencia. Una vez concluido el proceso judicial de Violencia Familiar el Juez solamente declaraba la existencia de violencia, confirmaba las medidas de protección e imponía, si es posible, una indemnización por daño moral a favor de la víctima. Respecto de la atención al agresor el juez ordena que el demandado se someta a “tratamiento” que en muchos casos, *por no decir todos* resultaba ser letra muerta en la medida que no comporta apercibimiento al no tener la naturaleza de medida, y por otro lado al no contener una concepción de tratamiento de prevención, pues en el ámbito penal se lo ha asimilado como proceso de resocialización de orden penitenciario.

Sumando a lo anterior la discrepancia conceptual en el interior del proceso de violencia familiar en cuanto al carácter dispositivo, inquisitivo, garantista o acusatorio del proceso de Violencia Familiar en sus distintas fases y naturalezas, también es un factor que propicia actos de reincidencia. Cuando se realizaba investigación fiscal de violencia familiar para recabar información la Ley

comprendió el carácter público de la investigación, por lo tanto no se aceptaron desistimientos de denuncias ni conciliaciones en esta etapa, debiendo el fiscal culminar con toda la actividad investigativa. En cambio, una vez iniciado el proceso de violencia familiar, la víctima podía apersonarse al proceso y plantea desistimiento de la demanda interpuesta por el Ministerio Público, perjudicando todo el trabajo de investigación y contradiciendo el carácter indisponible de los derechos que están en juego en los actos de violencia familiar. En la actualidad la nueva Ley 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar), si bien ha considerado un esquema aparentemente de corte público y no dispositivo del proceso; sin embargo, ha llevado al proceso a perfilarse bajo la égida del sistema inquisitivo, desmejorando la condición del investigado frente al proceso, pues hoy el juez en los casos de violencia familiar no delictiva dicta medidas de protección, investiga y sentencia. Esto se agrava ante la carga procesal de los mini procesos de las medidas de protección.

Si bien el Decreto Legislativo 1323 ha convertido en delitos la violencia familiar de lesiones física por debajo de los diez días de incapacidad o atención facultativa, y de daño psicológico cualquier consecuencia; sin embargo, la diversidad competencial del Juez de Familia (en las medida de protección), Juez de Paz Letrado (en las faltas contra la persona por violencia familiar) y el Juez Penal (en los casos de violencia familiar delictiva) a la fecha no se ha

uniformizado, esto comporta que desde las diferentes competencias y especialidades jurisdiccionales no se tenga el mismo enfoque y por tanto la decisión con miras a la evitación de la reincidencia, no optimiza la finalidad de prevención.

1.1.2. Planteamiento del problema

Como se habrá podido ver la concepción y tratamiento de derechos disponibles tienen consecuencias en la sustanciación. La regulación procesal para resolver los conflictos provenientes de la violencia familiar, permite la subsistencia de un agresor reincidente y un aplacamiento inefectivo de los actos de violencia, puesto que conlleva a que los actos de violencia trasciendan a conductas penales como la desobediencia y resistencia a la autoridad, en el mejor de los casos, puesto que otros casos la reincidencia conlleva a la producción de lesiones graves e incluso la muerte (feminicidios y parricidios).

El sistema procesal de violencia familiar tiene divergencias en su tratamiento debido al influjo de los principios que rigen cada proceso (dispositivo, inquisitivo, acusatorio). Si bien es comprensible el nivel de graduación reprochable, su naturaleza *prima facie* "tutelar" (que desembocan en medidas de protección o medidas cautelares) y etiológica de otros delitos de mayor

reprochabilidad exige cierta uniformidad en procesos principales y cautelares.

De otro lado la Ley (la vigente y la anterior) obliga a que las investigaciones fiscales y los procesos judiciales interpreten a la Violencia Familiar (delictiva y no delictiva) como la "actual" comisión de la conducta agresiva olvidando la "historia" que entraña los actos de violencia ejercidos por el agresor, por lo tanto si se olvida al agresor no es raro que éste reincida frente a la posibilidad que otorga el sistema procesal de violencia familiar. El hecho de traducir que todo acto de violencia familiar delictivo o no delictivo tienen como enfoque únicamente a la víctima, o el interés de reafirmar el poder punitivo del Estado, comporta una renuncia implícita del Estado a solucionar el conflicto familiar mediante políticas de salubridad, educación, empleo, entre otras. El agresor, en términos normativos (pese a las declaraciones de tratamiento y de incorporación de instituciones para tal efecto) sigue siendo postergado en la norma, del marco declarativo del problema de salud pública que implica la violencia familiar que ha hecho la OMS y la propia Corte Suprema del Perú. Esta preterición del agresor permite que su convivencia en la sociedad y en muchos casos el seno familiar, se traduzcan en reincidencia.

En cuanto a la víctima, hasta la fecha ésta gobierna la posibilidad de disponer del derecho afectado, en los hechos de violencia de

poca reprochabilidad (violencia familiar económica, de faltas contra la persona y de lesiones leves). Suma que las normas de procedimiento de actos disposición extraprocesales no regulan defensas obligatorias sino facultativas para la víctima. Finalmente agregan situaciones jurídico-procesales de la víctima que son copia de procesos de naturaleza distinta a las de violencia familiar como por ejemplo “agraviado” y “actor civil”. Estas circunstancias enervan la posición de accionante y su condición de persona en el ámbito extra procesal, creando nuevamente un desequilibrio real en la relación de poder agresor(a)- víctima, fomentando el escenario para la reincidencia.

1.2. Formulación del Problema

¿Cuáles son los principales factores jurídico-normativos que permiten la reincidencia de los actos de violencia en el marco del proceso de violencia familiar en el Perú?

1.3. Justificación

1.3.1. Justificación Científica

Las normas que regulan sustantiva y adjetivamente la violencia familiar no son de reciente data y en su implementación no se han adjudicado los mismos esfuerzos que para otras materias, como se

lo ha hecho por ejemplo para el novedoso Nuevo Código Procesal Penal. En tal sentido tampoco se ha formado teoría clara y firme respecto a la naturaleza del proceso de violencia familiar (que debe irradiar a la investigación fiscal y al proceso judicial propiamente dicho), la naturaleza del proceso que la sustancia, las implicancias criminológicas para la regulación normativa respecto del agresor y la víctima. En ese sentido la investigación deberá partir de fomentar una posición en cuanto a tales aspectos para cuestionar la Ley vigente de violencia familiar, que hasta hace poco carecía de principios rectores expresos y taxativos, que ha dejado de lado el carácter integral del conflicto y se ha centrado desmedidamente en la regulación de normas de tendencia criminalizadora incoherente con la realidad extra procesal y la naturaleza de los derechos. De allí la pertinencia de tratar aspectos pilares como el que aborda el derecho sustantivo, adjetivo y el enfoque criminológico de la reincidencia en la violencia familiar.

1.3.2. Justificación Técnica-Práctica:

La inconsistencia normativa por la posibilidad de reincidencia en el proceso de violencia familiar ha conllevado a la necesidad de proponer reformas normativas que busquen evitarlas. En la actualidad nuestro país sufre de inseguridad ciudadana principalmente por actos delictivos (entiéndase que la seguridad ciudadana engloba aspectos de salubridad, ecológicos,

criminológicos, etc.) y es sabido además que las conductas delictivas tienen fuente familiar donde se producen los primeros actos de violencia y conflicto. En tal sentido la sola posibilidad de la reiteración de tales actos incrementa la posibilidad de la existencia de ciudadanos violentos y dispuestos a la delincuencia. Ciertamente existen bastos estudios sobre la violencia doméstica y desde distintas disciplinas, el que plantea el presente trabajo identificó las causas jurídicas para evitar la reincidencia.

1.3.3. Justificación Institucional-personal

La presente investigación permite establecer una propuesta normativa que promueva la eficacia del proceso de violencia familiar. Entendida ésta última como aquella que dé solución definitiva al conflicto. De otro lado, estando a que el problema de la violencia familiar que se trata en el presente trabajo es la reincidencia, con las propuestas normativas que forman parte de la presente investigación permitirá establecer una pauta principalmente de derechos subjetivos y procedimentales para el tratamiento de la violencia familiar.

1.4. Delimitación de la investigación

La presente investigación se ha ejecutado sobre el conflicto de la violencia familiar o también denominada violencia doméstica; a partir de la

determinación de causas jurídicas normativas desde las disciplinas del derecho penal, procesal civil y procesal penal. Del mismo se ha investigado a partir de la disciplina de la criminología, habida cuenta de la necesidad de una explicación sobre el proceso de criminalización de la violencia familiar no delictiva, el tratamiento del agresor y la posición de la víctima en el conflicto.

1.5. Tipo de investigación

Según la finalidad de la investigación (Behar, 2008) la investigación es de tipo Básica en la medida que se han desarrollado aspectos teóricos de la disciplina penal, procesal penal, civil y procesal civil involucrados con el problema de la violencia familiar. Según el enfoque la investigación (Hernández, 2006) es de tipo Cualitativa dada la naturaleza del objeto de estudio, como es la normatividad sustantiva, procesal (civil y penal) que regula violencia familiar, las mismas que no son medibles ni cuantificables.

Según el diseño investigativo es de tipo Descriptivo y propositivo ya que se describen las principales causas jurídico-normativas de la reincidencia en los actos de violencia familiar, para luego proponer dispositivos y normas que comporten solución al problema planteado.

1.6. Objetivos

1.6.1. Objetivo general

Determinar los principales factores jurídico-normativos que permiten la reincidencia de los actos de violencia en el marco del proceso de violencia familiar en el Perú.

1.6.2. Objetivos específicos

- a)** Analizar los derechos involucrados en los actos de violencia familiar y establecer su verdadera naturaleza jurídica.

- b)** Analizar e interpretar la normatividad peruana sobre violencia familiar y establecer que los derechos involucrados en la violencia familiar son regulados como disponibles.

- c)** Analizar e interpretar los procedimientos que sustancian violencia familiar en el Perú, determinar el principio procesal de cada uno de ellos y establecer que no se rigen por un solo principio.

- d)** Analizar e interpretar la normatividad peruana y establecer los aspectos jurídicos y criminológicos de la preterición del agresor en el proceso de violencia familiar.

- e) Analizar e interpretar la normatividad peruana y establecer los aspectos jurídicos y criminológicos que fragmentarizan a la víctima en el proceso de violencia familiar.

- f) Proponer un proyecto de ley que modifique, incorpore y derogue dispositivos contenidos en la Ley 30364; el Decreto Supremo 09-2016-MIMP; el Código Penal peruano y el Código Procesal Penal peruano; en lo relacionado con los derechos involucrados en la violencia familiar, el modelo procedimental del proceso de violencia familiar y el tratamiento preventivo del agresor y la no fragmentarización de víctima en el proceso de violencia familiar.

1.7. Hipótesis

Los principales factores jurídico-normativos que permiten la reincidencia de los actos de violencia familiar en el Perú son: la regulación de los derechos subjetivos del conflicto de violencia familiar como disponibles; la ausencia de naturaleza procedimental propia del proceso de violencia familiar; la preterición en el tratamiento del agresor en los supuestos normativos de violencia familiar; y, el fragmentarismo normativo de la víctima en la regulación de la violencia familiar.

1.8. Categorización de variables

C1: Reincidencia de los actos de violencia familiar en el Perú.

C2: Derechos subjetivos protegidos y bienes jurídicos como disponibles

C3: Ausencia de naturaleza procedimental propia del proceso de violencia familiar

C4: Preterición del agresor en la regulación de la violencia familiar en el Perú.

C5: Fragmentarismo normativo de la víctima en la regulación la víctima de la violencia familiar en el Perú.

1.9. Técnicas e instrumentos de recopilación de información

La técnica que fue utilizada es el análisis de documentos y se utilizó como instrumento fichas de contenido textual, de resumen y bibliográficas mediante las cuales se recopilarán datos en orden normativo, doctrinario. En el caso las fichas fueron elaboradas mediante el procesador de base de datos Acces y Word; y, también en fichas de soporte papel.

1.10. Unidad de análisis

Teniendo en cuenta que la investigación es de tipo básica y cualitativa no se contó con unidad de análisis sobre la muestras de una población específica, puesto que la investigación se desarrollará en función de normatividad y material bibliográfico jurídico-doctrinario. Si bien se ha

hecho alusión a datos estadísticos relacionados con la reincidencia de la violencia familiar en el Perú, sin embargo, éstos han sido citados de investigaciones exploratorias hechas por instituciones tales como el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público, el INEI y la Corte Superior de Lima Sur. Ello no hace a esta investigación cuantitativa ya que las causas de la reincidencia son normativas principalmente.

CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

Subcapítulo 1. Antecedentes y Marco Epistemológico

2.1.1. Antecedentes de la investigación o marco referencial

Existen innumerables investigaciones realizadas a raíz del fenómeno de la violencia familiar y las disciplinas que la han tratado son diversas: psicología, medicina, sociología etc. Estos estudios, algunos breves, han sido recogidos por la Organización Panamericana de la Salud (OPS) adscrita a la Organización Mundial de La Salud (OMS)¹. En nuestro país, por ejemplo, se ha hecho un estudio de la violencia familiar en el campo de la neuropsiquiatría por el Psiquiatra Jorge Castro Morales por la Universidad Cayetano Heredia denominada "Violencia y Familia", el mismo que data del año 1992 (mucho antes que se diera la Ley de protección contra la violencia familiar). En esta investigación se han analizado las consecuencias psicológicas y físicas de los actos de agresión material y psicológica.

Dentro de los trabajos más específicos sobre la violencia familiar tenemos el por Néstor B. Bergara Soria (2003), quien ha trabajado la violencia familiar en "Violencia Familiar en el Distrito de San Juan de Lurigancho" donde describe índices de violencia familiar y esquematiza causas que producen tales actos en el Distrito de Lurigancho, basados principalmente

¹ Los que podemos ubicar en: http://www.paho.org/per/index.php?option=com_wrapper&Itemid=694

en aspectos de orden económico (como el empleo, el hacinamiento), psicológicos (como la dependencia, la autoestima) y sociológicos (desigualdad en el género, relaciones de poder).

Una investigación más aproximada es la realizada por Oswaldo Orna Sánchez, en la investigación realizada en la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de San Marcos, titulada “Factores determinantes de la violencia familiar y sus implicancias: Análisis de los estudios estadísticos sobre la Violencia Familiar en el distrito de San Juan de Lurigancho (Lima), Callao y otras ciudades del país” (2013). Dicha investigación se ha circunscrito a establecer los factores jurídicos, políticos, económicos y sociales como causas de la violencia familiar en San Juan de Lurigancho, Callao y otras ciudades del Perú. Asimismo ha establecido que las consecuencias de la violencia familiar son de naturaleza física y psicológica. Un aspecto relacionado con nuestra investigación es la que se ha descrito como una conclusión:

Por su alta incidencia, la violencia en la pareja constituye un motivo de preocupación desde el punto de vista médico forense y jurídico; considerarla únicamente a la luz del código penal (delito de lesiones, maltrato), como hacen algunas legislaciones han mostrado ser poco operante y uno de los factores que contribuyen a que se presente una marcada reincidencia. (Orna, 2013, p. 457)

Estas investigaciones contienen algunos aspectos críticos al sistema jurídico que regula la violencia familiar. Sin embargo, no han abordado con especialidad el tema de la reincidencia de la violencia familiar a partir del análisis del sistema jurídico procesal que la regula. Por tal motivo la presente investigación ha analizado y establecido crítica respecto de dos aspectos fundamentales que contribuyen a la reincidencia de los actos de agresión doméstica.

Es necesario precisar que en la Escuela de Post Grado de Universidad Nacional de Cajamarca no existen investigaciones concluidas sobre causas de violencia familiar desde la disciplina del derecho. Tampoco se han tratado temas relacionados con la reincidencia de los actos de violencia familiar.

2.1.2. Marco epistemológico de la investigación

La violencia familiar es un fenómeno social de diversas aristas que comprometen a diferentes disciplinas tales como la sociología, la medicina (psiquiatría), la psicología, la economía etc. En tal caso el conflicto ha pasado por aspectos de carácter psicológico, sociológico, etnológico y médico. Por ejemplo Mabel Piccini (1998) sostiene que:

La noción de violencia, aunque presente en múltiples superficies discursivas, en diferentes saberes y lo que es más acuciante aun en los acontecimientos descarnados de la vida colectiva, carece de

estatuto teórico en las disciplinas sociales. Es más, se trata de una noción polisémica que, en su significado más restringido se desdobra, extiende o asocia a nociones como las de agresividad, destrucción, daño, coerción e incluso llega a adquirir cierta intensidad semántica a partir de la categoría de mal, concepto de la antropología filosófica aplicado al estudio de los mitos religiosos y sus topografías clásicas: la infracción o el pecado, la culpa, la caída, el destierro, el castigo, la ceguera trágica. (p. 92)

Los abordajes de la violencia familiar no han dejado de entender el hecho de la violencia familiar con todos los sujetos que intervienen, en todas sus relaciones de manera objetiva:

Así mismo, nosotras, desde el punto de vista de la psicología, creemos que la complejidad de este fenómeno se debe entender sistémicamente pues no es el hombre ni la mujer sino el patrón relacional el disfuncional. Es decir, no existen culpables, lo que invalida cualquier explicación causal de este fenómeno, por lo tanto para mirar desde el ojo de la psicología, es necesario tomar el sistema familiar inserto en una sociedad, no buscando explicaciones sino tratando de comprender como una familia en particular llegó a aprender el patrón de la violencia y así en lugar de «castigar al responsable» buscar la reestructuración del sistema relacional. Sin embargo estamos conscientes que cuando el patrón relacional de la

violencia llega a niveles extremos, la reestructuración ya no es posible y la alternativa es la disolución. (Almonacid, 1995, p. 15)

Considerando que la violencia familiar contiene comportamientos humanos voluntarios (distintos a las conductas humanas involuntarias) que trascienden a la organización familiar y las estructuras más grandes de la sociedad sus bases explicativas desde la disciplina del derecho son de orden cualitativo y no cuantitativo. En ese sentido, dado por sentado la reincidencia de los actos de violencia familiar se explicarán las causas jurídicas más importantes que anteceden fenómeno de la reincidencia. Desde esta perspectiva la presente investigación se encuentra ajustada al Paradigma epistemológico racionalista-positivista. Dentro de éste paradigma se asume la existencia de teorías vigentes sobre la teoría del proceso penal y civil, los derechos y los planteamientos sobre el tratamiento criminológico del agresor. Visto así la investigación girará en torno a establecer si tales teorías se afirman con el tratamiento de la violencia familiar como fenómeno sustantivo (derechos o bienes colectivos), procesal y criminológico. Desde allí se podrá determinar y explicar las causas procesales, sustantivas y criminológicas que conllevan el fenómeno ya sabido que es la reincidencia de la Violencia Familiar.

Subcapítulo 2. Marco doctrinal de las teorías particulares en el campo de la ciencia en la que se ubica el objeto de estudio

2.2.1. Teoría de los principios procesales

2.2.1.1. Modelo procesal inquisitivo: Principio Inquisitivo

Este modelo afirma el poder jurisdiccional desde todas las funciones en búsqueda de la verdad procesal:

“Le da al juez la función de *investigar* la verdad por todos los medios legales a su alcance, sin que la inactividad de las partes lo obligue ni lo limite a decidir únicamente sobre los medios que ellas le lleven o le pidan, y por otro aspecto lo faculta para *iniciar* de oficio el proceso y para *dirigirlo* con iniciativas personales. (Devis, 1997, p. 60)

Ferrajoli, citado por Quiroz Salazar (2015, p. 25) sostiene que:

(...) Llamaré inquisitivo a todo sistema procesal donde el Juez procede de oficio a la búsqueda, recolección, y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o en cualquier caso limitado, la contradicción y los derechos de la defensa.

El principio inquisitivo es arcano porque la actividad probatoria no invoca a la publicidad. Es vertical, por cuanto la relación de la jurisdiccional con el procesado se la ejerce desde la misma posición: el Juez instructor frente al investigado; el mismo juez que procesa frente a acusado, y el mismo juez que decide frente al mismo acusado. Este proceso no propicia el derecho de defensa por cuanto no provee de instrumentos que permitan al acusado su defensa técnico-legal por lo que la asimetría en la información de la materia por el que está siendo instruido y juzgado atenta con el contradictorio. Al no contener instrumentos de defensa, por lo tanto no habrá forma de discutir la actividad probatoria que generará “convicción” para la decisión judicial. Midón (2011) señala que en el sistema inquisitivo subsiste:

La potestad de investigar la verdad por todos los medios legales a su alcance, sin que la inactividad de los justiciables lo coarte. No sólo puede iniciar de oficio el proceso, sino que está facultado para buscar los hechos, descubriéndolos a través de los que ya conociere y utilizando cualquier medio tendiente a la averiguación de la verdad. (p. 666)

2.2.1.2. Modelo procesal dispositivo: Principio Dispositivo

Devis Echandia (1997), plantea como principios del procedimiento el “principio dispositivo e inquisitivo”. Refiere este autor que el primero se caracteriza porque: “1) corresponde a las partes iniciar el proceso formulando la demanda, y en ella sus peticiones y desistir de ella; 2) (...) corresponde a las partes solicitar las pruebas, sin que el juez pueda ordenarlas de oficio” (p. 60). Para Peyrano (1978) el principio dispositivo es: “señorío ilimitado de las partes tanto sobre el derecho sustancial motivo del proceso litigioso, como sobre todos los aspectos vinculados con la iniciación, marcha y culminación de éste” (p. 52).

El principio dispositivo se caracteriza fundamentalmente porque las partes son dueñas material y procesalmente del derecho que discuten y canalizan mediante su pretensión. De tal modo que la decisión del Juez (sea de admisibilidad, procedibilidad o fundabilidad) estará a merced de la voluntad de las partes de proseguir o no una etapa procedimental o procesal. Así por ejemplo el demandante puede desistirse de la pretensión o del proceso, del recurso de apelación. Lo mismo para el demandado, quien puede desistirse de su pretensión de infundada para reconocer o allanarse frente a la pretensión del demandante. Ruiz de la Fuente (2013) refiere que:

El principio dispositivo comprende todas aquellas facultades procesales derivadas de los derechos sustanciales: la de acudir o no al proceso jurisdiccional, la de acudir a la jurisdicción ordinaria o arbitral, la de fijar los términos del debate o la de poner término anticipado al juicio (p. 197).

Sin embargo, la misma autora señala que: “No obstante, el principio dispositivo no supone una actitud totalmente del juez ni mucho menos. En efecto, el tribunal tiene el poder-deber de dirigir el proceso y garantizar que éste se lleve a cabo dentro de los límites de legalidad” (Ruiz, 2013, p. 198). Lo que significa que el principio dispositivo no es absoluto y no se expone en puridad en los procesos con predominio de este sistema.

2.2.1.3. Modelo procesal Acusatorio

Este modelo es el que ha adoptado el proceso penal en nuestro país, a partir de la publicación del Decreto Legislativo 957, publicado el 29 de julio de 2004 y que ha entrado en vigencia paulatinamente en varios Distritos Judiciales del Perú. Comporta un cambio esencial ideológico y doctrinario frente al proceso inquisitivo regulado por la Ley 9024 sus ampliatorias y modificatorias, así como el Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 638) sus modificatorias y ampliatorias. Sus

principales características se definen por ser un proceso, público, contradictorio y oral. La división de funciones es medular en este proceso: la función investigativa que investía el Juez, ahora lo detenta el Ministerio Público, quien además ostenta la facultad-poder de plantear la pretensión penal y civil y las otras medidas que aseguren el caso penal; la función de controlar la legalidad de la prueba del Juez de juzgamiento, ahora lo detenta el Juez de la investigación preparatoria; dejando al Juez de juzgamiento la labor de dirigir la actividad probatoria y emitir decisión judicial, con las demás competencias de control que la ley le ha otorgado.

Lo que busca el sistema acusatorio básicamente es garantizar el principio de imparcialidad (*nemo iudex in sua causa*) mediante la división de funciones procesales y el derecho de defensa del imputado, acusado e incluso condenado. Ferrajoli, citado por Quiroz Salazar (2015) sostiene que:

(...) Se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. (p. 25)

Cabe una delimitación entre el principio acusatorio con el dispositivo, a quienes algunos juristas afirman similitud sino identidad. Dicha identidad se fundaría en la separación de funciones investigativa y juzgadora, liberando al Juez de la primera y encargándola a un ente investigador autónomo. Sin embargo, tal semejanza no puede aplicarse en las mismas condiciones al proceso penal como al civil. En éste último proceso el principio dispositivo acentúa la posibilidad de disposición de los derechos sustanciados al punto que el Juzgador se ve sometido incluso a concluir el proceso por solicitud de las partes, por lo que se le retira la facultad de prosecución oficiosa. En cambio en el proceso penal, la potestad de prosecución oficiosa, no se ha cancelado y no tendría por qué en la medida que los derechos discutidos (la mayoría de ellos) son de orden indisponibles. El interés sobre la pretensión penal es de carácter pública y no privada. Armenta Deu citado por Quiroz (2015) refiere:

El modelo acusatorio, tal como parece aceptarse mayoritariamente, se equipara –tendencial, y en algunos casos, prácticamente – a un proceso informado por el principio dispositivo, lo que puede provocar importantes disfunciones de conducen a la paradójica situación de un juez penal al que acaban reconociéndose muchas menos facultades para la tutela de intereses públicos -que

subyacen al proceso y que sólo a través suyo pueden realizarse- que a otro juez civil situado como es conocido en una posición bien diferente. (p. 23)

En tal sentido, podemos afirmar que el principio acusatorio propugna ciertamente la separación funcional en la investigación y juzgamiento de la causa penal, pero ello no significa que se conciba en extremo la disposición de pretensiones, dada la naturaleza de los hechos que se ventilan en dicho proceso (claro está para los delitos de persecución pública). De allí que Armeta Deu, se pregunta: “¿puede defenderse la existencia de un poder de disposición sobre la incoación y la continuidad o el final del proceso? La respuesta negativa se impone” (Quiroz, 2015, p. 24).

En la comprensión de esta jurista, y a ello nos adscribimos, ya que los hechos criminales tienen una connotación pública entonces la denuncia, la querrela, el atestado y por qué no la acusación fiscal, no constituyen actos de disposición, pues es la noticia criminal (que contiene hechos sobre afectación a derechos de interés público) la que determina la prosecución del proceso penal.

2.2.2. Teoría criminológica

Las corrientes, teorías o escuelas de la criminología más importantes, para efectos de adoptar por la última (la criminología crítica), se distinguen en criminología clásica; criminología positivista y la criminología crítica.

2.2.2.1. Criminología clásica

El delincuente no era un sujeto diferente a las demás personas y la explicación del delito estaba fundado en un acto de libre voluntad que a causas distintas al individuo:

No partía de la hipótesis de un rígido determinismo sobre cuya base la ciencia tuviese por cometido una investigación etiológica sobre la criminalidad, sino que se detenía sobre todo en el delito entendido como concepto jurídico, es decir como violación del derecho y también de aquel pacto social que se hallaba, según la filosofía política del liberalismo clásico, en la base del Estado y del derecho. (Baratta, 2002, p. 23)

En esta escuela además se cuestionaron aspectos como la función de la pena como consecuencias preventivas. Como dijera Baratta, el interés sobre el delito era eminentemente

jurídico y no etiológico. Sus representantes más importantes son Cessare Beccaria y Jeremy Bentham.

2.2.2.2. Escuela criminológica positivista

Toma interés por la etiología del delito. Para esta escuela surge la exigencia de una comprensión del delito que no se detenga en la tesis indemostrable de una causalidad espontánea por medio de un acto de libre voluntad, sino que se dirija a encontrar todo el complejo de las causas en la totalidad biológica y psicológica del individuo, y en la totalidad social en la que la vida del individuo se inserta (Baratta, 2002). Esta exigencia metodológica fue concretada por Cesare Lombroso quien realizó una explicación biológica del delito configurando sujetos delincuentes. Por su parte con un método más amplio, añadiendo el aspecto social, Enrico Ferri añade una explicación causal al delito.

2.2.2.3. Criminología crítica

No sólo se ocupa de la etiología positivista y su preocupación preponderante es el procedimiento en que el Estado incurre para criminalizar. El fundamento de ésta corriente de la criminología se plantea prístinamente bajo el pensamiento marxista e ideas políticas de izquierda. La criminología idealista de izquierda

procura el estudio del Estado y ya no exclusivamente del delincuente como objeto de estudio.

Es la criminología de Marx que explica el fenómeno criminal: “se centra en torno a la naturaleza del Estado y su impacto en los ciudadanos. No se concentra en porqué la gente se vuelve delincuente si no cómo el Estado Criminaliza a la gente” (Young, 1993, p. 25).

Por su parte la Criminología Realista de izquierda comporta una moderación de la criminología etiológica y la tendencia crítica. Para esta corriente crítica lo importante:

Es reflejar la realidad del delito, que está en sus orígenes, su naturaleza y su impacto. Esto implica rechazar tendencias se corte patológico del delito, o que lo analicen solamente desde el punto de vista de la administración del delito o del actor criminal, que subestimen al delito o lo exagere. (Young 1993, p. 29-30)

Se pone en evidencia el pánico moral como instrumentalización para la criminalización de conductas inocuas en contraste de las más gravosas. De allí que Young (1993) dijera: “la realidad del delito en las calles puede ser la realidad del sufrimiento humano y el desastre personal” (p. 30). Esta referencia está hecha

referida al drama real y no al exagerado o ficticio que sufre el grupo humano por una conducta antisocial, criminal o criminalizable.

La postura criminológica de izquierda realista cuestiona el rol del Derecho Penal en su rol de control social. Se descubrió que el Derecho penal no es un sistema de recepción de conceptos de conductas sociales, no es un sistema de recepción normativa. Su rol es mucho mayor. El criminólogo crítico Alessandro Baratta (2002) ha referido al respecto:

Esta crítica no considera el derecho penal sólo como sistema estático de normas sino como sistema dinámico de funciones, en el que pueden distinguirse tres mecanismos susceptibles de analizarse separadamente: el mecanismo de la producción de las norma (criminalización primaria); el mecanismo de la aplicación de las normas, es decir el proceso penal que comprende la acción de los organismos de averiguación y que culmina con el juicio (criminalización secundaria), y finalmente el mecanismo de la ejecución de la pena o de las medias de seguridad.

En tales condiciones, desde una perspectiva estática el Derecho Penal se alzó en el mito de la igualdad, de un derecho igualitario consistente en las premisas: a) el

derecho penal protege igualmente a todos los ciudadanos contra las ofensas a los bienes esenciales, en los cuales están igualmente interesados todos los ciudadanos (principio del interés social y del delito natural); b) la Ley penal es igual para todos, esto es, todos los autores de comportamientos antisociales y violadores de normas penalmente sancionadas tienen iguales chances de llegar a ser sujetos, y con las mismas consecuencias, del proceso de criminalización. (p. 168)

2.2.2.4. Principales fundamentos de la criminológica crítica asumidas

La criminología crítica (sobre todo la realista de izquierda o marxista) quiebra el mito de igualdad del derecho pena, llegando a las siguientes conclusiones:

a) el derecho penal no defiende todos y sólo los bienes esenciales en los cuales están interesados por igual todos los ciudadanos, y cuando castiga las ofensas a los bienes esenciales, lo hace con intensidad desigual; de modo parcial; b) la Ley penal no es igual para todos, los estatus de criminal se distribuyen de modo desigual entre los individuos; c) el grado efectivo de tutela y la distribución del estatus de criminal es independiente de la dañosidad social

de las acciones y de la gravedad de las infracciones a la Ley, en el sentido de que éstas no constituyen las variables principales de la reacción criminalizadora y de su intensidad. (Baratta, 2002, p. 168)

Desde de la postura criminológica crítica realista de izquierda, los vulnerables son los más afectados: “Las máximas chances de ser seleccionado para formar parte de la ‘población criminal’ aparecen de hecho concentradas en los niveles más bajos de la escala social (subproletariado y grupos marginales)” (Baratta, 2002, p.172). Con ello se condensa la idea central de la desigualdad como supuesto del delito (etiología), pero paradójicamente también plantea el rol que destaca el Estado en la conformación de la realidad criminógena que se desea combatir, por lo que el panorama de la criminología no se limita a la comprensión de la causa inmediata de la criminalidad en un grupo social sino también en la causa más lejana pero más influyente:

La posición precaria en el mercado de trabajo (desocupación, subocupación, carencia de calificación profesional) y defectos de socialización familiar y escolar, que son característicos de quienes pertenecen a los niveles sociales más bajos y que en la criminología positivista y en buena parte de la criminología liberal contemporánea son

indicados como las causas de la criminalidad, revelan ser más bien connotaciones sobre cuya base los estatus de criminal son atribuido. (Baratta, 2002, p. 172)

Cobra sentido entonces que los grupos sociales con más carencias sean los destinatarios de la ley Penal. Una mirada rápida de nuestro país delata la posición en la que se encuentra la política criminal respecto de los últimos conceptos delictivos incorporados a la norma penal. Por tanto existe una correspondencia entre sujetos con carencia educacional, laboral, económica, de salud física y de salud mental con sujetos que han incurrido en hechos criminales. Tanto porque aquí es que se produce la desviación de la conducta respecto del sistema y porque aquí es donde el Estado pone énfasis al proceso criminalizador del derecho penal, obviando el carácter fragmentario en que debe intervenir.

En nuestro país los índices de violencia familiar (de tipo delictivo y no delictivo) impactan en mayor grado a los sectores más pobres. Por lo que un postulado como el planteado por la criminología crítica no deja de tener vigencia si hablamos de un proceso criminalizador cegado aún por el mito del derecho penal igual. El estudio estadístico sobre violencia contra la mujer en el Perú realizado por Rodolfo J. Castro y Renzo Rivera (2015) trabaja el quintil de riqueza como una variable que para efectos

de la investigación realizada por estos investigadores “refleja el nivel socioeconómico del que provienen las mujeres” (p. 115).

Para los mencionados autores:

Las pruebas *post hoc* demuestran la existencia de tres grupos dentro de los cuales las mujeres que provienen del segundo quintil son las que presentan un mayor índice de violencia en contraste con las mujeres del quintil superior que tienen un menor índice de violencia que las demás mujeres. (Castro y Riveras, 2015, p. 115).

Los mismos autores Castro y Riveras, citando a Zarza M. y Frojan M. (2015) concluyeron que:

Según la literatura revisada podríamos indicar que existe cierta unanimidad en la consideración de ciertos factores que, sin ser causales directos de violencia hacia la mujer, pudieran suponer un riesgo mayor de ocurrencia de comportamiento violento en la pareja. Nos referimos a condiciones socioeconómicas, pobreza, desempleo, marginación de la mujer, número de hijos, nivel educativo, consumo de alcohol y drogas y determinados tipos de personalidad. (p. 116)

Esta es muestra de que el concepto básico de la criminología crítica sobre la creación de pánico moral para criminalizar, la ruptura del mito del derecho penal igual y la estructuración social desigual conforman el enfoque más idóneo para comprender la causa criminal; y, que en todo caso la atención sobre el delincuente no debe estar únicamente enfocado a posturas criminológicas positivistas basadas en reeducación penitenciaria sino también en reeducación preventiva ambulatoria, dada la deliberada colocación del sujeto delictivo por el sistema penal y estatal en el estrato social que da inicio a la criminalización (la educación)².

Subcapítulo 3. Marco conceptual

2.3.1. La familia

Algunos aspectos de los conceptos de “familia” son comunes como la pluralidad de sus integrantes, el vínculo y la importancia para la estructuración social. Sin embargo, no es unívoco la concepción que se le ha dado, pues depende en gran medida de la concepción filosófica, política, económica, jurídica y/o social que se tenga para concebirla. Para Plácido Vilcachahua (2004) la familiar puede ser entendida en sentido

² Baratta plantea que: “La homogeneidad del sistema escolar y del sistema penal corresponde al hecho de que ambos realizan esencialmente la misma función de reproducir relaciones sociales y de mantener la estructura vertical de la sociedad, creando, en particular, eficaces contra impulsos a la integración de las capas más bajas y marginadas del proletariado, o incluso poniendo en acción procesos marginadores. Es por eso por lo que hallamos en el sistema penal, respecto de los individuos provenientes de los estratos sociales más débiles, los mismos mecanismos de discriminación presentes en el sistema escolar”. (2002, p. 184)

amplio, restringido e intermedio. Para este autor en sentido amplio la familia “es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo familiar (...) vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual, de la procreación y del parentesco” (p. 34). Plácido rescata este concepto como el que importa para el derecho de familia. En sentido restringido la familia comprende “sólo a las personas unidas por la relación intersexual o la procreación (...) padre, la madre y los que estén bajo su patria potestad” (Plácido, 2004, p. 34). Para el comentado autor este concepto tiene una orientación más social que jurídica por organizar a la familia únicamente a la nuclear. Finalmente para Plácido (2004) el concepto intermedio de la familia comprende a el “grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad de ella” (p. 35). Para este autor, éste concepto solamente tiene importancia social y por tal motivo la normatividad no la regula.

Estoy de acuerdo con lo planteado por Plácido Vilcachahua en la conceptualización graduada. Sin embargo, debo discrepar en el sentido de la importancia regulativa que para él está vinculada con la importancia social o jurídica. Pues para este autor por ejemplo el concepto intermedio no interesa a la regulación. Tal vez esta afirmación sea correcta desde que se toma como punto de partida únicamente los aspectos de vínculo parental para los efectos de los derechos que emanan directamente de tales vínculos: tenencia, alimentación, herencia, etc. Sin embargo desde el enfoque del conflicto todas las graduaciones han sido reguladas por la Ley: véase *infra* el artículo 2 del derogado TUO de la Ley 26260 (Ley de

Protección frente a la Violencia Familiar aprobado por Decreto Supremo 006-97-JUS); la Ley 30364, el Decreto Legislativo 1323 y el Código Penal incluyen como sujetos de violencia familiar a quienes habitan en el mismo hogar sin relación contractual, a los que han procreado hijos en común sin importar su convivencia; al conviviente, ex conviviente, padrastro, madrastra, a uno de los convivientes y los parientes del otro hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Incluso ahora desde la lucha liberal por la identidad promovida por la comunidad de LGBT (Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales), se atisba una ampliación al concepto de familia³ si en el futuro se admite legalmente familias conformadas a partir de la identidad de género y no de la divergencia biológica sexual. En este aspecto la antigua legislación había incorporado una disimulada protección al regular la violencia familiar entre personas que vivían bajo el mismo techo sin mediar relaciones contractuales, por lo que un hecho real podría haber sido que dos personas del mismo sexo en una relación amorosa convivientes, se hayan visto protegidas por la Ley de protección contra la violencia familiar, lo cual trastoca y pone en evidencia que el concepto de familia *frente al conflicto* no solamente se restringe a la comprensión intersexual, parentesco y procreación, abarcando mucho más aspectos como la circunstancia de convivencia y habitación y/o la relación de dependencia objetiva.

³ Por ejemplo el Código Penal ha incorporado en el artículo 46 la agravante genérica para la determinación de la pena la comisión del hecho por móvil de identidad de género.

De otro lado es importante tener en cuenta el concepto de familia des su concepción orgánica no es concebida como una persona jurídica, porque, según Bossert citado por Oswaldo Orna (2013): “no existe norma de la que pueda derivarse para que esta, como tal, sea titular de derechos y deberes” (p. 33-34).

Por último es necesario tener en cuenta para el concepto de familia, si en ésta el derecho a la privacidad de sus miembros se encuentra por encima de la potestad estatal para controlar los conflictos que en su interior se producen. Pues bien, desde la comprensión del interés que emana para la sociedad la familia tiene garantizado el derecho a la intimidad justamente hasta que el conflicto dentro de ella supera la integridad física, psicológica o económica de sus miembros.

2.3.2. Violencia familiar

La palabra violencia, según la RAE se deriva del latín *violentia* el que designa: impetuoso, feroz, cruel, destructor. Bajo estas características se puede desagregar: a) violencia grupal internacional (guerras) cuyos sujetos son los Estados; b) violencia grupal nacional (guerra civil) cuyos sujetos son El Estado y el grupo insurgente, por ejemplo la que desplegaron el MRTA (Movimiento Revolucionario Túpac Amaru) y Sendero Luminoso contra el Estado Peruano; c) violencia grupal nacional privada, cuyos actores son grupos humanos distintos al Estado, por ejemplo las que desatan dos barras de equipos de futbol contrarios; d)

violencia interpersonal particular con consecuencias delictivas la que a su vez puede ser de carácter doméstico (como por ejemplo las lesiones graves o lesiones psicológicas entre cónyuge, ascendente o descendente) y no doméstico (las producidas entre personas sin vínculo parental); y e) la violencia interpersonal con consecuencias no delictivas que también puede ser de carácter doméstica y no doméstica.

Existe violencia familiar delictiva y no delictiva. La Violencia Familiar no delictiva viene a ser aquella agresión física o psicológica contra una persona con vínculo biológico o ficto (*vid supra*), no especificada en un tipo penal. En tal caso un acto de violencia familiar no delictiva es aquella cuyo resultado físico, psicológico o económico no representan una afectación a un bien jurídico de importancia penal. Con el artículo 2 del Decreto Legislativo 1323, publicado el 06 enero 2017 se ha incorporado el artículo 122-B al Código Penal⁴ que regula el delito de “agresión contra las mujeres o integrantes del grupo familiar” con el cual se ha establecido que todo acto de violencia física o psicológica en el seno familiar constituye delito, prescindiendo en este caso del quantum de las lesiones. De este modo la violencia no delictiva, por un lado ha quedado reducida al supuesto de la violencia económica prevista en el párrafo d) del artículo 8 de la Ley 30364 el cual establece que: “Violencia económica o patrimonial. Es la acción u omisión que se dirige a ocasionar un

⁴ El que de cualquier modo cause lesiones corporales a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar que requieran menos de diez días de asistencia o descanso, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación conforme al artículo 36.

menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de cualquier persona (...)" . Por otro lado, también ha quedado reducida a las faltas contra la persona contra la vida el cuerpo y la salud regulada en el numeral b) del segundo párrafo del artículo 442 del Código Penal.

2.3.3. Vínculo Familiar

El vínculo familiar describe normativamente la ramificación del tronco biológico en el que han nacido un grupo de personas. Sin embargo, como se dijera *supra* la Ley establece vínculos de orden formal que carecen de vinculación natural, tal es el caso de los cónyuges, de los convivientes, ex convivientes, parentescos por afinidad, padrastros, madrastras, personas bajo el mismo techo, etc. Esta inclusión de vínculos *fictos* se ha presupuesto con la finalidad de resguardar el orden desde los miembros de la familia nuclear hasta los extremos razonables que pudieran influir en esta y el grupo humano que funge de familia. Así conforme al artículo 2 del TUO de la Ley 26260, aprobado por Decreto Supremo 006-97-JUS definió a ésta así:

Para los efectos de la presente Ley, se entenderá por violencia familiar, cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual, que se produzcan entre: Cónyuges, Ex cónyuges, Convivientes, Ex convivientes, Ascendientes, Descendientes, Parientes colaterales hasta el cuarto

grado de consanguinidad y segundo de afinidad; Quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales; Quienes hayan procreado hijos en común, independientemente que convivan o no, al momento de producirse la violencia; Uno de los convivientes y los parientes del otro hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, en las uniones de hecho.

Por su parte, el párrafo b) del artículo 7 de la Ley 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar) ha establecido que:

Son sujetos de protección de la Ley:

(...) b. Los miembros del grupo familiar. Entiéndase como tales, a los cónyuges, ex cónyuges, convivientes, ex convivientes; padrastros, madrastras; ascendientes y descendientes; los parientes colaterales de los cónyuges y convivientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; y a quienes, sin tener cualquiera de las condiciones antes señaladas, habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales; y quienes hayan procreado hijos en común, independientemente que convivan o no, al momento de producirse la violencia.

Como se ve la violencia familiar (sin consideraciones liminares de su naturaleza delictiva o no) en el marco del conflicto está definida por la relación conflictiva entre personas con relación biológica y por sucedáneos de relación familiar, como la afinidad, la locación y la relación sentimental semejante al de la familia.

2.3.4. Reincidencia en actos de violencia familiar

Reincidencia expone la idea de la comisión de un hecho de igual naturaleza que cometió una misma persona. Su definición y desarrollo *ad hoc* se la ha desarrollado en materia penal, para establecer el grado de reprochabilidad en la determinación de la pena ante la comisión de un nuevo delito, esto desde el inevitable enfoque de la culpabilidad⁵. Esto lo podemos verificar en la descripción normativa del artículo 46-B del Código Penal (modificado por el Decreto Legislativo 1181, publicado el 27 julio 2015) que a la letra dice:

El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años.

⁵ Para Reátegui (2014) el concepto material de culpabilidad puede basarse en exigencias de la ética, de seguridad pública, en el fin de la pena, o en la conducción de los impulsos del hombre. Todos estos criterios, si se observan son casi pre jurídicos y algunos muy cercanos con la moral. Se habla también de un concepto material de culpabilidad que enlaza perfectamente con el marco socio jurídico imperante, adaptándose a él.

La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

La reincidencia penal contiene una conducta que impacta un bien jurídico que la Ley penal considera suficientemente importante para su categorización de delito y, además, considerando que se trata de la libertad personal involucrada en la consecuencia delictiva, establece un plazo (cinco años) dentro de los cuales la nueva conducta penal se considerará conducta reincidente.

Para los casos de la violencia familiar la reincidencia no ha sido aludida normativamente pese a que es un fenómeno existente. Y al no hacerlo, tampoco siquiera existe un plazo para considerar reincidente a un agresor, por lo que bien pueden pasar diez años y una nueva agresión será mérito para procesarlo penalmente por desobediencia y resistencia a la autoridad. Esto es tal vez la ambigüedad y subsidiarismo a la Ley de violencia familiar. En todo caso para los casos de violencia familiar que investigamos, la reincidencia se produce cuando existe un nuevo hecho que comportan violencia física o psicológica por el mismo sujeto agresor sobre el mismo sujeto agredido. Para ello ha debido existir un antecedente de investigación fiscal en curso o proceso judicial ejecutoriado.

2.3.5. Formas de violencia familiar

La violencia familiar puede ser: física, psicológica, sexual y económica. Estos tipos de violencia han sido recogidos en el artículo 8 de la Ley 30364.

La violencia física implica la acción que produce daño a la integridad corporal o a la salud de la víctima. La conducta aquí descrita puede ser positiva o negativa (omisión), puesto que la afectación corporal o sobre la salud se puede dar omitiendo dolosamente ciertos cuidados sobre la víctima y causarle afectación somática. Un aspecto importante que resulta importante mencionar aquí es que el artículo 8 de la Ley 30364 considera a la lesión culposa como violencia familiar. Aquí nos parece su regulación, puesto que implicaría asumir que los hechos lesivos culposos previstos en el artículo 124 del Código Penal deberán tratarse también con medidas de protección. Si revisamos las medidas de protección, éstas están estructuradas sobre una conducta dolosa (finalista) no culposa. La norma de la Ley 30364 admite una suerte de equiparación de los efectos de una lesión culposa con una dolosa, lo cual resulta altamente contradictorio si consideramos de arranque que la culpa como elemento subjetivo requiere un exigente análisis *ex ante* de la: posición de garante, del quebrantamiento de una regla; de la posibilidad de previsión. Esto sin considerar las exigencias de la teoría de la imputación objetiva. Por tal motivo creo que es un exceso regulatorio.

La **violencia psicológica** comporta una conducta del agresor dirigido a controlar o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla o avergonzarla y que puede ocasionar daños psíquicos. Esta descripción realizada por la Ley, admite límites a la finalidad del agresor con la conducta violenta. Si bien resulta importante la finalidad de la conducta violenta del agresor, lo cierto es que basta con que el autor se represente la posibilidad de causar daños a la psiquis de la víctima con su conducta dolosa. En resumidas cuentas la violencia psicológica es aquella conducta dolosa que produce un daño psicológico o psíquico.

La **violencia sexual** comporta toda la gama de actos que dirigen a invadir y a conculcar la libertad o indemnidad sexual de la víctima. Esto puede ser desde tocamientos indebidos, hasta el acceso carnal no consentido. La Ley 30364 ha incluido abiertamente actos que no involucren penetración ni contacto físico, y la exposición a material pornográfico; en realidad estos supuestos parecen ser más un tipo de violencia psicológica de contenido sexual. Finalmente violencia sexual sería aquellos actos que vulneren el derecho de las personas a decir acerca de su vida sexual o reproductiva, cuando en tal vulneración se produzca amenaza, coerción, uso de la fuerza o intimidación. Según Sokolich Alva María, citada por Orna (2013) la violencia sexual se puede materializar como acoso en momentos inoportunos; burla de su sexualidad, sea en público o privado; acusación de infidelidad; exigencia para ver material pornográfico; ignorar o negar sentimientos sexuales; criticar su cuerpo y su manera de hacer el amor; tocar de manera no consentida, o forzar a tocar lo que no desea;

pedirle sexo constantemente; forzar a la mujer a desvestirse; exigir sexo con amenazas; impedir el uso de métodos de planificación familiar; violar o complacerse con el dolor durante el sexo.

Por último, la **violencia económica** o patrimonial, comporta actos u omisiones del agresor dirigidos a menoscabar los recursos económicos o patrimoniales de la víctima. El patrimonio de una persona está constituida por los bienes y los derechos de crédito que ésta tenga (podemos incluir incluso las obligaciones en contra). Para la Ley tal violencia patrimonial se puede dar cuando: a) se perturba la posesión, tenencia o propiedades de los bienes de la víctima; b) pérdida, sustracción, destrucción, retención o apropiación indebido de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer las necesidades de la víctima, necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; así como la evasión del cumplimiento de sus obligaciones alimentarias; d) la limitación o control de los ingresos de la víctima, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo. Respecto de esta modalidades de violencia es necesario precisar que en cuanto a los actos de despojo o perturbación de la posesión, la Ley abre la posibilidad de que en los casos de las investigaciones de los delitos de usurpación entre personas vinculadas (intersexual, parentesco, misma vivienda, afinidad) se adopten medidas de protección paralelas a la investigación y proceso de usurpación.

La **violencia familiar delictiva** está determinado por aquellas conductas prescritas en la Ley Penal, por ejemplo en el párrafo e) del inciso 3 del artículo 122 del Código Penal, es decir violencia que generen lesiones leves (más de diez y menos de treinta días de descanso o asistencia).

La **Violencia no delictiva**, Está determinado por la violencia Psicológica Leve (es decir que no constituya delito de lesiones leves según lo prescrito por el artículo 124-B del Código Penal⁶); o, lesión física con quantum de lesiones menos de 10 días de asistencia o descanso médico que se den entre ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, cónyuge o conviviente del agente, dependiente o subordinación (sujetos invocados en los supuestos previstos en el inciso d) y e) del inciso 3 del artículo 122 del Código Penal); las lesiones físicas o psicológicas a ex cónyuges, ex convivientes; padrastros, madrastras; los parientes colaterales de los cónyuges y convivientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; y a quienes, sin tener cualquiera de las condiciones antes señaladas, habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales; y quienes hayan procreado hijos en común, independientemente que convivan o no, al momento de producirse la violencia (regulados en párrafo b) del artículo 7 de la Ley 30364)⁷. Actualmente también es violencia familiar no delictiva en el Perú,

⁶ Artículo 124-B del Código Penal, incorporado por la Ley 30364: El nivel de la lesión psicológica es determinado mediante valoración realizada de conformidad con el instrumento técnico oficial especializado que orienta la labor pericial, con la siguiente equivalencia:

- a. Falta de lesiones leves: nivel leve de daño psíquico.
- b. Lesiones leves: nivel moderado de daño psíquico.
- c. Lesiones graves: nivel grave o muy grave de daño psíquico.

⁷ Inciso b) del artículo 7 de la Ley 30364: Son sujetos de protección de la Ley: (...)

- b. Los miembros del grupo familiar. Entiéndase como tales, a los cónyuges, ex cónyuges, convivientes, ex convivientes; padrastros, madrastras; ascendientes y descendientes; los parientes colaterales de los cónyuges y convivientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; y a

la violencia económica y las faltas contra la persona en su forma de maltrato previsto en el párrafo b) del artículo 442 del Código Penal.

2.3.6. Derechos disponibles e Indisponibles

Vienen a ser los derechos sobre los cuales las partes pueden realizar efectos obligacionales para su creación, extinción o modificación. Por ejemplo el derecho de crédito pignoraticio, se puede cancelar mediante la transacción. El carácter disponible o indisponible de los derechos lo determina su naturaleza, la misma que suele estar implícita en la Ley⁸. No obstante, la distinción no es pacífica en la medida que cabe la posibilidad de valorizar económicamente incluso derechos no patrimoniales como por ejemplo el honor. Esto último se logra mediante la pretensión indemnizatoria frente a la afectación a tales derechos.

El concepto de Derechos Disponibles lo debe conformar la posibilidad de disposición en términos sustantivos y procesales. En su dimensión sustantiva cabe la posibilidad de disponer desde la vertiente patrimonial (cuyos efectos también se pueden trasladar al ámbito procesal). En la dimensión adjetiva la disponibilidad de los derechos deberán estar autorizados por la Ley en el sentido que las partes pueden decidir sobre la intervención o incluso la sustracción del heterocompositor. Así, por

quienes, sin tener cualquiera de las condiciones antes señaladas, habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales; y quienes hayan procreado hijos en común, independientemente que convivan o no, al momento de producirse la violencia.

⁸ La Ley de Conciliación Extrajudicial, Ley N° 26872, modificada por el Decreto Legislativo N° 1070 y el nuevo Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2008-JUS, desarrollan el carácter disponible e indisponible de los derechos en el marco de las materias conciliables.

ejemplo, el derecho crediticio puede ser renunciable antes del proceso, lo cual impide la intervención oficiosa de un heterocompositor (juez o árbitro). En vigencia del proceso el acreedor material puede renunciar al derecho de crédito mediante un acto de autonomía privada como la condonación material, logrando que el Juez sustraiga su jurisdicción sobre el proceso instaurado con la demanda. Asimismo dentro del proceso el acreedor mediante actos procesales puede provocar que el Juez deje de conocer la causa iniciada por aquel: el desistimiento del proceso provoca que el juez archive el proceso dejando a salvo la pretensión es decir el derecho material queda incólume para sustanciarlo en otra oportunidad; mientras que el desistimiento de la pretensión conlleva a equiparar el archivo con una sentencia infundada con calidad de cosa juzgada⁹.

Como se puede ver, un derecho disponible no solamente es aquel sobre el cual la persona puede patrimonializar su contenido (pues hay derechos no patrimonializables como la filiación) sino además puede gestionar su derecho sin la intervención de la judicatura (antes del proceso) o puede hacer que la judicatura se sustraiga de su avocamiento (durante el proceso). Por lo tanto un derecho disponible debe ser analizado dicotómicamente: sustantividad y adjetividad.

⁹ Véase los artículos 340, 343 y 344 del Código Procesal Civil.

2.3.7. Fragmentarismo normativo

Desde la postura criminológica abolicionista el fragmentarismo supone la negación de determinados fenómenos que la norma penal soslaya al incorporar el tipo penal como método de control social. Sus implicancias tienen que ver con la satisfacción del interés público en la persecución criminal abandonando el interés particular de la víctima, del agente y de los terceros que rodean el drama delictivo.

La operación de fragmentarismo se da cuando la norma penal crea un supuesto subjetivo (sujeto) que se convierte en un concepto de operación silogística en la aplicación de la Ley. Ello trae como consecuencia que el persecutor (fiscal) y la judicatura terminen decidiendo en función del supuesto normativo para establecer la vigencia de la norma penal y del sistema penal como interés supremo, apartándose de una posición remediadora integral al conflicto.

Un ejemplo que describe éste fenómeno lo plantea Louk Hulsman (1993):

Muy a menudo, los debates concernientes a estas tres categorías son llevados a cabo en forma fragmentaria, tomándose las decisiones de la misma manera. Por ello, la cuestión relativa al rol del sistema penal con respecto a la violencia sexual en contra de las mujeres, puede ser abordada sin tomar en cuenta las cuestiones incluidas en la segunda categoría, como por ejemplo, el

fortalecimiento de las desigualdades sociales resultante de la intervención del sistema penal. (p. 81)

El fragmentarismo puede ser un fenómeno deliberado del orden de la política criminal o una consecuencia soslayada y revisado luego que ha culminado el proceso de criminalización. En ese sentido, resulta trascendente prestar especial atención al análisis, considerando que el nivel de abstracción y conceptualización de la norma penal o norma sancionadora en general, corre el riesgo de crear conceptos sobre sujetos, hechos y circunstancias que distan de la realidad ya sea por procesos históricos, fallas interpretativas, fallas estadísticas, enfoques no finalistas etc.

CAPÍTULO 3. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Subcapítulo 1. Reincidencia de los actos de violencia familiar en el Perú

La reincidencia de la violencia familiar es un fenómeno que se presenta en muchos países:

(...) en países como Francia, Alemania, Estados Unidos, aumentaron las investigaciones alrededor de la violencia en la familia. Por ejemplo, las investigaciones realizadas por Richard Gelles, con un grupo de hombres americanos, encontró que en el 56% de las familias estudiadas, ocurría por lo menos una vez la violencia física entre los esposos y en el 26% los esposos agredían a sus mujeres regularmente. (Orna, 2013, p. 256)

Estados Unidos tampoco es ajena a esta realidad. Según las investigaciones realizadas por Roger Lang Ley y Richard Levy citados por Orna (2013):

(...) existen 28 millones de mujeres maltratadas en los Estados Unidos. Además, esa misma fuente dice que en el Centro de Quejas para Residentes en Washington D.C. recibieron en un año, entre 7,500 y 10,000 quejas de mujeres maltratadas.

Estudios realizados por el Departamento de Policía de Kansas City, llegaron a la conclusión de que en el 85% de casos de mujeres asesinadas por sus maridos, la policía había sido llamada antes por lo menos 5 veces

por las agraviadas, lo que confirmaba la hipótesis de que la violencia se intensificaba al interior de los hogares con el tiempo, y que si la policía podía intervenir a tiempo debidamente, podían prevenirse los asesinatos. (p. 256)

En nuestro país el panorama no resulta ser diferente. Los índices de estadística alarman. Una mirada escueta a los números podría hacernos suponer que no es grave el problema puesto que algunos indicadores no superen el cincuenta por ciento de la muestra estudiada. Sin embargo, basta con índices que bordeen el diez por ciento de la muestra, pues en números enteros el impacto real de la reincidencia recae sobre un grupo de cientos de miles de personas.

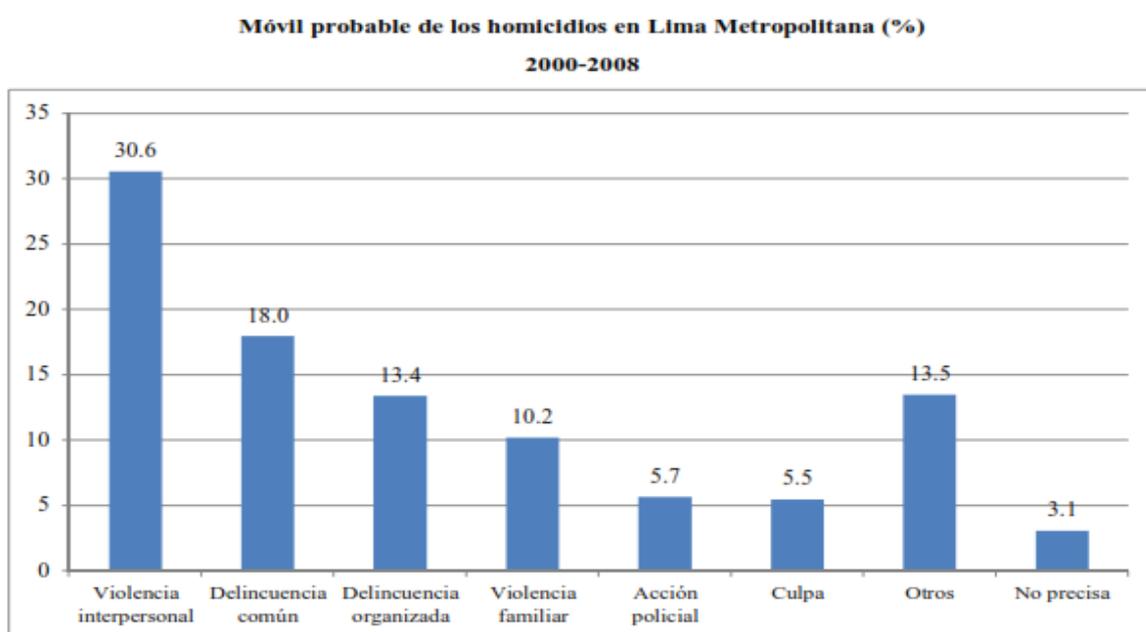
3.1.1. Estadística principal en el Perú

3.1.1.1. Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público

El Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público registra que entre los años 2009 y 2012, fueron asesinadas 512 mujeres en un contexto de feminicidio en el país. El 73.0 % fueron cometidos por la pareja o expareja, el 14.5 % por algún familiar, el 6.8 % (...) El crecimiento de las denuncias por faltas contra la persona entre 2001 y 2006 tendría relación con el registro, por parte de la Policía, de las denuncias por violencia familiar en esa categoría¹⁰. Ello no es sino indicador que la violencia doméstica

¹⁰ Plan Nacional de Seguridad Ciudadana 2013-2018, aprobado por el Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana CONASEC en sesión del 12 de julio de 2013. Aprobado por Decreto Supremo N 012-2013-IN como Política Nacional del Estado Peruano el 28 de julio de 2013 (páginas 25 y 30)

no se puede entender como un solo acto del agresor, sino como actos repetitivos los que incluso conllevan a conductas delictivas como feminicidio. Así por ejemplo entre los años 2000 y 2008, se pudo determinar que “las violencias interpersonales –peleas y riñas- e intrafamiliar (41.0%) fue la principal causa perpetradora de homicidios”¹¹. Así, se observa del siguiente gráfico¹²:



Fuentes: Gushiken, Alfonso; Costa, Gino; Romero, Carlos; y Privat, Catherine (2010). *¿Quiénes son asesinados en Lima? ¿Cómo, cuándo y por qué?* Lima: Ciudad Nuestra, p. 48.

Gráfico 01: Móvil probable de los homicidios en Lima Metropolitana, 2000-2008

3.1.1.2. Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)

Por otro lado según la nota de prensa N.º 174 del 23 de noviembre de 2013, emitida por el Instituto Nacional de

¹¹ Plan Nacional de Seguridad Ciudadana 2013-2018. *Ibíd.*

¹² Plan Nacional de Seguridad Ciudadana 2013-2018. *Ibíd.*

Estadística e Informática (INEI):“De acuerdo con el estado conyugal, el 56,8% de las mujeres entre 15 y 49 años de edad alguna vez unidas que fueron agredidas físicamente o sexualmente son divorciadas, separadas o viudas; mientras que, el 34% son casadas”.¹³

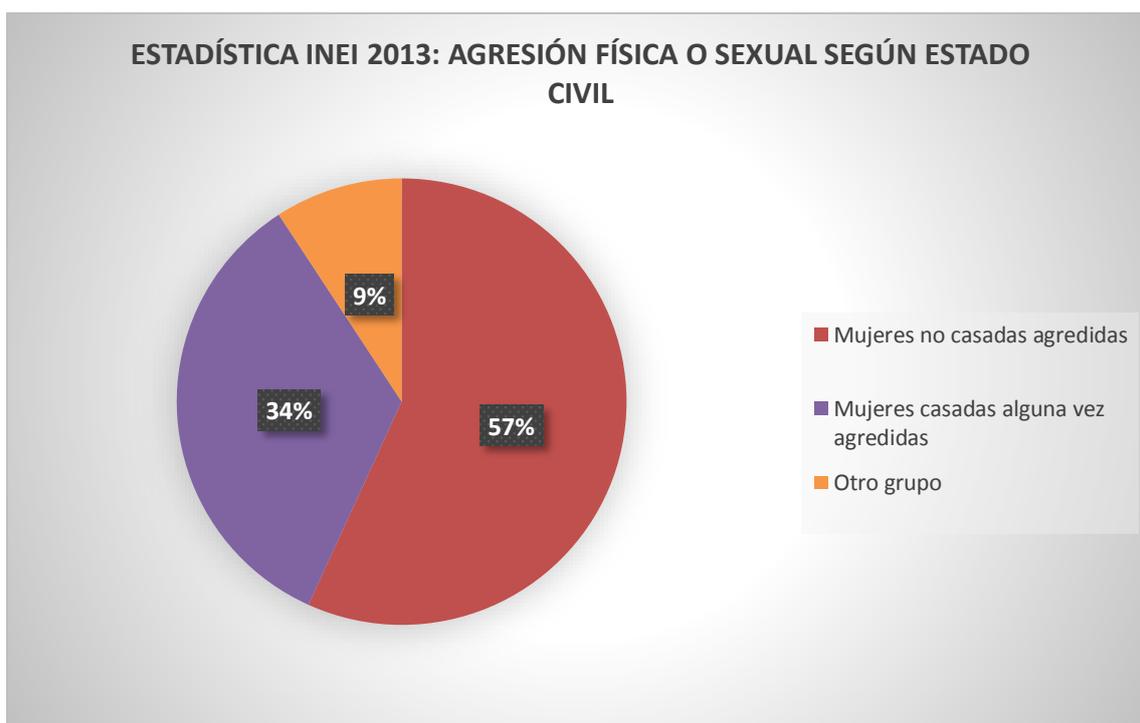


Gráfico 02: INEI 2013, agresión física o sexual según estado civil.

Fuente: Elaboración propia.

Por su parte la nota de prensa N.º 075 del 21 de mayo de 2014, el INEI informó los resultados de la encuesta demográfica y salud familiar del año 2013 en donde se ha establecido que:

¹³ Disponible en: <https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/37-de-cada-100-mujeres-fueron-victimas-de-violenci/>

El INEI preguntó a las mujeres alguna vez unidas (casada, conviviente, divorciada, separada o viuda) si su actual o última pareja (esposo o compañero) había ejercido violencia física y/o sexual contra ellas y si estas situaciones se presentaron durante los doce meses anteriores a la encuesta. El 12% manifestó haber sufrido violencia física y/o sexual por parte del esposo o compañero. El mayor porcentaje ocurrió en mujeres de 15 a 19 años, con educación secundaria y ubicada en el segundo quintil de riqueza y en los departamentos de Apurímac, Cusco, Madre de Dios y Ayacucho. Además, el 2,6% de las mujeres entrevistadas declaró que su esposo o compañero las obligó a tener relaciones sexuales sin su consentimiento¹⁴.

Mediante la nota de prensa N.º 183 del 24 de noviembre de 2014, el INEI reportó que:

A nivel de toda su vida, el 71,5% de las mujeres de dicho grupo de edad (entre 15 y 49 años), manifestó haber sido agredida física o sexualmente por parte de su esposo o compañero. Según tipo de agresión, el 67,5% sufrieron violencia psicológica y/o verbal, 35,7% violencia física y 8,4% fueron agredidas sexualmente. Los resultados de la

¹⁴ Disponible en: <https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/37-de-cada-100-mujeres-fueron-victimas-de-violenci/>

Encuesta Demográfica y de Salud Familiar – ENDES 2013 muestran que las mujeres víctimas de violencia, soportaron empujones, golpes, patadas, amenazas o agresiones con cuchillo o pistola u obligadas a tener relaciones sexuales sin su consentimiento¹⁵.

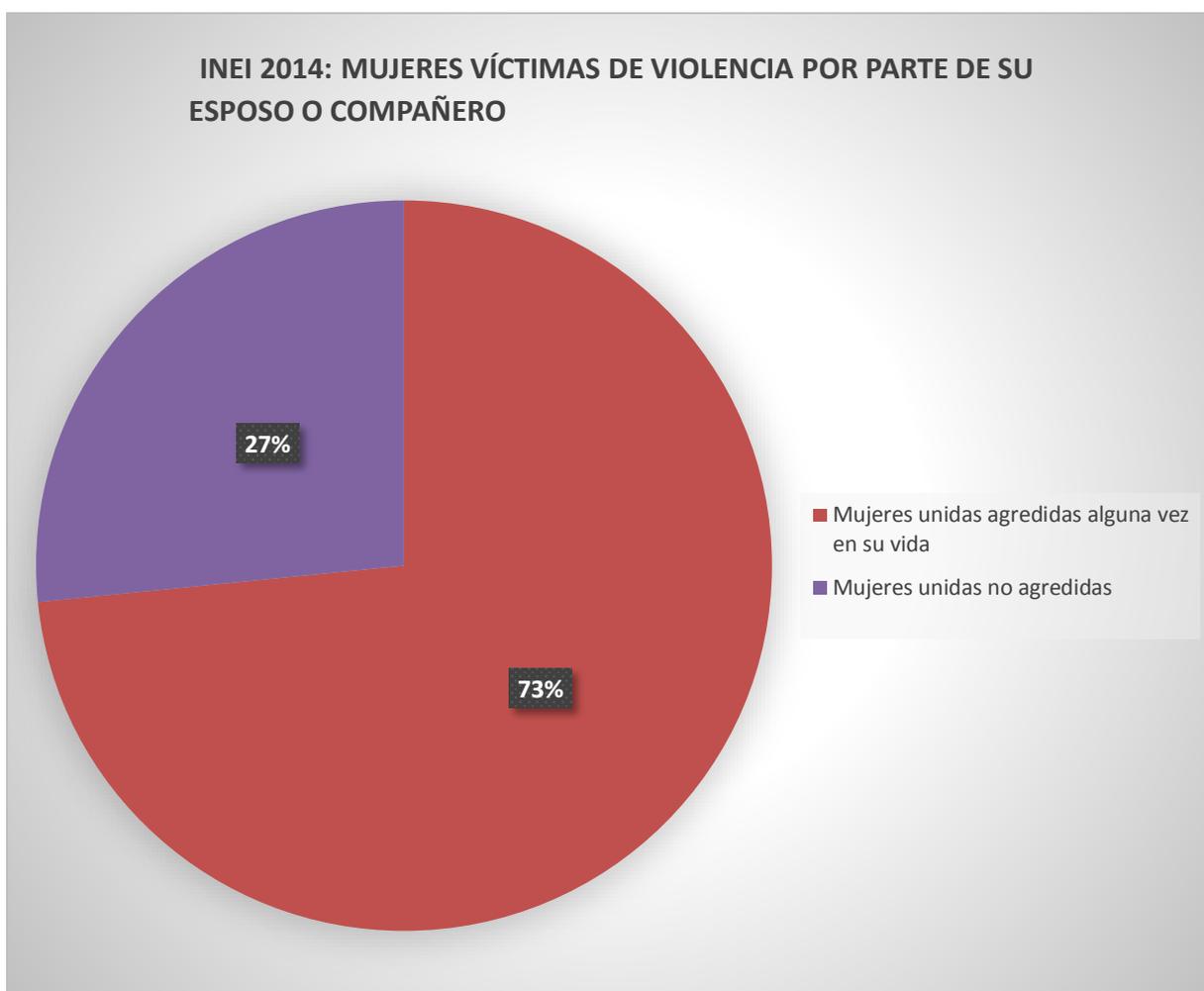


Gráfico 03: INEI 2014: Mujeres víctimas de violencia por su esposo o compañero.

Fuente: Elaboración propia

¹⁵ <https://www.inei.gov.pe/prensa/noticias/12-de-cada-100-mujeres-fueron-victimas-de-violencia-por-parte-de-su-esposo-o-companero-7856/>

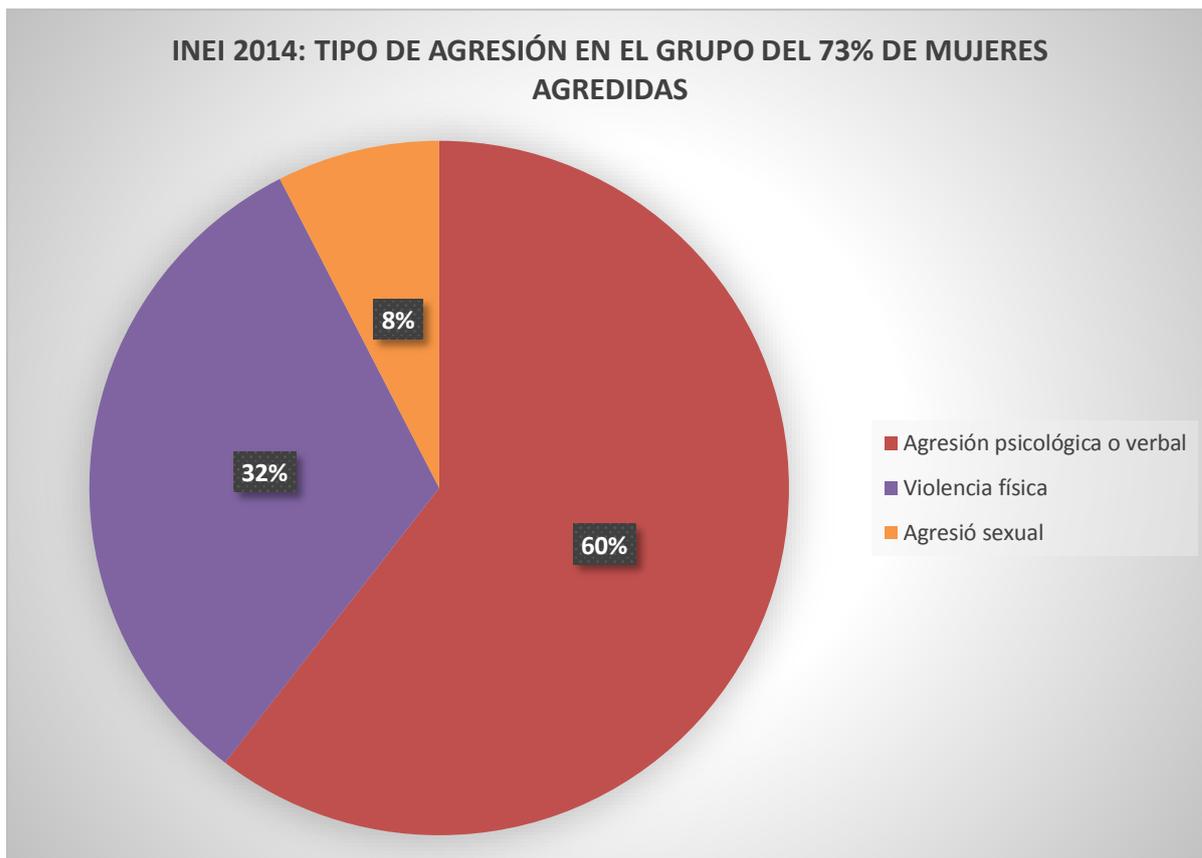


Gráfico 04: INEI 2014: Tipo de agresión en el grupo del 73% de mujeres agredidas.

Fuente: Elaboración propia

La nota de prensa N.º 200 del 24 de noviembre de 2015 emitida también por el INEI ha registrado que:

“El 12,8% de las mujeres alguna vez unidas, entre 15 y 49 años de edad, fueron víctimas violencia física y/o sexual por parte del esposo o compañero, en los últimos doce meses. Según lugar de residencia, en el área urbana, el porcentaje de mujeres que sufrieron este tipo de violencia alcanzó 12,8% y en el área rural fue 12,9%. (...) El 42,9%

de las mujeres de 15 y 49 años de edad que fueron víctimas de violencia física no buscó ayuda por no considerarlo necesario, 15,6% no lo hizo por tener vergüenza y el 12,6% no sabía a donde ir, entre otras razones. (...)Según la relación de la víctima con el victimario, 75 de las víctimas de feminicidio fueron atacadas por su pareja o ex pareja, 6 por un conocido u otra persona y 2 por un familiar”¹⁶

La nota de prensa N.º 84 del 11 de mayo de 2016 se reportó que:

En el año 2015, el 28% de las mujeres de 18 y más de edad actualmente unidas, han sido víctimas de violencia psicológica, física o sexual por parte del esposo o compañero en los últimos 12 meses, informó el Jefe del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), Dr. Aníbal Sánchez Aguilar. Asimismo, informó que alguna vez en su vida, el 65,2% de las mujeres fueron víctimas de violencia psicológica, física y sexual”¹⁷. Finalmente la nota de prensa N.º 124 del 05 de julio de 2016 reportó que: “en el año 2015, el 73,8% de niñas y niños, fueron víctimas de violencia psicológica o física alguna vez, por parte de las personas con las que vive. El 58,9% fueron víctimas de

¹⁶ Disponible en: <https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/13-de-cada-100-mujeres-alguna-vez-unidas-fueron-victimas-de-violencia-por-parte-del-esposo-o-companero-8748/>

¹⁷ Disponible en: <https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/en-los-ultimos-12-meses-el-282-de-las-mujeres-de-18-y-mas-anos-fueron-victimas-de-violencia-por-parte-del-esposo-o-companero-9039/>

violencia psicológica y el 58,4% de violencia física; mientras que el 43,5% manifestaron haber sido víctimas de violencia psicológica y física a la vez¹⁸

3.1.1.3. Corte Superior de Justicia de Lima Norte

De otro lado, los resultados de la investigación realizada en la Corte Superior de Justicia de Lima Norte por Miguel Ángel González Barbadillo, rescata una muestra cuyos resultados son los siguientes:

En el análisis de sentencias por violencia familiar en una muestra de 300 expedientes de los juzgados especializados de familia (1, 3 y 4) en los años 2007 y 2008, a razón de 50 sentencias por año y por juzgado, se obtienen los siguientes resultados. En el año 2007, se declaró fundada la demanda (95,30%), se ordenó terapias de apoyo (96,67%), se ordenó el cese de la violencia familiar (95,33%), se dispuso medidas de protección (97,30%); el 87,3% de las víctimas son de sexo femenino, el 96% de los agresores son varones. En el 2008, se declaró fundada la demanda (96,7%), se ordenó terapias de apoyo (96,67%), se ordenó el cese de la violencia (97,33%) y no se decretó ninguna medida de protección; el

¹⁸ Disponible en: <https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/mas-del-40-de-las-ninas-y-ninos-fueron-victimas-de-violencia-fisica-o-psicologica-en-los-ultimos-12-meses-9191/>

84% de las víctimas son mujeres y el 93,3% de los agresores son varones. En ambos años ningún juzgado ha establecido indemnización a favor de la víctima.

Desde la perspectiva de los magistrados (fiscales y jueces) entrevistados, no confían que la Ley 26260 solucione el conflicto de violencia familiar en los hogares (91,67%); respecto a la tramitación de la violencia familiar (en la vía penal y tutelar), el 66,67% está a favor de la instancia única y el 33,33% prefiere procesos distintos.

En cuanto a la penalización de la violencia familiar, el 58,33% refiere que solo en algunos casos y el 33,32%, en todos los casos; respecto a si la conciliación acaba con la violencia familiar, todos refieren que no. Sobre si existe reincidencia de las agresiones, el 83,33% refiere que sí y el 16,67%, solo en algunos casos; respecto a las medidas de protección, el 75% aplica garantías personales, el 16,67%, el retiro del agresor, y el 8,33%, otras medidas establecidas en Ley. (Bardales, 2012, p. 96)

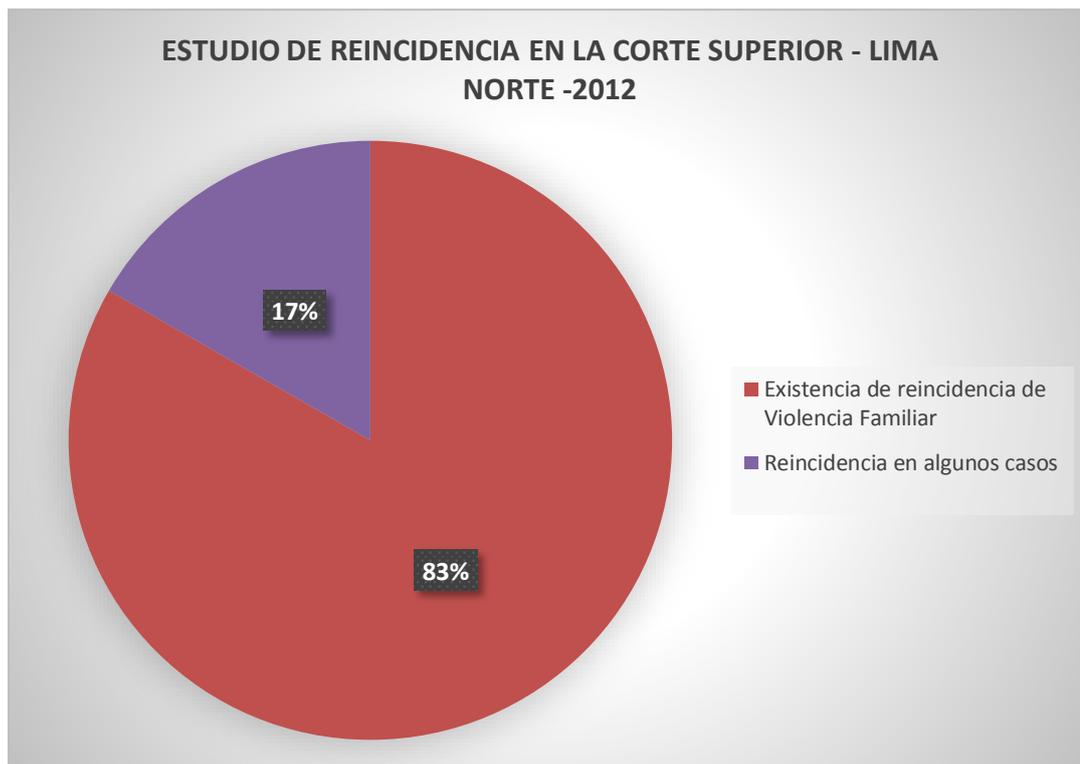


Gráfico 05: Reincidencia en la Corte Superior de Lima Norte 2012.

Fuente: Elaboración propia.

En suma, de las investigaciones exploratorias que han dado lugar a la estadística anteriormente relatada, podemos concluir que en efecto el fenómeno de la reincidencia sobre la violencia familiar ha sido determinado tanto por la Organización Mundial de la Salud, el Instituto Nacional de Estadística e Informática, por el otrora MIMDES, hoy Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público y también por el Poder Judicial.

3.1.1.4. Organización Mundial de la Salud

Por su parte la Organización Mundial de la Salud (2002) ha asumido que la reincidencia en los actos de violencia familiar existe en toda sociedad, así se ha expresado:

Los sistemas nacionales de salud, en su conjunto, deberían aspirar a dispensar una asistencia de alta calidad a las víctimas de todos los tipos de violencia, así como los servicios de rehabilitación y apoyo necesarios para prevenir ulteriores complicaciones. Las prioridades son, entre otras: (...) reconocer los signos de incidentes violentos o de situaciones de violencia continua, y enviar a las víctimas a los organismos adecuados para ofrecerles seguimiento y apoyo; garantizar que los servicios de salud, judiciales, policiales y sociales eviten la «sobre-victimización» y disuadan eficazmente a los autores de actos violentos de reincidir. (p. 47)

3.1.2. Esquema procedimental que propicia la reincidencia de violencia familiar de fuente no delictiva

Con la nueva Legislación y actual reglamentación de la Ley 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar) el Juez de Familia es el *único* que tiene

potestades para dictar medidas de protección a favor la *presunta* víctima y decidir sobre el tratamiento al agresor. .

En conformidad con el artículo 24 de la Ley 30364¹⁹, una nueva de agresión no delictiva conlleva a la iniciación la investigación penal por el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad, delito que conforme al artículo 368 del Código Penal, contiene una pena de no menor de seis meses y no mayor de dos años²⁰. Según las reglas de la determinación de la pena, si el agente es primario, el imputado tendrá una pena siempre por debajo de los cuatro años. Con un criterio de irreprochabilidad menor en la mayoría (si no en todos) los casos se obtendrá una pena de carácter suspendida, para cuya ejecución se requerirá imposición de reglas de conducta y el pago de la reparación civil a favor del Estado.

Una tercera agresión no delictiva podría darse sin que se logre inocuizar²¹ al agente inmediatamente, puesto que pese a haberse impuesto como medidas de protección acciones u omisiones relacionados con la víctima de la agresión originaria, el procedimiento de revocatoria de pena no tiene fase probatoria, por lo tanto en este procedimiento no se puede demostrar

¹⁹ Artículo 24 de la Ley 30064 establece que:

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

²⁰ El artículo 368 del Código Penal establece:

El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años.

Cuando se desobedezca la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de la libertad será no menor de seis meses ni mayor de cuatro años o prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas

²¹ La inocuización está referida al internamiento en un centro penitenciario para extraer de la sociedad al agente criminal. Es una consecuencia de la determinación judicial de la comisión de un delito y que tiene calidad de cosa juzgada.

la existencia o no de una nueva agresión. Por ello es necesario esperar que concluya el proceso penal nuevo de desobediencia y resistencia a la autoridad a fin de solicitar la revocatoria de pena del proceso prístino por la causal de comisión de nuevo delito doloso.

Hasta aquí el sistema puede hacernos ver tres actos de agresión no delictiva que el sistema de justicia propicia según su configuración y que es correlato de la estadística referida anteriormente.

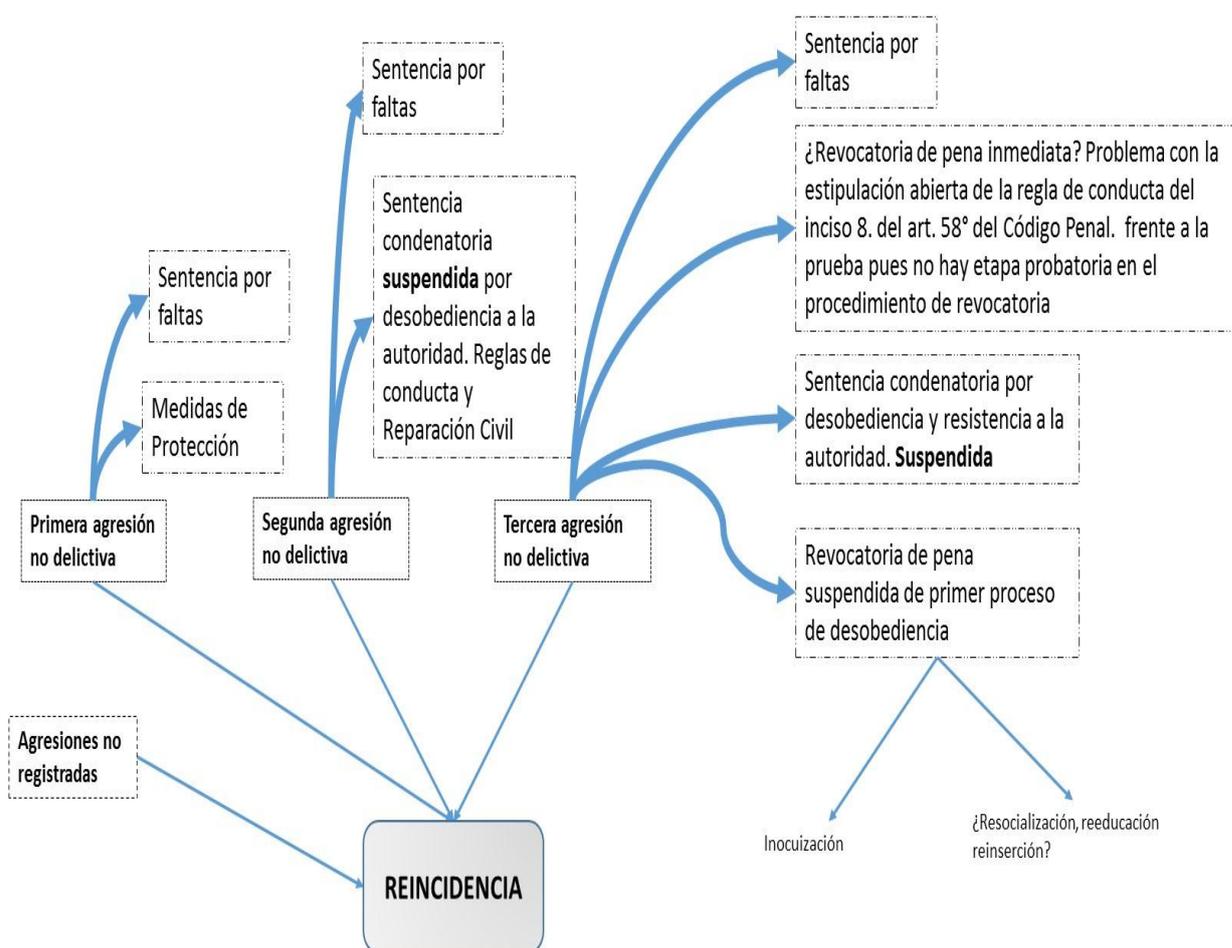


Gráfico 06: Esquema de reincidencia de violencia de origen no delictivo

Fuente: Elaboración propia.

3.1.3. Esquema procedimental que propicia la reincidencia de violencia familiar de fuente delictiva

Cuando la agresión constituye *delito* de lesiones leves se ordenan medidas de protección a cargo siempre del juez de familia y también se inicia un proceso penal por el delito de lesiones por violencia familiar siempre que ésta se haya cometido entre ascendientes, descendientes, cónyuges o convivientes²². En el proceso penal, se obtendrá una condena de pena privativa de la libertad con carácter de suspendida, siempre que el autor sea agente primario, por lo que impondrán reglas de conducta y reparación civil.

Si la nueva agresión es no delictiva, se procesará al agresor por desobediencia y resistencia a la autoridad. Para inocuizar al agresor, luego de su condena por el delito de desobediencia y resistencia con carácter de *res iudicata*, recién podrá solicitarse la revocatoria de pena contenida en la sentencia de lesiones leves (siempre que la condena no se haya cumplido aún).

Si la nueva agresión es delictiva (lesiones leves o graves) el agente será procesado y eventualmente condenado con pena privativa de la libertad efectiva porque las lesiones son graves y además porque es reincidente. De igual modo, siendo una nueva agresión, nuevamente se lo puede

²² Véase más adelante la limitación a tipo penal objetivo que se ha realizado en el caso de las agravantes de lesiones graves y leves con la Ley 30364, a diferencia de la anterior regulación penal que tenía como agentes a la misma relación que regulaba la entonces vigente Ley 26260.

procesar por el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad cuya pena podría ser suspendida o efectiva, teniendo en cuenta que la pena máxima para éste delito es de dos años.

Es necesario precisar que en los casos que la prístina agresión sea de lesiones graves, en conformidad con el artículo 121-B del Código Penal si dicha agresión ha sido cometida contra el ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, cónyuge o conviviente del agente, la pena resultará ser efectiva, puesto que la pena conminada es no menor de seis años ni mayor de doce años²³. En este caso la inculización es primera.

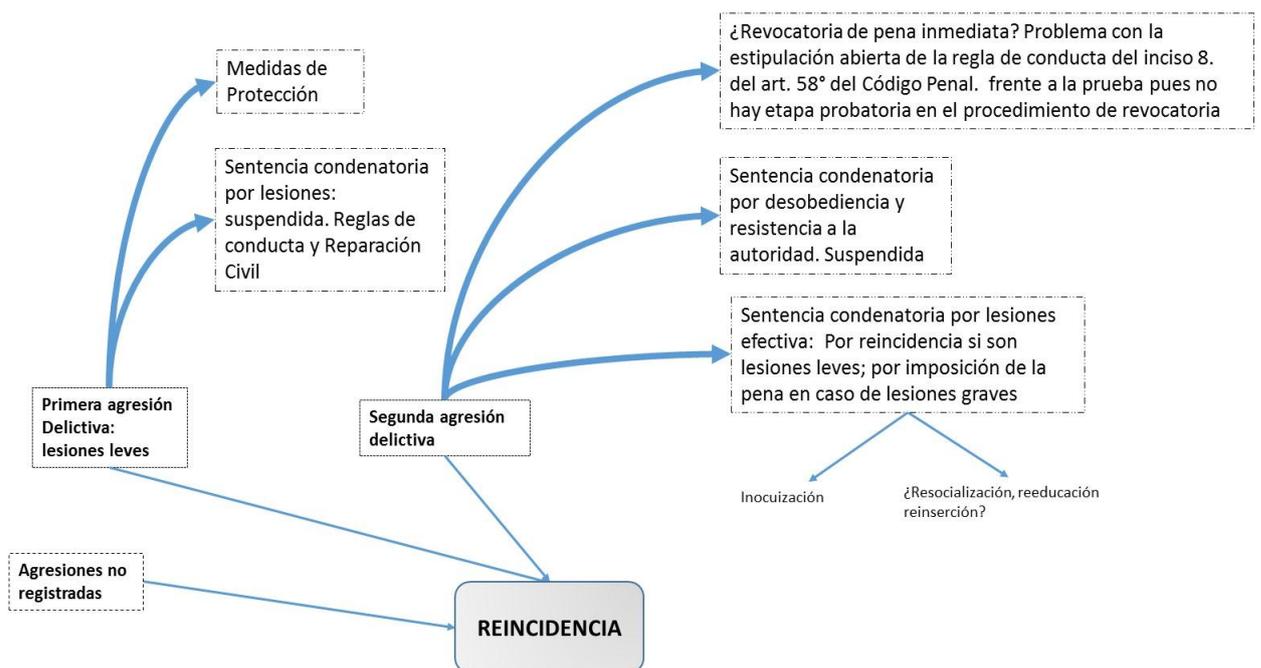


Gráfico 07: Esquema de reincidencia de violencia de origen delictivo.

Fuente: Elaboración propia.

²³ Inciso 2) del artículo 121-B del Código Penal:
 En los casos previstos en la primera parte del artículo 121 se aplica pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años cuando la víctima: (...)
 2. Es ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, cónyuge o conviviente del agente.

A este último esquema se ha visto reducido el tema de la reincidencia en los casos de la violencia familiar. Pues el Estado, optando por el camino a la inocuización *prima ratio*, por vía inflacionaria del derecho penal, mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo 1323, publicado el 06 enero 2017 creó el delito de “agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar” previsto en el artículo 122-B del Código penal el cual establece:

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

Este dispositivo penal antes era el supuesto normativo del ilícito de faltas contra la persona que se encontraba regulado en el artículo 441 del Código Penal y vigente con la Ley No. 29282 del 27 de noviembre de 2008 hasta el 07 de enero de 2017; veamos:

El que, de cualquier manera, causa a otro una lesión dolosa que requiera hasta diez días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, será reprimido con prestación de servicio comunitario de cuarenta a sesenta jornadas, siempre que no

concurran circunstancias o medios que den gravedad al hecho, en cuyo caso será considerado como delito. Se considera circunstancia agravante y se incrementará la prestación de servicios comunitarios a ochenta jornadas cuando la víctima sea menor de catorce años o la lesión se produzca como consecuencia de un hecho de violencia familiar, o el agente sea el tutor, guardador o responsable de aquel.

Es decir éste último dispositivo ahora con el Decreto Legislativo 1323 ha sido elevado a delito. Esto no ha quedado ahí, puesto que en este, al parecer, infinito proceso criminalizador se ha regulado la violencia familiar en su forma de faltas a través del “maltrato”, previsto con dicho decreto legislativo en el artículo 442:

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

La pena será de prestación de servicio comunitario de ochenta a cien jornadas o de cien a doscientos días-multa, cuando: (...)

- b. La víctima es el padrastro, madrastra, ascendiente o descendiente por consanguinidad, adopción o por afinidad, pariente colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o adopción, o segundo grado de afinidad, habita en el mismo

hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, y la violencia se da en cualquiera de los contextos de los numeral 1, 2 y 3 del primer párrafo del artículo 108-B.

Como se puede ver, nuestro sistema ha optado prácticamente por monopolizar la violencia familiar en la gestión del derecho penal ya sea a nivel delictivo y no delictivo, en éste último caso por el ilícito de faltas contra la persona en su forma de maltrato.

Pero esto no queda ahí, pues a partir de un análisis *ex ante* de la prueba en el conflicto del “maltrato” hoy vigente, veremos que el proceso criminalizado se cierra al concluir que todo acto de violencia contra la mujer será delito y no falta. Así de la lectura del primer párrafo del artículo 442 los supuestos de agresión *vis absoluta* sin lesión física sin daño psicológico y *vis compulsiva* sin daño psicológico, son prácticamente improbables, en el sentido no existir convicción para el juzgador en el proceso. Esto porque los actos de violencia en su mayoría se soportan en la prueba pericial como el reconocimiento médico físico que se basa en la metodología de observación para establecer lesiones. Si en este caso la agresión ha sido sin afectación física, la violencia se acreditará en la evaluación psicológica. Una agresión física o psicológica en la mayoría de los casos, por no decir siempre, se evidenciará algún tipo de afectación psicológica menos. En ese sentido, de ser así, todos los casos de violencia se subsumirán en el artículo 122-B del Código Penal que exige solamente “cualquier daño psicológico”. De tal modo que el inciso b) del

segundo párrafo del artículo 442 que regula la violencia familiar sin lesión física o psicológica es letra muerta.

Queda de este modo, en la práctica, la violencia familiar delictiva como supuesto en todos los casos de violencia doméstica. Salvo aquellos casos en los que la agresión, cualquiera que sea, no deje huella psicológica, lo cual de por sí ya es de difícil probanza al requerir medios de prueba distintos a la pericial como testigos, documentales y sucedáneos. Esto no es sino una réplica del fracaso legislativo que sufrió España en la década de los noventa al criminalizar la reiteración de la violencia (como lo hemos hecho nosotros veinte años después) enfrentando problemas no poco importantes como: “no se abordó el necesario cambio cultural de los operadores jurídicos (...) la aplicación del nuevo delito (...) requería un maltrato reiterado, de difícil prueba en la práctica” (Bodelón, 2003, p. 475).

Como se ve esta actual situación comporta una ínsita renuncia a resolver el problema en la vía de la política educativa, económica y de salud, subyugándonos nuevamente al derecho penal coyuntural: El Estado ha negado la declaración de la OMS con relación a que el problema de la violencia familiar es un problema de salud (salud mental) y otros factores de corte social y no de interés penal (salvo claro los casos de abundante reprochabilidad). Se ha abandonado desde esta modificatoria la posibilidad de intervención del Estado mediante políticas divergentes al derecho penal, asiéndose de manos de la punibilidad para aplacar un problema de corte social y de naturaleza estructural más no coyuntural.

Subcapítulo 2. Carácter disponible de los derechos subjetivos involucrados en el conflicto de violencia familiar

3.2.1. Acotación de los derechos intervinientes en la violencia familiar

No es difícil inferir que los derechos involucrados en los conflictos de violencia familiar están relacionados con la *integridad personal* (física y psicológica). Por lo que su reconocimiento e invocación originaria debe hacerse desde la declaración Universal de Los Derechos Humanos de 1948, el que ha establecido en su preámbulo que:

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adherido al Perú el 12 de abril de 1978, así como el Pacto Internacional de Derechos Sociales Económicos y culturales, adherido al Perú el 12 de abril de 1978, establecen en su artículo 3 que: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”. La Convención Americana de

Derechos Humanos refiere en el artículo 11 el respeto de la dignidad de la persona y el artículo 5 el respeto a la integridad personal.

La Constitución Política regula en el artículo 1 la dignidad como fundamento pilar del ser humano; en el inciso 1 del artículo 2 establece el derecho a la vida, la integridad moral, psíquica y física, en el inciso 2, regula el derecho a la igualdad ante la Ley y la interdicción de la discriminación por razones de raza, sexo, origen, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Así se ha dejado la impronta en clave de derechos fundamentales reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, respecto a la integridad de la persona y el derecho de igualdad.

La violencia familiar involucra la transgresión e incluso la sola amenaza de bienes jurídicos declarados como derechos fundamentales en la Constitución Peruana. El Tribunal Constitucional en el fundamento 2.1 de la sentencia recaída en el expediente N.º 2333-2004-HC, se ha pronunciado al respecto:

La integridad física presupone el derecho a conservar la estructura orgánica del ser humano; y, por ende, a preservar la forma, disposición y funcionamiento de los órganos del cuerpo humano y, en general, la salud del cuerpo. La afectación de la integridad física se produce cuando se generan incapacidades, deformaciones,

mutilaciones, perturbaciones o alteraciones funcionales, enfermedades corpóreas, etc.

La integridad física es solamente un lado de la misma moneda en la violencia doméstica. El despliegue de una conducta física agresora entraña una afectación psicológica en la víctima, por tanto la violencia psicológica supondrá la vulneración de otro derecho fundamental como el de la integridad psicológica que está enmarcado dentro de la integridad personal. En el fundamento segundo de la misma sentencia El Tribunal Constitucional de nuestro país ha referido:

El derecho a la integridad personal tiene implicación con el derecho a la salud, en la medida que esta última tiene como objeto el normal desenvolvimiento de las funciones biológicas y psicológicas del ser humano; deviniendo, así, en una condición indispensable para el desarrollo existencial y en un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo. Los derechos subjetivos involucrados en la Violencia Familiar son el derecho a la integridad física y el derecho a la integridad moral.

En ese sentido desde la descripción de las fuentes que describen los derechos que involucran la violencia familiar, es necesario comprender tales derechos en su carácter público cuando son conculcados por la violencia:

En el Derecho de Familia, el orden público domina numerosas disposiciones: así, las que regulan las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones paterno-filiales, las que determinan el régimen patrimonial del matrimonio, la calificación de los bienes de los cónyuges, etc. Ello se debe a que el interés que la Ley reconoce no es un mero interés individual, egoísta, del titular, sino un interés que está en función de fines familiares. Por eso se alude al interés familiar que limita las facultades individuales, lo cual exige que las normas legales que reconocen tales facultades, sean de orden público para impedir la desnaturalización de los fines familiares a que aquéllas responden. (Plácido, 2004, p.759)

3.2.2. Bienes jurídicos colectivos involucrados en la violencia familiar y su indisponibilidad

Como es bien sabido el fenómeno del derecho se cimenta en tiempo y espacio, tiene un atributo eminentemente histórico. Este atributo, permite concebir a los derechos ya no solamente en su dimensión individual sino también colectiva. Si ello es así, resulta connatural que la reacción político criminal y la comprensión criminológica de las conductas transgresoras del derecho respondan de diferente manera frente a las conductas antisociales y delictivas. El que ahora en la doctrina se distinga colectivos es producto de la conexión e interdependencia entre conductas y consecuencias a causa, en gran medida, del avance de la tecnología y

del efecto globalizador, a decir de Pariona citado por Villegas Paiva (2009):

(...) a estos nuevos tiempos, una criminalidad que hace uso de la tecnología, conocimientos científicos y modernas formas de organización. Así tenemos una criminalidad organizada, una criminalidad informática, una criminalidad cometida al amparo del ejercicio del poder, una criminalidad económica, entre otras formas de manifestación. (p. 04)

Así un hecho de deforestación, contaminación, fraude informático puede afectar a varios individuos y varios derechos de cada uno de ellos. Esta idea de las nuevas expresiones criminales se concibe en el marco del concepto de “sociedad de riesgo” en donde se asume que la actual estructuración globalizada de la sociedad compromete peligros a los derechos ya no solo individuales si no también colectivos.

El problema que emerge es identificar cuándo estamos ante bienes jurídicos individuales y cuándo ante bienes jurídicos colectivos. Para Robert Alexy desde la teoría de los principios un derecho individual tiene el carácter de un mandato definitivo²⁴. Para establecer que un bien colectivo es tal es necesario tener presente el criterio no distributivo, el

²⁴ Para ello Alexy hace una distinción entre lo que significa principios y reglas. Principios consisten en mandatos de optimización que serán realizados en la medida que las condiciones fácticas y jurídicas lo permitan. En cambio las reglas consisten en mandatos definitivos que tienen que realizarse indefectiblemente.

estatus normativo de lo que aspira a ser derecho colectivo y su fundamentación. En cuanto a criterio distributivo:

Para distinguir los derechos individuales de los bienes colectivos, se requiere un concepto de bien colectivo que constituya una contrapartida apta de los derechos individuales. Un concepto tal de bien colectivo puede construirse con la ayuda del concepto de lo no-distributivo. Un bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptualmente, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Cuando tal es el caso, el bien tiene un carácter no-distributivo. Los bienes colectivos son bienes no-distributivos. (Alexy, 2004, pp. 186-187)

Para Alexy además del criterio no distributivo es necesario también considerar que el derecho en aras de su condición de bien colectivo deba contener (de entre los estatus antropológicos, axiológicos y deontológicos) un estatus deontológico:

“Para convertirse en un bien colectivo de un sistema jurídico, el interés puramente fáctico tiene que transformarse en un interés jurídicamente reconocido y, en este sentido, justificado. Pero, tal interés justificado no es otra cosa que algo cuya persecución está ordenada prima facie o definitivamente. Con ello, el interés adquiere un status normativo”. (Alexy, 2004, p. 187)

Entonces debe cumplirse que: “X es para el sistema jurídico S un bien colectivo si X es no-distributivo y la creación o conservación de X está ordenada prima facie o definitivamente por S” (Alexy, 2004, p. 187).

En pocas palabras el aspirante a bien colectivo debe ser además de no distributivo un mandato definitivo dentro de un sistema normativo. Alexy evidencia que en términos de estatus un bien colectivo también puede estructurarse como principio o regla, lo cual de por sí es una dificultad para delimitar claramente la condición de bien colectivo.

Finalmente Alexy plantea que un bien colectivo además de ser no distributivo y de ser un mandato definitivo podrá someterse a fundamentación, la cual puede estar basado en “fundamento de la economía del bienestar” y “fundamento del consenso”. Alexy identifica que el primer fundamento existen problemas relacionados con la distribución de las utilidades. Por otro lado en cuanto al fundamento del consenso, un derecho puede ser bien colectivo si todos convienen que así sea o también cuando el discurso racional así lo delimite. Sin embargo aquí también surgen inconvenientes pues por vía de aprobación de todos también se puede aprobar un bien jurídico individual.

Frente a las dificultades que presenta el aspecto del estatus normativo (que el bien colectivo puede ser principio o regla) y la fundamentación (la problemática de las utilidades y del consenso) es que Alexy (2004) opta

por considerar como criterio definidor de un bien colectivo la “no distribución” (p. 190).

Con lo dicho, en el análisis de los derechos que involucran la violencia familiar, existe un planteamiento normativo abierto sobre la disponibilidad de los mismos en la normatividad pasada como la vigente. Este surge de una interpretación remisiva y supletoria de las normas sustantivas y procesales de carácter civil, penal y tutelar. Así por ejemplo que el segundo párrafo del artículo 7 del Decreto Supremo 001-98-JUS (derogado por el Artículo 2 del Decreto Supremo 004-2005-JUS, publicado el 27 de febrero 2005) establecía que:

(...). Entiéndase por derechos disponibles aquellos que tienen un contenido patrimonial, es decir, los que son susceptibles de ser valorados económicamente. Son también derechos disponibles aquellos que, no siendo necesariamente patrimoniales, pueden ser objeto de libre disposición.

La norma parece más o menos clara al establecer los límites de lo disponible en términos de patrimonialidad, es decir que sea valorizado económicamente, y libre disposición, es decir, “que el titular de aquellos derechos ejercite facultades que demuestren su capacidad de dominio, enajenación o de gravar dichos derechos, sin ningún tipo de prohibición legal que limite o restrinja esas facultades” (Pinedo, 2010, 291).

Sin embargo, pese a dicha supletoriedad normativa sobre la indisponibilidad (vía interpretación) por su carácter patrimonial, ninguna norma que trate o que trata en la actualidad los conflictos de violencia familiar ha establecido taxativamente que los derechos involucrados sean indisponibles siquiera por ser no patrimonializables, hablamos de *todas* las normas relacionadas con hechos de violencia familiar. A la luz de lo planteado por la condición de “no distribución para identificar los bienes colectivos”, podemos verificar que la violencia doméstica conculca un derecho colectivo y no derechos subjetivos individuales. Esta afirmación incluso pasa por una comprensión criminológica:

La familia participa y es considerada en la vida social como una unidad. Las relaciones dentro del grupo familiar son más frecuentes, íntimas, profundas, aunque muchas otras veces se tienen mejores relaciones con personas ajenas a la familia que a la misma. La Criminología Familiar debe estudiar la familia como una unidad de personalidades que interactúan; es decir, cada individuo actúa sobre otro de buena o mala manera. La conducta de un individuo es causa de los estados mentales de otros; la conducta de cada persona es causa y efecto del otro. (Hikal, 2005, p. 55)

El proyecto de Mejoramiento del servicio de Justicia ha elaborado una investigación relacionada con la violencia intrafamiliar, de donde se puede rescatar que la violencia familiar “es un problema de salud pública y de seguridad pública” (Cussiánovich, 2007, p. 27); coincidiendo así con lo

que ha publicado la Organización Mundial de la Salud por motivo de la 49ª Asamblea Mundial de la Salud en donde se ha declarado que: (...) “la violencia es un importante problema de salud pública en todo el mundo” (OMS, 2002, p. 2). Ciertamente la afectación de derechos se circunscribe al derecho a la “integridad física y psicológica de la persona” no obstante hay una dimensión mucho mayor que es el “derecho a la integridad física y psicológica de los miembros del grupo familiar”. Desde una perspectiva más amplia los derechos que involucran la violencia familiar han de ser tratados ya no como derechos individuales de cada uno de los miembros de la familia como sujetos separados de ella, sino como “grupo familiar”, categoría que incluso ha sido incluida en la novísima Ley 30364 titulada “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar”. Si dicha rotulación fuese una coincidencia legislativa, es afortunada, pues surge del artículo 4 de la Constitución que:

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

El carácter tutelar del bien jurídico protegido en los procesos de violencia familiar se caracteriza porque la afectación registrada se da entre los miembros del seno familiar, es decir un conglomerado de individuos. Si la

familia es el noúmeno del asunto, por tanto (en términos kantianos) el fenómeno que representa el bien jurídico deja de ser exclusivamente la integridad física y psicológica de un solo individuo y trasciende a la integridad física y psicológica familia; términos que debemos tener en consideración para los efectos de establecer una categoría jurídica de carácter indisponible. En tal virtud los derechos que comportan la violencia familiar contienen axiológicamente un valor adicional que agrega peso jurídico cuando los derechos se ventilan en el proceso. Este peso nuevo convierte a los derechos subjetivos en bienes jurídicos colectivos. No obstante, pudiera cuestionarse que la afectación a un grupo pequeño que forma la familiar no hacer un bien colectivo. Ante ello debe plantearse la repercusión más importante sobre un bien colectivo más grande “la seguridad”. Actualmente es tan importante la seguridad como bien colectivo que el esfuerzo estatal en todos los ámbitos de control social y etiológicas se evidencia día a día en acciones concretas, en planificación normativa (principalmente de corte penal) y en políticas ministeriales para abordarlas. No puede entonces soslayar a la violencia intrafamiliar como causa prístina de la afectación al bien colectivo seguridad ciudadana.

La condición de bien jurídico (la integridad física y psicológica del grupo familiar) convierte a este en indisponibles los derechos que involucra la violencia familiar. En consecuencia las partes (de manera individual) no pueden realizar actos que por virtud de la autonomía de la voluntad modifiquen o extingan a mera solicitud tales derechos, esto porque el conflicto ya no pertenece al fuero privado de cada uno sino al fuero del

ejercicio colectivo de los integrantes y por tanto la persecución de la agresión o amenaza es de carácter público.

El carácter de indisponibilidad como se ha mencionado en su definición, está formado además por la imposibilidad de renuncia a la persecución procesal de la conducta ilícita. En pocas palabras el Estado hace suyo el conflicto doméstico y solamente queda como reducto de pretensión privada la indemnización por daños y perjuicios a favor de la víctima, al cual ésta tiene derecho a renunciar.

Desde este punto de vista, Manuel Muro Rojo y Alfonso Rebaza Gonzales (2004) han manifestado que: “Se trata de derechos indisponibles, habida cuenta que la causal es de disolución del matrimonio son parte del orden público por tener incidencia directa en la familia que es la base del Estado” (p. 586). Si cuando se rompe el vínculo familiar por el matrimonio (principal modulador social de la gesta y mantenimiento familiar y social), el sistema considera que se trata de un conflicto de interés público, *a fortiori* (con mayor razón) debe interpretarse el interés público para los actos de violencia familiar: como sucede en la violencia entre cónyuges, de padres a hijos y viceversa. A este tipo de relación debe comprenderse los que por extensión se da entre los ex cónyuges, ex conviviente, padres putativos, parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, personas que sin mediar relación viven bajo la misma habitación, quienes han procreado hijos sin que permanezcan juntos.

Entonces, si los derechos subjetivos afectados en la violencia familiar tienen una portentosa dimensión de “bien colectivo” -por ser de interés público- invocado en la dogmática constitucional, las normas programáticas deben interdecir (prohibir en extenso) la renuncia de tales derechos. El correlato de ello es que también no se regulen procedimientos dentro del proceso que ventila la violencia familiar, que permitan, por actos de autonomía privada la disposición de tales derechos.

La disposición de los derechos, desde un punto de vista victimológico y bajo la consideración de la denominada “tercera vía”²⁵ protagoniza la remediación al aproximar al agresor a las consecuencias de su acción: “puesto que al implicar a los actores de la misma se les obliga a constatar el daño producido por su conducta lo que debe repercutir muy favorablemente a su rehabilitación” (Pérez, 2003, p. 77). No obstante, cuando de derechos indisponibles se trata, tal protagonismo se extingue ante el interés, básicamente, patrimonial de la reparación y la relación jurídica patrimonial²⁶ generada por la agresión solamente resulta un

²⁵ Se considera así a un paradigma del sistema de pena que se funda en considerar como alternativa al sistema de retribución de la pena, el resarcimiento del daño en determinados delitos, usualmente los delitos de bagatela (Pérez, 2003). Esto bajo la consideración de que la retribución, por medio de la sanción penal por privación de la libertad, tiene fallos evidentes en el proceso de remediación por reeducación, resocialización y reinserción a la sociedad.

²⁶ Puede llegarse al absurdo que todos los derechos son patrimoniales al exigir una pretensión indemnizatoria. Por ejemplo, el derecho a la vida quebrantada es susceptible de representar una reparación civil por el daño, pero no porque la agraviada renuncie a la indemnización el Estado deberá renunciar a la persecución de la sanción penal. En una relación jurídica pueden existir diversas pretensiones. En el mismo ejemplo del homicidio. La relación jurídica entablada es entre el agraviado, la sociedad (por el Ministerio Público) y el agente. En esta, subsiste la pretensión indemnizatoria y la sancionadora. El primero es posible disponer por su condición de patrimonial del derecho (la acreencia), pero no así en la pretensión sancionadora que le corresponden a la sociedad, dada la naturaleza del derecho (la vida) y la trascendencia que tiene salvaguardarla para mantener ordenada la sociedad.

remediador, importante sí, pero no único en el abordaje de las consecuencias de la violencia familiar.

Esto último, el tratamiento de bien colectivo, implica también que la normatividad promueva la persecución oficiosa y la remediación integral de la agresión doméstica de cualquier nivel. Cosa que como veremos no ha sido comprendida en el sistema normativo que reguló la agresión doméstica en el Perú, salvo los casos de corte penal.

3.2.3. Normatividad que propició y propicia la disponibilidad de los derechos involucrados en la Violencia Familiar no delictiva en el Perú

3.2.3.1. Derechos disponibles por vía conciliación en la violencia familiar no delictiva

Como hemos visto, existen varios argumentos para comprender a los derechos que involucran la violencia familiar como indisponibles. Siendo evidente entonces, sorprende que por años, desde la dación de la Ley 26260 (Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, publicada el 24 de diciembre de 1993) se haya regulado como materia conciliable a la violencia familiar. La mencionada Ley establecía lo siguiente en el artículo 7:

El Ministerio Público mediante el Fiscal Provincial Civil de turno, intervendrá procurando permanentemente la

conciliación de las parejas y demás familiares en conflicto pudiendo tomar las medidas cautelares que correspondan.

El Decreto Supremo 006-97-JUS (Texto Único Ordenado de la Ley 26260) estableció en su artículo 13 que:

El Fiscal convocará a la víctima y al agresor a audiencia de conciliación, para buscar una solución que permita el cese de los actos de violencia. Son nulos los acuerdos que legitimen los actos de violencia y aquellos referentes a la renuncia de los derechos de la víctima. Para dicha conciliación, podrá requerirse del apoyo psicológico correspondiente.

La misma norma en el artículo 23 establecía:

El Juez podrá adoptar medidas cautelares anticipadas sobre el fondo, desde la iniciación del proceso y durante su tramitación, sujetándose en tal caso, a lo previsto por el Código Procesal Civil. Podrá ejercer igualmente la facultad de conciliación, en los términos previstos por el Artículo 13 de la presente Ley.

Posteriormente esta norma fue derogada por el artículo 2 de la Ley 27982, publicado el 29-05-2003, es decir tuvo seis años de

vigencia. Por su parte el artículo 13 del Decreto Supremo N° 002-98-JUS (Reglamento publicado el 25 de febrero de 1998); establecía que:

Para los efectos de la citación a la audiencia de conciliación, a que se refiere el Artículo 13 de la Ley, el denunciado deberá ser notificado por cédula en su domicilio real, con arreglo a lo dispuesto en los Artículos 160 y 161 del Código Procesal Civil.

Esta norma, finalmente fue derogada por la Ley 29282 (Publicada el 27 de noviembre de 2008), sacando del sistema procesal la conciliación como forma de solucionar el conflicto de Violencia Familiar. No obstante, es necesario admitir que el descuido doctrinario y teórico ha conllevado a que la conciliación tenga vigencia por casi diez años, periodo en el cual evidentemente, los nuevos actos de Violencia Familiar han debido comportar un ascenso estadístico para las víctimas que pasaron por procedimientos conciliatorios, siendo el Estado quien ha propiciado esta situación. Una escueta paradoja sobre el sobre la modalidad conciliatoria y la heterocompositiva ha sido concluida por Orna Sánchez (2013):

La mediación y la conciliación han sido prácticas adoptadas principalmente por las ONG, pero también ejercidas por

algunas instancias judiciales. Esta práctica, por haber demostrado ser eficaz, ha sido traducida en la Ley de Arbitraje y Conciliación. Los resultados en la aplicación de estos mecanismos, por un lado, permiten agilizar soluciones a los conflictos de violencia doméstica, sin pasar a la vía jurídica, la que supone retardación de justicia y costos económicos y psicológicos. Por otro lado, sin embargo, se corre el riesgo de que al no tener una intervención jurídica, la reincidencia de actos violentos se presenta con mayor frecuencia, llegándose a extremos en que la vida de la mujer puede correr peligro. (p. 392)

La estructura y finalidad de la conciliación como mecanismos de solución de conflicto de tipo auto-compositiva, no sintoniza con el conflicto de la violencia familiar, en la medida que está formado por una problemática más diversa que los conflictos de elemental interés como los monopretensionales o de dos pretensiones que son en su mayoría los de índole patrimonial tales como cumplimiento contractual. Por ello el diseño del procedimiento consistente en una sesión con un facilitador para que el agresor y la víctima interactúen respecto a problemas de orden etiológico (conductas adquiridas del agresor), económico (carencias en el hogar, falta de empleo), sociales (discriminación), psicológicas, etc.; es insuficiente. Asimismo la finalidad de la conciliación no alcanza la pretensión de remediar

el conflicto, pues para solucionar los aspectos en conflictos ya descritos, es necesario que el procedimiento conciliatorio tenga una finalidad casi premonitoria y ya que esto es imposible requiere que ésta contenga mecanismos de apercibimiento, tratamiento para la remediación y atención de la víctima, lo cual desnaturaliza por sí mismo la finalidad conciliatoria. Por eso frente a conflictos de naturaleza eminentemente patrimonial la conciliación es funcional, pues la pretensión es una prestación en suspenso “dar, hacer o no hacer”.

3.2.3.2. Regulación de derechos disponibles por vía de desistimiento

Con la derogatoria de las normas de violencia familiar referidas a la conciliación, parecía que el mensaje estatal respecto al carácter indisponible de los derechos que ahí se ventilan, había quedado perfilado. Sin embargo, persistía aún la figura “del desistimiento”. Si bien el Ministerio Público ya no incoaba eventos conciliatorios entre agraviado y víctima, no obstante y paradójicamente, la parte agraviada, podía desistirse a nivel judicial. Para agravar esta situación, esta figura de disposición de pretensiones para culminar el proceso sin pronunciamiento de fondo no estaba regulada expresamente en Ley de Violencia Familiar, ni en el Texto Único Ordenado, ni en su Reglamento del Texto Único Ordenado, sino en el Código Procesal Civil, al

cual se llegaba por vía supletoria en conformidad con el artículo 182 del Código de Niños y Adolescentes que por remisión del artículo 20 del TUO de la Ley 26260:

Las pretensiones sobre Violencia Familiar se tramitan como Proceso Único, conforme a las disposiciones del Código de los Niños y Adolescentes, con las modificaciones que en esta Ley se detallan) establecía que: Todas las cuestiones vinculadas a los procesos en materias de contenido civil en las que intervengan niños y adolescentes, contempladas en el presente Código, se regirán supletoriamente por lo dispuesto en el Código Civil y en el Código Procesal Civil.

Por su parte el Código de Niños y adolescentes en el artículo 161 establecía:

El Juez especializado, para resolver, toma en cuenta las disposiciones del Proceso Único establecido en el Capítulo II del Título II del Libro Cuarto del presente Código y, en forma supletoria, las normas del Código Procesal Civil.

Así, ya que el desistimiento no se encontraba regulado en la normatividad de la Violencia Familiar, se recurre a las formas especiales de conclusión del proceso civil regulado en el capítulo

IV del Título IX (artículos 340 al 345) de la sección Tercera del Código Procesal Civil. El tipo de desistimiento al que se recurría era el desistimiento de la pretensión bajo los alcances del artículo 344 del Código Procesal Civil:

La resolución que aprueba el desistimiento de la pretensión, produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de la cosa juzgada. Este desistimiento no requerirá la conformidad del demandado, debiendo el Juez revisar únicamente la capacidad de quien lo realiza y la naturaleza del derecho que sustenta la pretensión, teniendo en cuenta lo dispuesto sobre la improcedencia del allanamiento en lo que corresponda

En consecuencia el Juez emitía sentencia declarando infundada la demanda interpuesta por el Ministerio Público. Esto se colige porque el desistimiento planteado por la víctima no requería que el agresor emita su conformidad procesal del desistimiento regulado 343 del Código Procesal Civil:

El desistimiento del proceso lo da por concluido sin afectar la pretensión. Cuando se formula después de notificada la demanda, requiere la conformidad del demandado expresada dentro de tercer día de notificado, o en su

rebeldía. Si hubiera oposición, el desistimiento carecerá de eficacia, debiendo continuar el proceso.

El desistimiento de algún acto procesal, sea medio impugnatorio, medio de defensa u otro, deja sin efecto la situación procesal favorable a su titular. Si el desistimiento es de un medio impugnatorio, su efecto es dejar firme el acto impugnado, salvo que se hubiera interpuesto adhesión.

Actualmente la Ley 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar) establece pautas jurídico-procesales para la sustanciación de los casos de violencia familiar. En tal orden el proceso de violencia familiar sigue siendo subsidiado por otras fuentes normativas procesales, como el Proceso Civil. Si bien en vía de proceso ante el Juzgado de Familia la víctima no puede desistirse de la “denuncia-demanda” interpuesta, está claro que su conducta omisiva sería lo único que podría impedir un caso para el dictado de medidas de protección o para lograr sentencia condenatoria.

Como se ve el tratamiento dado al conflicto de Violencia Familiar legalmente y judicialmente aún abordan a los derechos

involucrados en la Violencia Familiar como derechos de libre disposición.

3.2.3.3. Disponibilidad de derechos en la Ley 30364

El artículo 25 de la Ley 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar), ha establecido que: “En el trámite de los procesos por violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar está prohibida la confrontación y la conciliación entre la víctima y el agresor (...)”. Esta norma ha recogido la derogatoria de la conciliación que tratáramos líneas arriba. No se dice nada respecto del desistimiento, como medio de culminar el proceso de Violencia Familiar. Sin embargo, se puede inferir que la norma ha derogado tácitamente esta institución, en la medida que en el procedimiento –como veremos más adelante– se ha proscrito al pretensor y por ende la pretensión. Devis Echandia citando a Fairén Guillén (1997) ha manifestado que: “El desistimiento es una declaración de voluntad y un acto jurídico procesal, en virtud del cual se eliminan los efectos jurídicos de otro acto procesal” (p. 520). El artículo del Código Procesal Civil en su artículo 341 establece que: “El desistimiento no se presume”. Si el desistimiento no se presume, entonces requiere de un acto procesal que lo contenga, y éste solamente lo puede hacer el pretensor.

El artículo 15 de la Ley 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar) establece que:

La denuncia puede presentarse por escrito o verbalmente. Cuando se trata de una denuncia verbal, se levanta acta sin otra exigencia que la de suministrar una sucinta relación de los hechos. (...)

Cuando la Policía Nacional del Perú conozca de casos de violencia contra la mujer o los integrantes del grupo familiar, en cualquiera de sus comisarías del ámbito nacional, debe poner los hechos en conocimiento de los juzgados de familia o los que cumplan sus funciones dentro de las veinticuatro horas de conocido el hecho, remitiendo el atestado que resuma lo actuado.

Mientras que el artículo 16 de la misma norma establece que:

En el plazo máximo de setenta y dos horas, siguientes a la interposición de la denuncia, el juzgado de familia o su equivalente procede a evaluar el caso y resuelve en audiencia oral la emisión de las medidas de protección requeridas que sean necesarias. Asimismo, de oficio o a solicitud de la víctima, en la audiencia oral se pronuncia

sobre medidas cautelares que resguardan pretensiones de alimentos, regímenes de visitas, tenencia, suspensión o extinción de la patria potestad, liquidación de régimen patrimonial y otros aspectos conexos que sean necesarios para garantizar el bienestar de las víctimas.

Analizados los actuados, el juzgado de familia o su equivalente procede a remitir el caso a la fiscalía penal para el inicio del proceso penal conforme a las reglas del Código Procesal Penal, promulgado por el Decreto Legislativo 957.

De estas normas y de las normas del Código de Niños y Adolescentes (a las que remite el artículo 13 de la mencionada Ley) hacen concluir que la inexistencia de pretensor haría materialmente imposible que se pueda ejercer el desistimiento. Sumado a lo anterior es necesario también resaltar lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30364:

Las disposiciones de esta Ley prevalecen sobre otras normas generales o especiales que se les opongan. Los derechos que reconoce la presente Ley a las víctimas de violencia hacia la mujer y contra los integrantes del grupo familiar son irrenunciables.

Sin embargo, cabe preguntarse, ¿acaso con estas disposiciones ha quedado definido, el carácter indisponible de los derechos involucrados en la Violencia Familiar? Por un lado, aún existe subsidiaridad normativa, así el artículo 51 del Reglamento de la Ley 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar) establece que:

En la etapa de investigación, juzgamiento e inclusive en la ejecución de sentencias, se aplican según corresponda, las disposiciones sobre delitos y faltas contra la persona establecidas en el Código Penal, Código Procesal Penal promulgado por el Decreto Legislativo 957, en el Código de Procedimientos Penales y otras normas sobre la materia

De otro lado en el caso en el caso de las lesiones leves previsto en el primer párrafo del artículo 122 del Código Penal y que se produzcan entre dichas personas (violencia familiar) estas podían tratarse de manera disponible a través de un acuerdo reparatorio previsto en el inciso 1.b del artículo 2 del Código Procesal Penal:

El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos (...) b)

Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

Es decir, los derechos que se propugnan protegidos ante la violencia familiar se reduce nuevamente a su carácter dispositivo, puesto que el acuerdo preparatorio conforma un efecto obligacional que hasta puede ser materia de transacción conforme exenta de sanción penal, cancelan las medidas de protección y el tratamiento del agresor por efecto obligacional vía acuerdo preparatorio o transacción extrajudicial. Veamos el inciso 2 y 3 del artículo 2 del Código Procesal Penal:

2. En los supuestos previstos en los incisos b) y c) del numeral anterior, será necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido.

3. El Fiscal citará al imputado y al agraviado con el fin de realizar la diligencia de acuerdo, dejándose constancia en acta. En caso de inasistencia del agraviado, el Fiscal podrá determinar razonablemente el monto de la reparación civil que corresponda. Si no se llega a un acuerdo sobre el plazo

para el pago de la reparación civil, el Fiscal lo fijará sin que este exceda de nueve meses. No será necesaria la referida diligencia si el imputado y la víctima llegan a un acuerdo y este consta en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente.

De otro lado, para agravar esa situación regulatoria, la violencia familiar no delictiva que constituyen faltas contra la persona (artículo 441 del Código Penal), maltrato (artículo 442 del Código Penal) y agresión sin daño (artículo 443 del Código Penal), son conflictos sobre los cuales se ha regulado disposición de derechos mediante conciliación. Así el inciso 2) del artículo 484 del Código Penal establece que en la audiencia del proceso de faltas:

2. (...) el Juez efectuará una breve relación de los cargos que aparecen del Informe Policial o de la querrela. Cuando se encontrare presente el agraviado, el Juez instará una posible conciliación y la celebración de un acuerdo de reparación de ser el caso. Si se produce, se homologará la conciliación o el acuerdo, dando por concluida las actuaciones.

Como se puede ver, estos dos procedimientos a los que remite la Ley 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la

violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar) no son sistemáticos y coherentes con la intención histórica de eliminar el carácter indisponible de los derechos y bienes jurídicos comprometidos en la violencia familiar.

3.2.3.4. Disponibilidad de derechos en el Decreto Legislativo 1323

El 06 de enero de 2017 entró en vigencia el Decreto Legislativo 1323 que contiene una serie de modificatorias principalmente en lo relativo a la violencia familiar. Una de estas modificatorias, históricas por cierto, es la incorporación del artículo 122-B al Código Penal que se ha rotulado como el delito “Agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar”, el cual establece:

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

La referida norma ha derogado la violencia familiar no delictiva prevista en su forma de faltas contra la persona prevista en el artículo 441 del Código Penal y también la violencia familiar (física y psicológica) no delictiva de la propia Ley 30364. Así la violencia familiar no delictiva solamente se ha restringido a las relacionadas con la violencia económica prevista en el inciso d) del artículo 8 de la Ley 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar)²⁷. La norma en comento tiende a la persecución oficiosa y a la elevación (aún no motivada) de un bien jurídico: la integridad psico-física de los miembros de la familia.

Sin embargo, pese a la regulación penal y su intención punitiva, se ha soslayado a nivel procedimental la posibilidad del acuerdo reparatorio y la aplicación del principio de oportunidad conforme al inciso 1.b del artículo 2 del Código Procesal Penal. Como se puede ver la pena privativa de la libertad que establece el artículo 122-B es de no menor de uno ni mayor de tres años, ello quiere decir que legalmente es posible aplicar principio de oportunidad vía acuerdo reparatorio en estos casos. La única restricción para que no sea así es que el fiscal o el juez

²⁷ Violencia económica o patrimonial. Es la acción u omisión que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de cualquier persona, a través de:

1. la perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes;
2. la pérdida, sustracción, destrucción, retención o apropiación indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales;
3. la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; así como la evasión del cumplimiento de sus obligaciones alimentarias;
4. la limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

argumenten que el delito en comento afecta gravemente el interés público. Es evidente entonces que éste supuesto procedimental define claramente un espacio de discrecionalidad fiscal y judicial para pronunciarse en unos casos que sí proceden y en otros que no proceden.

Siendo que los derechos involucrados en la violencia familiar son indisponibles, hemos visto que la Ley adjetiva penal permite que las partes dispongan vía acuerdo reparatorio sobre los derechos involucrados, enervando la fuerza de protección del bien jurídico. En ese sentido los espacios de discrecionalidad fiscal y judicial que propician (aun potencialmente) la disponibilidad de los derechos involucrados en la violencia familiar, no tienen justificación normativa, por lo que debe cerrarse la posibilidad para que así sea.

Subcapítulo 3. Ausencia de modelo procedimental propio del proceso de Violencia Familiar

La naturaleza del proceso o del tipo de procedimiento lo define la posibilidad de disposición de las partes del derecho involucrado en el conflicto que se quiere resolver. Esta circunstancia ha permitido estructurar en la doctrina “principios” tales como el Dispositivo y el Inquisitivo. Así por ejemplo Devis Echandia (1997) planteaba como principios del procedimiento el “principio dispositivo e inquisitivo”. Refiere este autor que el primero se caracteriza porque: “1) corresponde a las partes iniciar el proceso formulando la demanda, y en ella sus

peticiones y desistir de ella; 2) (...) corresponde a las partes solicitar las pruebas, sin que el juez pueda ordenarlas de oficio” (p. 60).

Peyrano (1978) refiere que el principio dispositivo es: “señorío ilimitado de las partes tanto sobre el derecho sustancial motivo del proceso litigioso, como sobre todos los aspectos vinculados con la iniciación, marcha y culminación de éste” (p. 52).

Mientras que el principio inquisitivo se caracteriza porque:

Le da al juez la función de *investigar* la verdad por todos los medios legales a su alcance, sin que la inactividad de las partes lo obligue ni lo limite a decidir únicamente sobre los medios que ellas le lleven o le pidan, y por otro aspecto lo faculta para *iniciar* de oficio el proceso y para *dirigirlo* con iniciativas personales. (Devis, 1997, p. 60)

Si bien se ha admitido que estos modelos de procedimiento no son exclusivos de un tipo u otro, puesto que sus aspectos bien pueden practicarse según la configuración de cada sustanciación, también se ha admitido que cada procedimiento tiene acentuadamente corte inquisitivo o dispositivo, siendo coadyuvante los otros aspectos del otro modelo. Así por ejemplo el proceso Civil tiende a ser Dispositivo, sin embargo se ha regulado por ejemplo el principio de impulsión oficiosa, lo cual no le quita que el proceso civil sea un sistema procedimental dispositivo habida cuenta del carácter dispositivo del derecho que está en controversia.

En el marco del Derecho Procesal Penal, actualmente con la boga de los procesos garantistas, contradictorios, orales y públicos, se ha pasado de un procedimiento de corte inquisitivo a uno de corte garantista- acusatorio, haciendo referencia fundamentalmente a la distribución de roles en la investigación- acusación y juzgamiento, así como al desplazamiento de la pretensión acusatoria a cargo del Ministerio Público y ya no por el Juez Penal. Sin embargo, el proceso penal (que en buena cuenta abarca la investigación fiscal y el juicio) se caracteriza porque las partes involucradas materialmente (víctima y agraviado) en la mayoría de delitos no pueden disponer de los bienes jurídicos afectados involucrados lo cual define al proceso penal, en todo caso, como un proceso no dispositivo.

Empero, lo importante es destacar cómo, aun dentro de los grandes modelos procesales que utilizamos para comprender la evolución histórica, se produce una síntesis básica entre la búsqueda de eficiencia y la garantía. No es que el sistema acusatorio fuera garantizador y el sistema inquisitivo fuera eficiente. Ambos, a su modo, eran una síntesis de esas dos fuerzas. Se puede decir, no obstante, que los sistemas acusatorios resolvían esa síntesis de un modo que protegía mejor a los individuos y su dignidad y que, por el contrario, el sistema inquisitivo lograba una mayor eficiencia con mengua del respeto a la libertad y dignidad de las personas. Si analizáramos en detalle las distintas instituciones que caracterizaban a uno y a otro, podríamos observar también cómo esa puja se va resolviendo en síntesis particulares. Del mismo modo, el llamado *procedimiento mixto* es una nueva síntesis, también condicionada culturalmente, que busca dar

respuesta a las fuerzas que conforman el proceso penal. Debe quedar claro, pues, que así como existen modelos o sistemas en el presente, también existen sistemas históricos (...). (Binder, 199, p. 63)

Es cierto que los procedimientos de sustanciación de conflictos no contienen un mismo esquema de principio; sin embargo, en todos los casos un procedimiento específico está dominado por un principio procesal específico que guía la actuación procesal e incluso el abordaje de los derechos ventilados, pues es innegable que los modelos procedimentales se forman según el tipo de derechos ínsitos en el conflicto que se desea resolver. En tal sentido resulta trascendente establecer la naturaleza dominante de un determinado procedimiento: Si el proceso de violencia familiar ventila actos que transgrede el derecho a la integridad física, psicológica y moral de la persona; si estos derechos son de orden indisponibles por tratarse no de cualquier afectación al cuerpo y mente, si no de afectaciones dentro del seno familiar; si la familia goza de tuición constitucional; si el proceso de violencia familiar es de carácter tutelar; entonces, el proceso de violencia familiar no debe estar dominado por el principio dispositivo.

3.3.1. Subsidiariedad a las norma del proceso de violencia familiar

La regulación del proceso de violencia familiar en nuestro sistema peruano fue incorporada mediante la derogada Ley 26260 publicada en 24 de diciembre de 1993. Este cuerpo normativo no contiene un procedimiento taxativo para la materia que regula, pues la sustanciación

de los derechos que afectaban la violencia familiar han sido prestados del proceso Sumarísimo del Código Procesal Civil (Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil Resolución Ministerial 010-93-JUS, publicado el 23 de abril de 1993) y posteriormente del Proceso Único contenido en el Código de Niños y adolescentes (Ley 27337, publicado el 07 de agosto de 2000). Esta regulación remisiva hay que atribuirla al Decreto Supremo 006-97-JUS (Texto Único ordenado de la Ley 26260, Ley de protección frente a la violencia familiar). El Código Procesal Civil viene a ser por tanto la norma directriz de la sustanciación de los conflictos de violencia familiar. Ello incluye las formas de conclusión del proceso como los actos de conciliación que se practicaron a nivel de investigación y los actos de desistimiento en el proceso judicial, que es lo que a la fecha persiste.

Por su parte el Código Penal por medio del artículo 10 de la Ley 29282, publicada el 27 de noviembre de 2008, incorporó el delito Contra la Vida el Cuerpo y la Salud en su forma de Lesiones Graves por Violencia familiar, previsto en el artículo 121-B de la norma Penal. Hasta aquí podemos dar cuenta de que durante la vigencia de la Ley 26260, los hechos de Violencia Familiar se encontraban dominados por tres modelos procesales: a) El que rige el principio Dispositivo para el caso de la Violencia Familiar no delictiva que eran tramitados por el Código de Niños y Adolescentes en Proceso Único cuyas fase procesales se identifican con el proceso Sumarísimo regulado en el Código Procesal Civil; b) el regido por el principio inquisitivo (antes de la vigencia del nuevo Código Procesal Penal de 2004) para los casos de violencia familiar delictiva; y, c) el regido

por el principio acusatorio, una vez entrado en vigencia el nuevo sistema, también para los casos de violencia familiar delictiva.

No obstante, y para complicar más el panorama de principios procesales en la materia, la Corte Suprema de Justicia del Perú ha considerado que el proceso de Violencia Familiar es de carácter tuitivo (casación N.º 28-2014 CALLAO) por lo que invoca al artículo 20 del Decreto Supremo 006-97-JUS (Texto Único ordenado de la Ley 26260, Ley de protección frente a la violencia familiar) el cual establecía en su último párrafo de que no procede el abandono en los procesos de Violencia Familiar: “ello en razón a la función tuitiva que rige en los procesos sobre violencia familiar cuya discusión es un asunto público y no privado; de allí que se señala que es un tema de salud pública”²⁸. Aquí precisa hacer una crítica en comunión con lo que se ha venido argumentando: Entonces si es la Corte Suprema considera a la violencia familiar como un asunto Público, por corresponder a un problema de “Salud Pública” que motivó la negativa absoluta del abandono, nos preguntamos, ¿por qué entonces por tantos años se reguló y practicó actos conciliatorios y desistimientos en los conflictos de violencia familiar?

Por su parte la Ley 30364 no deja de hacer lo propio. En el artículo 13 remite a las normas del Código Procesal Penal y al Código de Niños y Adolescentes para su tramitación:

²⁸ Fundamento sexto de la casación N.º 28-2014-CALLAO.

Las denuncias por actos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar se regulan por las normas previstas en la presente Ley y, de manera supletoria, por el Código Procesal Penal, promulgado por el Decreto Legislativo 957, y la Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes.

En el caso del Código Penal, el principio que rige para tales casos será el Acusatorio, por los hechos de Violencia Familiar delictivos. En tanto que los hechos de Violencia Familiar no delictiva parecería que se deben tramitar mediante el proceso Único por la remisión a la que hace la misma Ley 30364 al Código de Niños y Adolescentes. El proceso Único es un proceso tutelar, pero su diseño es semejante al proceso sumarísimo del Proceso Civil. Esto se puede inferir de lo regulado en el segundo párrafo de su artículo VII del Título Preliminar: “Las normas del Código Civil, Código Penal, Código Procesal Civil y Código Procesal Penal se aplicarán cuando corresponda en forma supletoria al presente Código (...)”. El mismo Código de Niños y Adolescentes regula en el artículo 161: “El Juez especializado, para resolver, toma en cuenta las disposiciones del Proceso Único establecido en el Capítulo II del Título II del Libro Cuarto del presente Código y, en forma supletoria, las normas del Código Procesal Civil”.

En tal sentido la nueva Ley que regula el Proceso de Violencia Familiar no delictiva (o como lo establece la propia Ley “agresores en medio libre”) parece invocar un proceso con principio Dispositivo al remitir al proceso

Único. Sin embargo, parece más un procedimiento de corte inquisitivo por la falta de garantías al investigado para adoptar decisiones, como veremos más adelante, pues se trata de un procedimiento breve únicamente para emitir medidas de protección y tratamiento.

3.3.2. Esquema procedimental de La violencia Familiar

Para los casos de violencia familiar delictiva el Proceso Penal es el que atiende la tramitación de tales hechos, dictando además medidas de protección, tratamiento al agresor y la víctima (en caso que el Juez lo considere necesario). En estos casos, se aplican por lo tanto, los principios del Proceso Penal actual, encabezando por el hecho de que éste versa de un sistema normativo acusatorio (no inquisitivo), contradictorio, público y oral.

Para el caso de la violencia familiar no delictiva, es el proceso Único el que contenía su tramitación. Esto lo podemos colegir de lo que regulaba el artículo 20 del derogado Decreto Supremo 006-97-JUS (Texto Único ordenado de la Ley 26260, Ley de protección frente a la violencia familiar)²⁹, el cual remite al Código de Niños y Adolescentes (Ley. Del mismo modo el artículo 13 de la Ley 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar) regula la remisión al Código de Niños y Adolescentes³⁰.

²⁹ Artículo 20 del Decreto Supremo 006-97-JUS: Las pretensiones sobre violencia familiar se tramitan como Proceso Único, conforme a las disposiciones del Código de los Niños y Adolescentes con las modificaciones que en esta Ley se detallan.

³⁰ Artículo 13 de la Ley 30364: Las denuncias por actos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar se regulan por las normas previstas en la presente Ley y, de manera supletoria, por

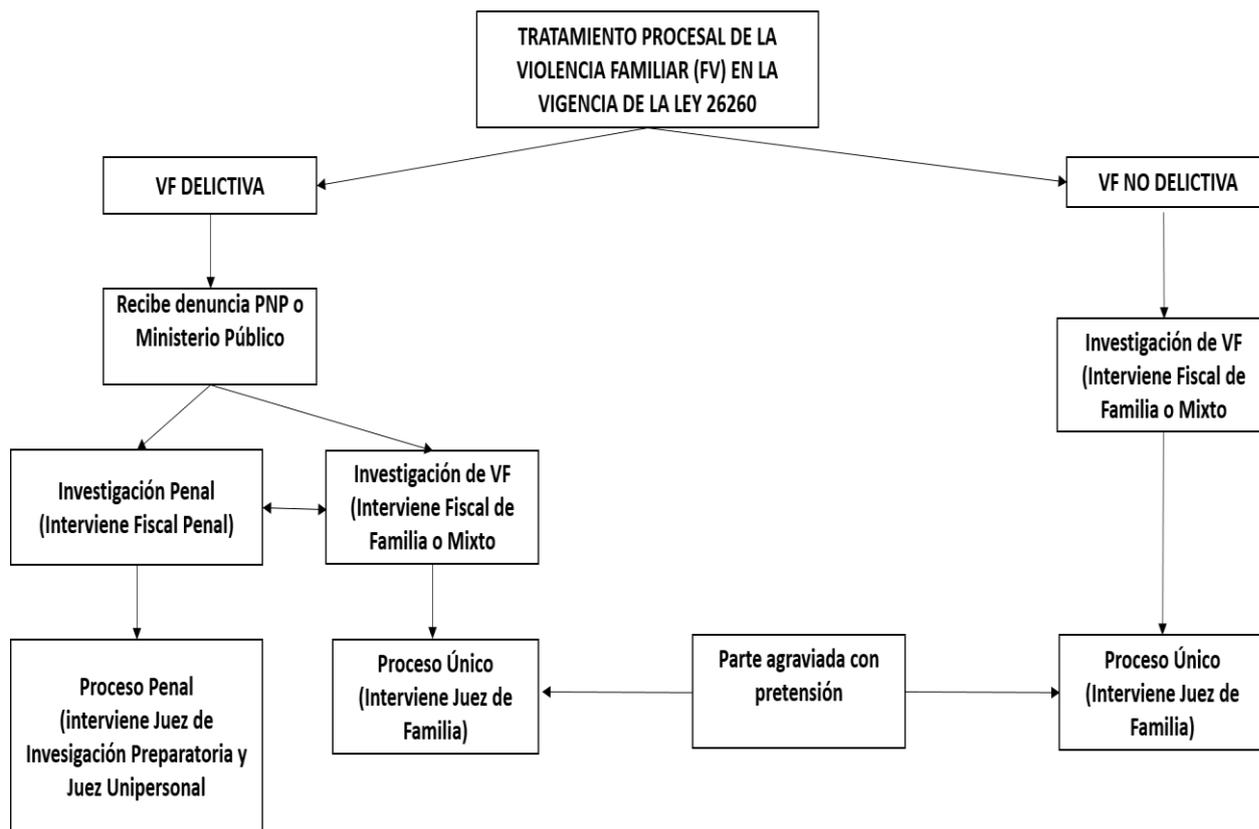


Grafico 08: Tratamiento procesal de la violencia familiar en la Ley 26260

Fuente: Elaboración propia

el Código Procesal Penal, promulgado por el Decreto Legislativo 957, y la Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes.

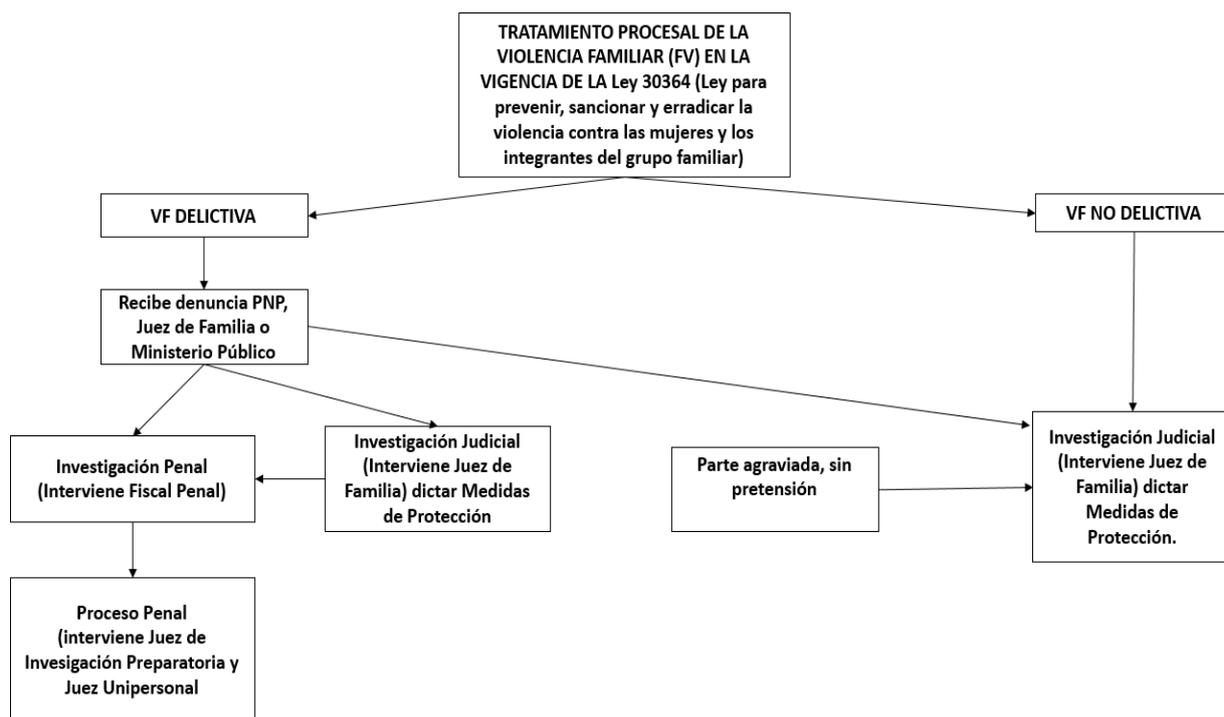


Grafico 09: Tratamiento procesal en la Ley 30364 y el Decreto Supremo 09-2016-MIMP

Fuente: Elaboración propia

3.3.3. **Carácter inquisitivo del procedimiento de las medidas de protección en la Ley 30364**

El actual proceso de violencia familiar regulado por la novísima Ley 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar) contiene una perturbadora tesis contraria a la teoría del proceso y más aún, contraria a esta corriente acusatoria y garantista de los procesos. Pues según esta norma el Juez de Familia es el competente para conocer los casos de violencia familiar no delictiva en investigación a fin de dictar medidas de protección y es la

policía la que eventualmente realiza las diligencias de investigación iniciales. Esto quiere decir que el Juez es investigador y a su vez juzgador y decisor. No existe sujeto procesal de pretensión. Esto tendrá varias consecuencias.

Por un lado, el agraviado tendrá que proveerse de todas maneras de un abogado defensor para el estadio probatorio en el proceso judicial que ventilen Violencia Familiar no delictiva. Además, requerirá abogado para ejercer el impugnatorio en caso la decisión judicial sea contraria, lo cual conlleva a incrementar la aflicción de la víctima en el proceso³¹, por lo que no resultará extraño tener víctimas que se desentiendan de los procesos de Violencia Familiar no delictivos, quedando éstos hechos sin decisión de fondo y por tanto no remediados.

La ausencia de un persecutor o pretensor, obligarán al Juez a dar seguimiento al cumplimiento de sus decisiones en cuanto a las medidas de protección. Sin embargo, la única medida que la Ley propone es el conocimiento policial de la medida de protección y nada más. El Juez decide sobre el tratamiento preventivo del agresor al cual también debe dar seguimiento, pero su decisión queda a la voluntad del agresor a someterse. Debemos precisar que la Ley 30364 establece como regla de conducta el incumplimiento del tratamiento del agresor, pero esto solamente aplica a la violencia delictiva sancionada con pena privativa de libertad suspendida, mas no par las sentencias que declararan Violencia

³¹ No es desconocido que la aflicción procesal termina siendo un enemigo de la continuación del proceso al incidir directamente sobre la aptitud del litigante sobre el trámite que ventila su pretensión.

Familiar no delictiva. Esto evidentemente impactará en la solución integral de problema, pues desatiende al agresor y desalienta la remediación integral.

De otro lado la labor judicial se verá incrementada en carga, esfuerzo y costos, ya que la función desconcentrada y de filtro que realizaba el Ministerio Público, se verá volcada a la función jurisdiccional. Ello repercutirá en la dilación de los procesos de violencia familiar no delictiva a nivel judicial, lo que producirá un espacio de tiempo en el que el agresor vuelva a cometer nuevos actos de Violencia Familiar.

Finalmente, la audiencia para el dictado de medidas de protección no exige la presencia de la defensa técnica del defensor del denunciado. Esta audiencia puede desarrollarse prescindiendo de la defensa de éste. Evidentemente esto transgrede el derecho de defensa de todo investigado en el proceso.

El hecho que la modificatoria que supone el Decreto Legislativo 1323, publicado el 06 enero 2017, al establecer en el artículo 122-B del Código Penal que todo hecho violento en el seno familiar es delito, supone la inclusión del conflicto al fuero del principio acusatorio; no obstante, el rezago y la práctica en el dictado de las medidas de protección perfilan este procedimiento como uno de corte inquisitivo.

3.3.4. Divergencia de las consecuencias del incumpliendo de las medidas de protección

La aplicación de modelos procesales distintos en el tratamiento del conflicto de la Violencia Familiar, ha impedido que hasta la fecha exista coherencia en las consecuencias jurídicas ante el incumplimiento de las medidas de protección. Por ejemplo el Decreto Supremo 006-97-JUS (Texto Único ordenado de la Ley 26260, Ley de protección frente a la violencia familiar) en el inciso b) del artículo 21 establecía que:

(...) Si la resolución judicial establece como medida de protección el tratamiento del agresor y este no cumple el mandato judicial, a solicitud de la víctima, el juez debe variar la medida y ordenar el retiro temporal del agresor del domicilio y/o el impedimento temporal de visitas, según sea el caso.

Es decir la consecuencia inmediata era la variación. Es por aplicación de la norma penal que podría aplicarse un apercibimiento implícito relacionado con el delito desobediencia y resistencia a la autoridad prevista en el artículo 368 del Código Penal:

El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años.

Recién con la Ley 30364, en el artículo 24 se establece que el incumplimiento de la conducta conlleva a la desobediencia y resistencia a la autoridad:

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

De la lectura del tipo penal de desobediencia y resistencia a la autoridad previsto en el artículo 368 del Código Penal, se desprende que ésta contiene una pena de no menor seis meses ni mayor de dos años, por lo que la pena generalmente será suspendida. Así lo podemos inferir del artículo 57 del mismo Código Penal³², a menos que el investigado sea reincidente penal.

Esto significa que, al tener una sentencia condenatoria penal, el agresor no delictivo únicamente podría esperar una condena suspendida. Si de ser coherentes se trata en el marco de la política de aplacamiento de la violencia familiar por vía de la represión (que es lo que últimamente ha

³² Artículo 57 del Código Penal: El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.
2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.
3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. (...)

desarrollado el Estado peruano) se debiera establecer sanción penal de pena privativa de libertad efectiva en caso de desobediencia y resistencia a la autoridad relacionado con un mandato judicial que contenga medidas de protección o tratamiento. Claro está que esta medida raya con lo absurdo.

En todo caso lo que se evidencia es que la consecuencia de incumplir una medida de protección no fue la misma en todos los casos y que aún en los supuestos de regulación especial de la violencia familiar, las consecuencias de tal desobediencia de las medidas, se han debido interpretar de normas no especiales mediante subsidiariedad, como la norma penal y procesal penal.

Subcapítulo 4. Preterición del agresor en la regulación de la violencia familiar

3.4.1. La familia como ente de protección normativo en el supuesto de Violencia Familiar

El artículo 7 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece: “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa”. A nivel legal, el artículo 233 del Código Civil establece: “La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y

fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”.

De esta escala normativa se puede colegir que la política estructural del Estado es la de fortalecer a la familia, por lo que existe una obligación ínsita a implementar medidas que permitan dicho logro. Una primera aproximación a este nivel es que el Estado ha fundado la protección, consolidación y fortalecimiento de “la familia” aplicada a todos los miembros indistintamente. En ese sentido la declaración del artículo 1 de la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar (Ley 26260) corresponde con lo dicho: “Por la presente Ley, se establece la política del Estado y de la sociedad frente a la violencia familiar, así como las medidas de protección que corresponden”. En esta norma no se ha hecho diferenciación entre violencia contra el hombre o contra la mujer y menos ha hecho diferenciación originaria sino programada³³ sobre los alcances de las medidas de protección.

Tampoco lo hace la Ley 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar) en la descripción del artículo 1 se ha establecido:

La presente Ley tiene por objeto prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia producida en el ámbito público o privado contra las mujeres por su condición de tales, y contra los integrantes del

³³ No lo hace constitucionalmente, la diferenciación de género lo hace la Ley.

grupo familiar; en especial, cuando se encuentran en situación de vulnerabilidad, por la edad o situación física como las niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad.

Para tal efecto, establece mecanismos, medidas y políticas integrales de prevención, atención y protección de las víctimas así como reparación del daño causado; y dispone la persecución, sanción y reeducación de los agresores sentenciados con el fin de garantizar a las mujeres y al grupo familiar una vida libre de violencia asegurando el ejercicio pleno de sus derechos.

Como es de verse la declaración normativa de protección es la familia o el grupo familiar, ello demanda un equilibrio regulatorio y de eficacia normativa de los sujetos que intervienen en el conflicto.

3.4.2. La familia como factor criminógeno y su influencia en el agresor

Luego de que el agresor ha sido sentenciado por Violencia Familiar, aún persisten los derechos relacionados con los hijos que han procreado (en el caso de Violencia contra los cónyuges, ex cónyuges, convivientes o ex convivientes, o entre quienes han procreado hijos sin relación previa). El contacto entre los padres es indefectiblemente posible, por lo que representa un riesgo de reincidencia la subsistencia de una conducta agresiva no tratada. En ocasiones las familias desintegradas

negativamente³⁴ suelen reincorporarse por decisión de los cabeza de familia (padre y madre). En tales circunstancias la conducta del agresor suele ser más agresiva y lesionan bienes jurídicos más importantes. Por estas razones Wael Hikal (2005) ha considerado que la familia en estas condiciones es un factor criminógeno:

La familia como factor criminógeno es la unidad básica de las conductas antisociales, la cual formará la personalidad violenta y agresiva, así como la manera incorrecta de relacionarse con el medio o la sociedad, agrediendo a los demás por las causas de sus conflictos internos. (p. 56)

La condición anómala de la familia por generación de violencia física o psicológica es fuente de conductas antisociales y delictivas provenientes del agresor y también es fuente de conductas ulteriores a largo plazo por parte de los sujetos en aprendizaje, como los hijos u otras personas a cargo en proceso de aprendizaje:

La familia participa y es considerada en la vida social como una unidad. Las relaciones dentro del grupo familiar son más frecuentes, íntimas, profundas, aunque muchas otras veces se tienen mejores relaciones con personas ajenas a la familia que a la misma. La Criminología Familiar debe estudiar la familia como una unidad de

³⁴ “(...) hay que hacer una distinción entre la desintegración familiar positiva y la negativa, la positiva se refiere a cuando los miembros de la familia (los hijos) se van de su familia de origen para formar la propia o para independizarse; y la negativa se refiere a la desintegración porque los hijos son sacados de sus casa por los padres, cuando la relación no es de confianza, etc.” (Hikal 2005, p. 57)

personalidades que interactúan; es decir, cada individuo actúa sobre otro de buena o mala manera. La conducta de un individuo es causa de los estados mentales de otros; la conducta de cada persona es causa y efecto del otro. (Hikal, 2005, p. 55)

De un estudio realizado en España, respecto de la reincidencia en la violencia entre parejas se ha establecido que:

Existen distintas variables implicadas en la agresión a la pareja y más en concreto con el riesgo de su nueva ocurrencia. Kropp (...) recuerda que es necesario establecer la validez empírica de un factor de riesgo antes de usarlo en la práctica. Algunos factores de riesgo son estáticos (la edad en el primer delito -ser joven-, la violencia en la familia de origen, la conducta antisocial - incluida la agresión generalizada y la delincuencia no violenta-, la agresión previa a la pareja y los trastornos de la personalidad o psicológicos severos) y otros son dinámicos (como la ira, las distorsiones cognitivas y actitudes machistas o favorables a la violencia, el consumo de sustancias, la dependencia emocional y algunos problemas psicológicos). La motivación delictiva está integrada por factores dinámicos modificables (...). Por tanto, el tratamiento de los agresores de pareja debería centrarse en este tipo de factores (entre otros, como los culturales) y variables de riesgo dinámicos que, mediante su modificación, pueden alterar la *motivación* del sujeto para agredir a su pareja. (Loinaz, 2011, p. 15)

Un poco más drástica son las conclusiones que conlleva el estudio criminológico sobre personalidad criminal en los Estados Unidos, realizado por Ann Burgess y Robert Kessler (2012), con relación a la fuente de creación de criminales altamente peligrosos. Estos autores concluyeron:

Hay un mito muy común según el cual los asesinos provienen de hogares pobres y desestructurados. Nuestra muestra demostró que no es realmente así. Muchos de los asesinos habían nacido en familias que no vivían en condiciones de pobreza extrema y que tenían unos ingresos estables. Más de la mitad vivían en hogares aparentemente intactos que contaba tanto con un padre como una madre. Eran, en general, niños inteligentes. (...) No obstante, aunque los hogares parecían normales, en realidad eran anómalos. La mitad de nuestros sujetos tenían algún pariente cercano con una enfermedad mental. La mitad tenía padres con antecedentes criminales. Casi el 70% de los casos tenían un historial familiar de consumo abusivo de alcohol o drogas. Todos los asesinos –todos– habían padecido maltrato psicológico grave en la infancia, y todos acabaron siendo lo que los psiquiatras denominan adultos sexualmente anómalos, es decir incapaces de mantener una relación madura y consentida con otra persona adulta. (p.116)

Estas últimas conclusiones, grafican la necesidad de no soslayar la vida pasada del agresor en su fase individual y familiar, si bien el estudio fue

realizado en los Estados Unidos de América la realidad no dista a la de nuestro país, donde la formación de personalidad violenta tiene raíces en tempranas edades y dentro del seno familiar o por quebrantamiento del mismo.

No existe un tratamiento *ad hoc* que tienda a unificar teorías ni posiciones criminológicas de las conductas que comportan actos de violencia familiar en nuestro país; sin embargo, existen varias investigaciones realizadas a raíz del fenómeno de la violencia familiar y las disciplinas que la han tratado son diversas: psicología, medicina, sociología, etc. Estos estudios, algunos breves, han sido recogidos por la Organización Panamericana de la Salud (OPS) adscrita a la Organización Mundial de La Salud (OMS)³⁵. Desde la disciplina de la neuropsiquiatría, en un estudio hecho por el Psiquiatra Jorge Castro Morales (1992) por la Universidad Cayetano Heredia denominada "Violencia y Familia", estudio que data del año 1992 (mucho antes que se diera la Ley de protección contra la violencia familiar) de la cual se rescata las consecuencias psicológicas y físicas de los actos de agresión material y psicológicas a la luz de la psiquiatría. Asimismo, dentro de los trabajos más específicos sobre la violencia familiar tenemos el realizado por Néstor B. Bergara Soria (2003) en su trabajo "Violencia Familiar en el Distrito de San Juan de Lurigancho" donde describe índices de violencia familiar y esquematiza causas que producen tales actos en el Distrito de Lurigancho, basados principalmente en aspectos de orden económico (como el empleo, el hacinamiento), psicológicos (como la

³⁵ Los que podemos ubicar en: http://www.paho.org/per/index.php?option=com_wrapper&Itemid=694

dependencia, la autoestima) y sociológicos (desigualdad en el género, relaciones de poder) que no desvinculan al agresor con el entorno familiar.

Estas investigaciones dan luces de que el problema de la Violencia Familiar, al ser un problema que aborda muchos aspectos de la vida del hombre. Por lo tanto, la normatividad tuitiva y de protección no debería entablar un lado extremadamente proteccionista a la víctima, ni de persecución extrema al agresor. Exige entonces contemplar causas en la conducta del agresor y de la víctima, las que deberían ser consideradas con especial cuidado en la estructuración normativa de la violencia familiar, mucho más cuando se trata de inflacionar el derecho penal con conductas incipientes de control moderado; pues, de por sí la creación del pánico ante la criminalización de conductas modifica la finalidad remediadora del conflicto al que debe apuntar el Estado y lo pervierte en finalidad punitiva para satisfacer la opinión coyuntural sobre la seguridad ciudadana, reafirmando el sistema penal por fragmentación normativa, con consecuencias igual de drásticas para la víctima como para el agresor.

3.4.3. Intervención punitiva *prima facie* en la violencia familiar

Desde un extremo no deseable, pero que bien puede reflejar la indolencia estatal hacia el agresor; Kessler (2012) ha manifestado que:

Es verdad que la mayoría de los niños que han tenido una infancia anómala no acaban matando o cometiendo actos antisociales violentos. Por lo que pudimos ver, ello se debe a que la mayoría salva gracias a la intervención de una figura fuerte en la siguiente fase de la infancia, la pre - adolescencia. A nuestros sujetos, sin embargo, nadie les salvó cuando se estaban ahogando; más bien al contrario: se les empujó todavía más al fondo. (p. 119)

Es posible que nuestro sistema penal haya abstraído en *última ratio* todos los tipos de violencia que acarrearán caos en la sociedad. Sin embargo, la sustanciación jurídica de la violencia familiar últimamente se ha definido como *prima ratio* para el derecho penal. En consecuencia la Violencia Familiar (por lo menos en caso de Violencia Familiar no delictiva) bien puede tratarse de una conducta antisocial equiparable a la drogadicción o a la prostitución y su tratamiento interdisciplinario podría tener la naturaleza que demanda estos últimos tipos de conducta. La diferencia radica en que cada una de estas conductas (drogadicción, prostitución) es tratada ontológicamente como un hecho aislado, cuyas afectaciones se circunscriben a un perjuicio más individual que colectivo. Una concepción de la afectación individual tiene su fuente en la protección de la libertad individual y en la barrera contra paternalista, de tal modo que en un estado que propugna libertad se rechaza la intervención en la modelación psicológica y moral que hace imposible lo que Kessler (2012) plantea en la anécdota del infante salvado por intervención de la “figura fuerte”.

En ese sentido, debemos configurar la afectación de la violencia familiar en el entorno global de sus miembros, pues esto corresponde a concebir que la Violencia Familiar presenta un enjugado de causas que incluso torna dificultoso su aproximación casuística desde una sola disciplina. Agustina (2013) al hablar de la violencia filo-parental explica esta circunstancia así:

Dentro de la variedad de formas de violencia manifestada por jóvenes, la que tiene lugar en el ámbito familiar presenta dificultades adicionales significativas por lo que se refiere al estudio de su evolución. Dicha dificultad, como veremos, se debe a la propia impenetrabilidad que caracteriza al medio familiar, en tanto que este ámbito se muestra especialmente resistente al conocimiento externo de lo que sucede en su interior, por diversos factores derivados de las especiales relaciones que se dan en el hogar y de la intimidad que protege a las mismas. En este sentido, en la literatura criminológica estos tipos delictivos se incluyen entre los denominados «delitos invisibles u ocultos» (*hiddencrime; invisible crime*). (pp. 227-228)

Sin embargo, su connotación es de mayor peso y la expresión de esto es que ha superado un tratamiento eventual en el sistema jurídico para ser un tanto estructural. Por ello es necesaria una postura criminológica que posiblemente una estructura jurídica para la prevención y remediación ante actos de violencia familiar antes que la criminalización temprana. Como ejemplo tomemos la que ha dado Elena Larrauri (2007):

En la explicación del delito de violencia doméstica, como he expuesto, se han superado mayoritariamente las versiones iniciales que partían de un hombre que agredía porque era enfermo alcohólico o patológico. Esta interpretación pone énfasis en la personalidad del agresor y, a mi parecer, es justamente criticada por desconocer la responsabilidad de un contexto social y cultural. Es difícil creer en la irracionalidad del hombre cuando parece empíricamente constatado (...) que hay un grupo de hombres que sólo son violentos contra su pareja, pero que globalmente exhiben un control racional envidiable. Asimismo, cuando se escuchan las versiones de los maltratadores y se comprueba que las explicaciones más citadas para ejercer violencia son las de conseguir determinadas prestaciones a las que creen tener derecho, mantener la posesión de la que consideran su mujer y el control del dinero (...), se puede llegar a la conclusión de que la violencia es instrumental, dirigida a conseguir determinados objetivos y no puede tildarse de simbólica o irracional. (p. 17)

Siguiendo el ejemplo, para esta autora, una visión racional de la etiología de los actos de violencia doméstica –desde la perspectiva psicológica– nos atrae a una explicación sobre una causa distinta que influye en el agente agresor y nos aleja felizmente de concebir a los agresores como personas inimputables, pero sujetas a tratamiento. Esto coincide con lo que dijera Louk Hulsman (1993) en relación con el delito y la regla de igualdad en la imputabilidad de los agentes:

Considerados en sí mismos, los involucrados en eventos "delictivos" no aparentan formar una categoría especial de personas. Aquellos oficialmente registrados como "delincuentes", constituyen solamente una pequeña porción del total de personas involucradas en eventos que legalmente permitirían su criminalización. Entre estos, los hombres jóvenes de los segmentos más carenciados de la población se encuentran altamente sobre representados (pp. 75-76)

Siendo así las cosas, queda claro que la labor del Estado no debe estar dirigida a pretender inocular *prima facie* al agresor, únicamente sobredimensionando a la víctima, o sobredimensionando la condición de enemigo al agresor en la norma y en campaña ministerial. La orientación más atinada deberá establecer los mecanismos para la inclusión eficaz del tratamiento del agresor desde una comprensión criminológica y la implementación ministerial que afronte la realidad que fragmenta hoy por hoy la norma penal, pues el que se ejecuten tratamientos psicológicos y sociales al agresor en el marco de la violencia familiar delictiva no tiene la misma importancia que el tratamiento se haya dado en el marco de la violencia familiar no delictiva.

3.4.4. Política criminal peruana en violencia familiar y su orientación subjetiva al agresor

De la Ley 26260 (Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar publicada el 24 de diciembre de 1993) y el Decreto Supremo 006-97-JUS

(Texto Único Ordenado de la Ley 26260, publicada el 27 de junio de 1997) se puede verificar que la directriz subjetiva, en términos de política criminal estuvo dirigida a la protección de la víctima, está estructurada para la víctima, pues la práctica de las medidas de protección están diseñadas para revestir a la víctima de prerrogativas para la evitación de nuevas conductas agresoras del agente.

Sin embargo, al referirnos a los artículos 121-B; 441 y la reciente modificatoria del artículo 122-B del Código Penal con el Decreto Legislativo 1323, que tratan la violencia familiar a nivel penal, podemos darnos cuenta que la normatividad ha sido estructurada con acentuada persecución del agente . Si bien las medidas de protección subsisten, sin embargo es innegable el interés político criminal sobre “seguridad ciudadana” que implica tipificar y sustanciar “todo hecho” de violencia familiar como delito: control social formal por el camino del derecho penal. Así lo importante en la realidad más próxima, en el marco del derecho penal ante la violencia familiar delictiva, es la sanción. Lo ulterior a la condena como la reeducación, resocialización y reinserción corresponde al Derecho Penitenciario.

Es tal el viraje del Estado que en sus inicios regulativos priorizó el interés de víctima para ahora ocuparse del delincuente. De la descripción de las consecuencias jurídicas del artículo 122-B del Código penal se evidencia pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación conforme al artículo 36 del Código Penal. De por sí, desde

el principio de *última ratio* y de fragmentariedad, es grave que la norma penal en comentario, haya decidido como política criminal la estigmatización en función de conductas reguladas extrapenalmente (como la Ley 26260). Una consecuencia ya desde una interpretación sistemática, con relación a la condena, es que la norma niega de hecho el tratamiento al que debería someterse conforme a la Ley 30364: pues la inhabilitación al que será sancionado conforme al artículo 36 del Código Penal regula, considerando el ilícito penal de violencia familiar serían los regulados en el inciso 5, 10 y 11 del artículo 36 del Código Penal: “Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela; privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; y, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez”.

De esto último podemos evidenciar un interés normativo de orden tutelar hacia la víctima; dejando al agresor como el enemigo *sine qua nom* de la relación conflictiva de la violencia familiar, en términos sencillos en interés “contra autor”, al cual recaía o la interdicción del contenido de las medidas de protección o la sanción penal. Actualmente el interés del Estado aún sigue la línea tutelar, pero eminentemente bajo la égida del Derecho Penal y también “contra autor”, pues la otra cara de las medidas de protección y el tratamiento ambulatorio regulado en la Ley 30364 que emergen como presuntas instituciones de remediación de la violencia; se impone las consecuencias de la política criminal de criminalización por seguridad ciudadana: conformación de valores jurídicos de posible control social

informal, estigma de la condena, la interdicción incongruente con el tratamiento del agresor, el tratamiento para la reeducación, resocialización y reinserción dentro del sistema penitenciario y no preventivo, etc.

De ahí la que la dirección regulativa en su vertiente subjetiva está dirigida “presuntamente” (y veremos en el siguiente capítulo porque es presunta) de manera positiva a la víctima dado su contenido tutelar; y dirigido negativamente, en los términos expuestos, al agresor. El tratamiento que el agresor reciba en el marco de la violencia familiar delictiva no es más que un mero resultado anticientífico e irracional³⁶, fundado en criterios dogmáticos de culpabilidad (reprochabilidad) percibidos de la coyuntura y de criterios populistas de seguridad ciudadana.

3.4.5. Alcance subjetivo de las Medidas de Protección en la legislación derogada

El derogado Decreto Supremo 006-97-JUS (Texto Único ordenado de la Ley 26260, Ley de protección frente a la violencia familiar) en el artículo 10 (modificado por el artículo 4 de la Ley 29282, publicada el 27 noviembre 2008) establecía:

³⁶ “(...) para mucho críticos el Derecho penal es la rama del ordenamiento jurídico que más tiene que ver con la irracionalidad, también con la violencia y el mal: irracionalidad de los autores, de las víctimas y del mismo Parlamento que construye las Leyes emotivamente, de modo instrumental-simbólico, por razones de mero consenso político o de lucha política, y de éste modo sin un examen ni un proyecto científico. El uso político del Derecho Penal, desvinculado de los controles de racionalidad y de verificación de la extrema ratio, lo ha puesto por ello demasiado libre de perseguir objetivos inconfesables de volverse un fácil *instrumentum regni*”. (Reátegui, 2014, p. 82)

Recibida la petición o apreciados de oficio los hechos, el Fiscal debe dictar en el término de cuarenta y ocho (48) horas, bajo responsabilidad, las medidas de protección inmediatas que la situación exija.

Las medidas de protección inmediatas que se adoptan a solicitud de la víctima o por orden del Fiscal incluyen, sin que la enumeración sea limitativa, el retiro del agresor del domicilio, prohibición de comunicación, acercamiento o proximidad a la víctima en cualquier forma, suspensión temporal de visitas, inventarios sobre sus bienes, suspensión del derecho de tenencia y porte de armas, y otras medidas de protección inmediatas que garantizan su integridad física, psíquica y moral. Para la ejecución de estas medidas, debe solicitar el auxilio de la fuerza pública si fuera necesario. (...)

No se conceptualizó qué es una medida de protección, pero en su comprensión funcional debería ser aquella por la cual se evitaría un nuevo acometimiento contra la víctima por parte del agresor. Al no contener un concepto normativo, no se puede inferir un destinatario específico, por lo que bien las medidas de protección pudieron haber sido cualquier idónea que permita la finalidad. Es decir también pudieron haberse dirigido a “favor” del agresor; no para favorecerlo frente a sus actos de violencia familiar y su condición jurídico-procesal, sino para someterlo a un tratamiento desde que se ha iniciado la investigación fiscal de violencia familiar y por qué no hasta después de emitirse la sentencia.

Sin embargo, contrario a esto último, de la lectura íntegra del TUO de la Ley 26260, la práctica fiscal y judicial comprendieron a las medidas de protección a partir de su destinatario tutelar “más frágil” que es la víctima. En ese sentido, si conceptualmente y legalmente las medidas de protección no tienen un destinatario legal específico y debiendo atender a su finalidad, pudieron dirigirse las medidas de protección también a atender al agresor a guisa de tratamiento preventivo.

La omisión de incorporación al investigado dentro de las medidas de protección se dio porque se ha comprendido desde el año 1997 hasta hace poco (noviembre de 2015) en que fue dada la Ley 30364 como mandatos dirigidos a aplacar a guisa de “causa autónoma” de la agresión: el agresor. Tutelando con máxima expresión a la víctima para evitar nuevos actos de violencia familiar. Pero dichos mandatos en ningún modo fueron comprendidas como “atención” o “tratamiento” al agresor, puesto que el tratamiento del agresor se reguló como una potestad judicial ejercida en el proceso único de violencia familiar.

Es decir, mientras las medida de protección se dieron *ex ante*, con la sola denuncia y ante la posibilidad de que ésta pudiera verificarse; el tratamiento al agresor fue una medida *ex post*, ya que su dictado dependía de la convicción judicial³⁷. De este modo podemos evidenciar que las medidas de protección como instrumento procesal y material en la

³⁷ Convicción judicial formada desde la valoración probatoria.

violencia familiar tenían como destinatario único a la víctima. El inciso b) del artículo 21 del Decreto Supremo 006-97-JUS, reguló lo siguiente:

La resolución judicial que pone fin al proceso determinará si ha existido o no violencia familiar y establecerá: (...)

b) El tratamiento que debe recibir la víctima, su familia y el agresor, si se estima conveniente. Si la resolución judicial establece como medida de protección el tratamiento del agresor y este no cumple el mandato judicial, a solicitud de la víctima, el juez debe variar la medida y ordenar el retiro temporal del agresor del domicilio y/o el impedimento temporal de visitas, según sea el caso.

Cuando se establezca que el agresor debe seguir tratamiento de rehabilitación, corresponde supeditar la duración de la suspensión temporal de cohabitación y/o visitas al tratamiento que debe someterse; la rehabilitación debe ser acreditada con la certificación del médico tratante.

Muestra de que la dirección de las medidas de protección es hacia la víctima exclusivamente, es que la Ley regulaba el “tratamiento” como una potestad, por lo que el Juez no se encontraba obligado a establecer tratamiento para el agresor. A diferencia de las medidas de protección, su dictado y vigilancia por el fiscal y juzgador era una exigencia legal. Es decir, la Ley suponía que algunos agresores requieren tratamiento y otros

no, soslayando la información real dada por la Organización Mundial de la Salud: la violencia familiar es un problema de salud pública. La Ley planteó el tratamiento del agresor como si hubiese agresores de un solo hecho y como si por el proceso de violencia familiar que ha “sufrido” el agresor, éste no fuese a reincidir o fuese “rehabilitado” perennemente.

3.4.6. Medidas de Protección y Tratamiento al agresor en la Ley 30364

La nueva Ley 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar) regula la “reeducación del agresor” como un fin del proceso de violencia familiar. Así lo refiere el segundo párrafo del artículo 1 de dicha norma:

Para tal efecto, establece mecanismos, medidas y políticas integrales de prevención, atención y protección de las víctimas así como reparación del daño causado; y dispone la persecución, sanción y reeducación de los agresores sentenciados con el fin de garantizar a las mujeres y al grupo familiar una vida libre de violencia asegurando el ejercicio pleno de sus derechos.

Del mismo modo el artículo 30 del mismo cuerpo normativo establece que:

Es política del Estado la creación de servicios de tratamiento que contribuyan a la reeducación de personas agresoras que han cometido actos de violencia contra las mujeres y los integrantes del

grupo familiar a fin de que el agresor detenga todo tipo de violencia contra estos.

El tratamiento al agresor en la nueva Ley constituye un avance en la sustanciación del proceso de Violencia Familiar, puesto que se lo invoca desde la reeducación, admitiendo una corriente criminológica etiológica en la conducta del agresor de violencia familiar. De tal modo que la referida Ley ha establecido el contenido re-educacional para los agresores de conducta de violencia familiar no delictivos; es decir, para personas que la Ley denomina “personas agresores en medio libre”; tales como los de carácter psicológico, social, psiquiátrico, grupos de auto ayuda especializada en violencia, terapias. Así el artículo 32 de la citada Ley precisa:

En los procesos por delitos vinculados a actos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, el juez puede imponer al agresor tratamiento psicosocial, psiquiátrico o de grupos de autoayuda especializados en violencia a través de la asistencia a terapias sobre violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, utilizando los diversos programas que desarrollan las instituciones de protección a la familia. Esta medida puede aplicarse desde el inicio del procedimiento.

La Ley también precisa que esta medida (el tratamiento para la reeducación), puede aplicarse desde el inicio del procedimiento, es decir

desde que el Juez de familia toma conocimiento de los hechos. El tratamiento del agresor o reeducación es, para la Ley 30364, distinto a las medidas de protección, o también se puede decir que el tratamiento no está contenido en ninguna medida de protección dictada durante el procedimiento ni la que se dicta en la sentencia. Para la Ley 30364 el tratamiento tiene una entidad autónoma o por lo menos lo tuvo desde su emisión hasta la dación de su reglamento, el Decreto Supremo 009-2016-MIMP (de fecha 27 de julio de 2016), así en el artículo 22 de la referida Ley se ha establecido que:

Entre las medidas de protección que pueden dictarse en los procesos por actos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar se encuentran, entre otras, las siguientes:

1. Retiro del agresor del domicilio.
2. Impedimento de acercamiento o proximidad a la víctima en cualquier forma, a la distancia que la autoridad judicial determine.
3. Prohibición de comunicación con la víctima vía epistolar, telefónica, electrónica; asimismo, vía chat, redes sociales, red institucional, intranet u otras redes o formas de comunicación.
4. Prohibición del derecho de tenencia y porte de armas para el agresor, debiéndose notificar a la Superintendencia Nacional de

Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil para que proceda a dejar sin efecto la licencia de posesión y uso, y para que se incauten las armas que están en posesión de personas respecto de las cuales se haya dictado la medida de protección.

5. Inventario sobre sus bienes.

6. Cualquier otra requerida para la protección de la integridad personal y la vida de sus víctimas o familiares.

El Reglamento de la Ley 30364 (Decreto Supremo 009-2016-MIMP) incorpora el tratamiento del agresor en el orden de dictado de las medidas de protección. Así el inciso 4 del artículo 37.3 de dicho reglamento establece que: “Además de las medidas de protección señaladas en la Ley el Juzgado de Familia puede dictaminar: (...) 4. Tratamiento reeducativo o terapéutico para la persona agresora”. Es decir, tanto las medidas de protección como el tratamiento han sido incorporadas *ex ante* bastando la sola posibilidad de la producción de los hechos denunciados. Aquí la orientación político-criminal sobre estos dos valiosos instrumentos parece contener un mensaje de abordaje sobre el problema integral, al direccionar la actuación cautelar de nuevos actos de agresión desde la protección de la víctima y la prevención por tratamiento del agresor.

Sin embargo, pese a esta incorporación se precisa de algunos cuestionamientos a la Ley 30364 y reglamentación que se acrecientan con la novísima dación del Decreto Legislativo 1323 (Decreto Legislativo que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género), como veremos más adelante.

3.4.7. Imprecisión de oportunidad de tratamiento preventivo del agresor y ausencia de control de resultados en etapas del proceso penal

El primer párrafo del artículo 32 de la Ley 30364 establece:

En los procesos por delitos vinculados a actos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, el juez puede imponer al agresor tratamiento psicosocial, psiquiátrico o de grupos de autoayuda especializados en violencia a través de la asistencia a terapias sobre violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, utilizando los diversos programas que desarrollan las instituciones de protección a la familia. Esta medida puede aplicarse desde el inicio del procedimiento.

Si bien la Ley no define en qué consiste el “inicio del procedimiento” debe entenderse que el Juez de familia tiene la “potestad” de dictar el tratamiento al presunto agresor desde el inicio de la investigación. El inciso 3) del tercer párrafo del artículo 20 de la Ley 30364 establece que: “En caso que se trate de una sentencia condenatoria además de lo

establecido en el artículo 394 del Código Procesal Penal, promulgado por el Decreto Legislativo 957, y cuando corresponda, contiene: (...) 3. El tratamiento especializado al condenado”. El tratamiento del agresor conforme al último párrafo del artículo 32 de la Ley 30364 puede ser en medio libre cuando el agresor es condenado a pena privativa de libertad suspendida considerándola regla de conducta³⁸.

De otro lado cuando el agresor es condenado a pena privativa de la libertad efectiva el tratamiento es, por un lado, requisito para el otorgamiento de beneficios penitenciarios conforme al segundo párrafo del artículo 31 de la Ley 30364³⁹. Por otro lado el tratamiento es una condición de rehabilitación del sistema penitenciario, ello se desprende del artículo 30 de la Ley 30364 que establece: “Es política del Estado la creación de servicios de tratamiento que contribuyan a la reeducación de personas agresoras que han cometido actos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar a fin de que el agresor detenga todo tipo de violencia contra estos”. Concordada con el primer párrafo del artículo 31 de la Ley 30364 que está rotulada como “Tratamiento penitenciario para la reinserción social de las personas agresoras privadas de libertad” y que en su texto establece: “El Instituto Nacional Penitenciario incorpora el eje de prevención de la violencia contra las

³⁸ El sometimiento a un servicio de tratamiento para la reeducación de agresores en instituciones públicas o privadas que el juzgado disponga, es considerado como regla de conducta, sin perjuicio de la sanción penal que corresponda.

³⁹ El cumplimiento del tratamiento es un requisito obligatorio para el otorgamiento de beneficios penitenciarios, de indulto y de la conmutación de la pena a los que hubiere lugar, conforme al marco legal vigente, los que no pueden ser concedidos sin el correspondiente informe psicológico y social que se pronuncie sobre la evolución del tratamiento diferenciado.

mujeres y los integrantes del grupo familiar dentro de los distintos programas de tratamiento penitenciario dirigidos a la población penal”.

De la normatividad descrita se puede verificar que la Ley ha regulado indiferenciadamente la oportunidad del tratamiento del agresor en los supuestos de investigación penal; en el supuesto de la condena penal suspendida y la condena penal efectiva. Esto se debe a que, la Ley no ha conceptualizado con corrección y claridad los conceptos “medidas de protección”, “tratamiento del agresor” y “reeducación”. Esto es consecuencia de no considerar la función del tratamiento en las etapas del proceso penal (investigación, proceso penal y sentencia) ni la finalidad criminológica en la persecución y remediación del conflicto de violencia familiar. Veamos:

a) En cuanto a la investigación penal:

Conforme al párrafo 4) de inciso 3) del artículo 37 del Reglamento de la Ley 30364 (Decreto Supremo 009-2016-MIMP) el tratamiento reeducativo o terapéutico para el agresor es una medida distinta a las medidas de protección:

El Juzgado de Familia dicta la medida de protección más idónea para el bienestar y seguridad de la víctima, atendiendo a las circunstancias (...) 37.3 Además de las medidas de protección señaladas en la Ley el Juzgado de

Familia puede dictaminar: (...) 4. Tratamiento reeducativo o terapéutico para la persona agresora.

En pocas palabras, el tratamiento al agresor no es medida de protección, pero sí es una suerte de mandato cautelar y preventivo. Sin embargo, este toque preventivo no es más que prevención del caso concreto, no es prevención penal (especial negativa o positiva). Es decir en éste marco (de investigación) el tratamiento no es reeducativo ni rehabilitante. Entones esta pretensión legal del tratamiento del agresor colisiona con la declaración del artículo 30 de la mencionada Ley que establece que:

Es política del Estado la creación de servicios de tratamiento que contribuyan a la reeducación de personas agresoras que han cometido actos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar a fin de que el agresor detenga todo tipo de violencia contra estos.

Por lo tanto también resulta contradictorio el hecho que el artículo 37.3.4 del reglamento de la Ley 30364 asuma que el agresor en algunos casos requiere tratamiento y en otros no, cuando bien hemos planteado que un acto violento (por lo menos doloso) tiene como denominador común etiología psicosocial.

Finalmente, no siendo el tratamiento especializado del agresor (en investigación preliminar o preparatoria) una medida de protección,

entonces no le alcanza el apercibimiento de investigación por desobediencia y resistencia a la autoridad, que regula el artículo 24 de la nueva Ley 30364: “El que desobedece, incumple o resiste una medida de protección dictada en un proceso originado por hechos que configuran actos de violencia contra las mujeres o contra integrantes del grupo familiar, comete delito de resistencia o desobediencia a la autoridad previsto en el Código Penal”. En ese sentido el tratamiento termina siendo muerta al no existir ningún tipo de control legal de ejecución ni de resultado.

b) En el caso del agresor condenado a pena suspendida:

El tratamiento ordenado en la sentencia es regla de conducta cuyo quebrantamiento, es decir la omisión, traería como consecuencia la revocación de la pena suspendida. Por lo tanto, los efectos del tratamiento en esta fase ya no son de prevención de nueva agresión en el caso concreto sino que, al estar el tratamiento bajo el imperio de criterios procesales, su función es controlar la revocación de la pena privativa de la libertad. Así se omite el interés del resultado reeducativo del tratamiento, pues el hecho que el agresor cumpla con ir al tratamiento durante el periodo de prueba de la pena suspendida, no garantiza su reeducación. Luego del cumplimiento de la pena no hay evaluación del agresor para establecer si el tratamiento ha funcionado o no.

c) En cuanto al tratamiento en condena efectiva

Aquí el tratamiento encaja sobre la finalidad de la pena en su vertiente de prevención especial positiva sobre el condenado, pues en éste ámbito, el tratamiento no solamente tiene el requisito para obtener beneficios penitenciarios sino también para la rehabilitación y reinserción social.

Como se puede ver, la oportunidad del tratamiento planteado en la Ley 30364 no puede definirse con las mismas finalidades ante la confrontación de las distintas etapas del proceso penal. Ello conlleva a cuestionar su finalidad preventiva en el conflicto material, frente a las finalidades de la pena: “orientación” de la conducta del agresor o a “cambio de la conducta antisocial o ineducada”. Esto porque como hemos visto la Ley expresamente ha establecido que el tratamiento “reeducar”, por lo que estamos hablando de un cambio conductual del agresor que podemos concebir con más claridad dentro de los fines de la pena. La Ley en su declaración más fuerte plantea al tratamiento con efecto reeducativo en cualquier etapa del proceso (investigación, proceso penal y condena). Sin embargo, cabe preguntarnos ¿acaso la finalidad del tratamiento preventivo a nivel de investigación penal es la misma que la reeducación penitenciaria del interno o la reeducación ambulatoria del condenado a pena suspendida?, es obvio que no.

Abunda a lo contradictorio que la Ley 30364 haya dado potestades de mandatos reeducativos al Juez de Familia y peor aún a nivel de investigación preliminar por intermedio de un procedimiento de dación de medidas de protección de modelo cautelar⁴⁰ y no definitivo. La Ley en este sentido es asistemática (que proviene de la falta de conceptualización y alcances del tratamiento) al suponer que el Juez de familia (y fuera de sus competencias no penales y ausencia de especialización) tiene posibilidad de hacer un análisis *ex ante* de la culpabilidad del investigado antes de iniciar el proceso penal, cuando este nivel de culpabilidad requiere un mínimo análisis de la reprochabilidad del agente basado en su condición de imputable, sus posibilidades de conducirse conforme a la norma y el análisis de una exigibilidad de una conducta distinta (para algunos casos), cosa que solo se puede evaluar en el proceso penal y no en un procedimiento de dictado de medidas de protección de modelo cautelar.

En ese mismo orden suma una circunstancia más crítica de cara al derecho de presunción de inocencia del investigado por violencia familiar. El Decreto Legislativo 1323 ha incorporado el artículo 122-B que crea el delito de “agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar” de cuyo texto se desprende que todo acto de violencia física o psicológica contra un integrante del grupo familiar es delito. En tal caso, ya desde el tratamiento al agresor impuesto por el juez de familia en etapa e investigación transgrede el principio de presunción de inocencia, pues

⁴⁰ Las medidas de protección no son medidas cautelares. Utilizamos el término modelo cautelar para referirnos a que el juez de familia se pronuncia sobre un conflicto aún no decidido con pronunciamiento de fondo.

si el tratamiento es reeducativo, éste solamente se puede comprender desde la óptica del condenado, es decir de quien ha sido sometido a un juicio oral, a la conclusión anticipada de juicio o a la aprobación de terminación anticipada. Siendo todo agresor de violencia familiar un imputado al cual le asiste el principio de presunción de inocencia, quedará abierta la posibilidad para que impugne cualquier imposición de tratamiento preventivo durante la investigación, pues teniendo el tratamiento (en medio libre) la misma finalidad reeducativa, resocializadora que el tratamiento penitenciario, éste (el tratamiento regulado en la Ley 30364) solamente se podrá aplicar cuando el agresor sea condenado. He aquí que la a-sistematicidad con la que se legisla termina derogando un instrumento importante en el tratamiento del agresor y desvía el camino correcto para remediar extrapenalmente el problema de la preterición del agresor. Ya por ello Leslie Wilkins citado por Hulsman (1993) ha planteado:

En la actualidad parece haber quedado claramente establecido que lo que se haga a aquellos delincuentes que son identificados y procesados por el sistema, es sumamente improbable que produzca más que un muy pequeño impacto en la cantidad de delito existente en cualquier sociedad. Ahora nos damos cuenta que en el sistema penal tenemos dos problemas distintos. El primer problema: qué hacer con aquellos delincuentes que son ingresados a la red institucional de decisiones. El segundo problema: qué hacer para reducir la criminalidad –dos problemas completamente distintos-. Ya

no podemos más reducir el problema de la criminalidad al problema del delincuente”. (p. 88)

De estas contradicciones en la Ley 30364 podemos concluir que el sistema normativo peruano (ahora con la regulación de criminología de seguridad ciudadana mediante el Decreto Legislativo No 1323, salvo la violencia económica) ha direccionado el interés hacia el agente como un sujeto delictivo de tratamiento; sin embargo dicho tratamiento no sintoniza con la finalidad en cada etapa del proceso al evidenciar (como hemos evidenciado) la necesidad de un tratamiento preventivo del caso concreto; un tratamiento como condición de la pena suspendida y un tratamiento como supuesto de reeducación en cumplimiento de pena efectiva con control para beneficios penitenciarios y rehabilitación.

Suma al problema que en los dos primeros supuestos (investigación preliminar y condena suspendida) no existe un control de resultados del tratamiento sobre el agresor como sí existe en el supuesto de la condena efectiva.

Subcapítulo 5. Fragmentarismo normativo de la víctima en la regulación de la violencia familiar

3.5.1. Precisión de las características de la organización cultural de producción criminal

Para Hulsman (1993), la organización cultural produce criminalización mediante la reconstrucción de la realidad y atribución de culpa. En cuando a la reconstrucción deja sentado que:

El sistema penal produce una construcción de la realidad al enfocar un incidente, restringidamente definido en tiempo y espacio, y congelar la acción allí, observándolo en relación a una persona, a un individuo, a quien la instrumentalidad (la causalidad) y la responsabilidad le pueden ser atribuidas. (Hulsman, 1993, p. 78)

Este procedimiento reconstructivo tiene efectos inmediatos en la aplicación normativa que resumiremos en la denominación de “fragmentarismo” el cual viene a ser “la posterior separación del individuo. Este es (...) aislado en relación al incidente, de su medio, de sus amistades, de su familia, del sustrato material de su mundo” (Hulsman 1993, p. 78).

Para Hulsman la reconstrucción de la realidad crea individuos ficticios y también una ficticia interacción entre ellos. Es decir, que la creación de la

norma penal o cualquier norma de carácter criminógena fragmentan la realidad de la que surge y crea una realidad ficta, donde se crean un individuo conceptual y una serie de relaciones que éste individuo tiene. El fenómeno fragmentario contiene una finalidad que no es implícita al incidente del cual se origina la norma sino una finalidad fundada en la afirmación del sistema normativo.

En cuanto a la atribución de culpa, en la línea del fragmentarismo producto de la reconstrucción normativa del incidente, Hulsman plantea que la graduación punitiva se realiza de manera predeterminada por el sistema penal según la realidad de eventos que se manejan en el foro penal y no por correspondencia con la realidad. En una interpretación que unifique estos dos aspectos de la creación criminal por la organización cultural, se unifican en un solo fenómeno que es el “fragmentarismo” por el cual en una realidad ficticia de la norma penal se crea individuos, interacciones y punitivas divergentes con la realidad que los ha hecho nacer.

El fragmentarismo dentro de la organización social crea, a decir de Hulsman (1993): “una posición débil de la víctima y un derecho penal centralizado” (p. 80). Lo que nos interesa en mayor medida es la posición débil de la víctima cuyo interés remediador es atrapado por el Estado para reconducirlo por un interés de afirmación del sistema penal. Así la víctima, no es tal si no se convierte en instrumento, por ejemplo cuando ésta es tratada como testigo:

Todos saben (...) las consecuencias negativas de la criminalización, y en particular de sanciones como la privación de libertad, para los delincuentes y los grupos a los que principalmente pertenecen (...)

Pero lo que es menos ampliamente conocido y actualmente es expresado cada vez más como una crítica fundamental al sistema penal, es la difícil posición en que éste coloca a las “víctimas”; personas que se sienten dañadas o amenazadas por eventos criminalizables”. (Hulsman, 1993, p. 87)

Así el Estado se hace dueño del conflicto y por ende del interés de la víctima, quien de cierto modo se priva de acceder a su propia realidad conflictiva por la reconstrucción de ésta a través de la norma criminal. Un enfoque de la política criminal desde la criminalización resulta siendo abrumadoramente anti realista, y promueve ámbitos de injusticia y de evitación de la remediación, principalmente con la persona que desde ya resulta vulnerable en el conflicto como la víctima.

3.5.2. Fragmentarismo de la víctima en la normatividad peruana de violencia familiar no delictiva

El artículo 19 del TUO de la Ley 26260 (Ley de Protección contra la Violencia Familiar) del establecía que el proceso se inicia por la demanda: a) de la víctima de violencia o su representante y b) del Fiscal de Familia. A partir de aquí podemos verificar que la víctima se encontraba en cierto

modo empoderada para iniciar el proceso. Entiéndase que la iniciación del proceso se refiere al inicio del proceso civil, el cual como sabemos se sustanciaba en el proceso Único (conforme al artículo 20 del TUO)⁴¹ y bajo las reglas supletorias de las normas del Código Procesal Civil, conforme al artículo 182 del Código de Niños y Adolescentes⁴². Este enfoque de la mencionada Ley tiene su correlato incluso en el trámite del proceso. Este empoderamiento de actora estaba incluso por encima de la decisión de archivo del Ministerio Público, pues el artículo 16 del Decreto Supremo 02-98-JUS (Reglamento al TUO de la Ley 26260)⁴³ establecía que:

La resolución del Fiscal a la que se refiere el artículo anterior, no impide que la víctima o su representante interpongan por su cuenta demanda ante el Poder Judicial. Una vez admitida a trámite la demanda el Juez deberá solicitar a la Fiscalía que remita lo actuado ante su Despacho.

Lo anterior estaba referido a la iniciación del proceso. Pero la regulación pro-actor a favor de la agraviada estaba dirigida también a su participación dentro del propio proceso judicial entablado por el Ministerio Público. El artículo 18 del reglamento del TUO (el D.S. 02-98-JUS), establecía que:

⁴¹ Artículo 20 del TUO de la Ley 26260.- Las pretensiones sobre violencia familiar se tramitan como Proceso Único, conforme a las disposiciones del Código de los Niños y Adolescentes con las modificaciones que en esta Ley se detallan.

⁴² Artículo 182 del Código de Niños y Adolescentes: Todas las cuestiones vinculadas a los procesos en materias de contenido civil en las que intervengan niños y adolescentes, contempladas en el presente Código, se regirán supletoriamente por lo dispuesto en el Código Civil y en el Código Procesal Civil.

⁴³ El TUO de la Ley 26260 (Ley de protección contra la violencia familiar) ordenó la normatividad relacionada con la violencia familiar no delictiva. El Reglamento de esta norma viene a ser el Decreto Supremo 02-98-JUS.

(...) En cualquier momento del proceso, la víctima o su representante podrán apersonarse al Juzgado y comunicar por escrito su deseo de intervenir por su cuenta en el proceso. A partir de la fecha de presentación de dicho escrito, la víctima actuará como parte demandante en el proceso, pudiendo realizar toda la actividad procesal que requiera para la defensa de sus intereses. (...).

La consecuencia procedimental más importante era que: “El Fiscal dejará de ser parte en el proceso a partir de la fecha en que se le notifique la decisión del agraviado de intervenir por su cuenta en el mismo, actuando como coadyuvante”.

En este sentido las normas de violencia familiar gozaban de un espíritu criminológico reparador respecto de la víctima: “por ello ser un accionante en un procedimiento (...) conlleva a un crecimiento personal y trae aparejado una función individual de emancipación” (Hulsman 1993, p. 100). La potestad de la víctima respecto de su propio conflicto se fomentaba mediante la potestad que tenía de participar directamente como actor, incluso prescindiendo del Ministerio Público. Sin embargo, no ha dejado de ser fragmentario por las siguientes razones:

- a) Porque en el caso de la víctima como accionante en la iniciación del proceso, no se instauró una investigación judicial si no que prevalecía la investigación fiscal. Recabar información en el proceso de violencia familiar requiere de una serie de recursos, principalmente las pericias

médicas y las psicológicas mínimamente. Ello implica que la declaración regulada en el artículo 19 del TUO de la Ley 26260, respecto a la que la víctima puede iniciar el proceso, resulta ser letra muerta a la luz de la imposibilidad económica y operativa de la víctima para recabar elementos de convicción antes de iniciar un proceso. En pocas palabras la investigación privada es, por no decir menos, nula. En ese sentido la víctima queda sujeta exclusivamente a merced de la actividad investigativa del Fiscal, el cual se encontraba afianzado por las normas declaratorias de sus competencias tales como el artículo 113 del Código Procesal Civil el cual establece que en el proceso Civil el Ministerio Público tiene las atribuciones de parte; tercero con interés, cuando la Ley dispone que se le cite; y, como dictaminador. Asimismo se afianzaron tales potestades en el artículo 6 del Decreto Supremo N° 006-97-JUS (Texto Único Ordenado de la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar) que establecía que: “La investigación preliminar policial se sigue de oficio, independientemente del denunciante, bajo la conducción del Ministerio Público”.

- b)** El artículo 7 de la Ley 26260⁴⁴ aparentaba contener un procedimiento remediador y no fragmentario con la conciliación, pues parece darle a la víctima control del conflicto. Sin embargo, ya hemos visto que en cuanto a derechos se refiere éstos no se pueden tratar de manera que la víctima pueda disponerlos, pues en peor grado dejar que las partes

⁴⁴ El Ministerio Público mediante el Fiscal Provincial Civil de turno, intervendrá procurando permanentemente la conciliación de las parejas y demás familiares en conflicto pudiendo tomar las medidas cautelares que correspondan.

resuelvan el conflicto comporta desampararlos. En tal caso la conciliación no representa en modo alguno un contra-fragmentarismo, por el contrario representa el fragmentarismo en puridad al pretender fictamente el Estado que el “mutuo acuerdo” como “mero procedimiento” remediará el problema, olvidando los otros aspectos de la realidad de la víctima. Pues con la conciliación parece darle a la víctima control del conflicto.

c) Porque si bien la víctima podía “subrogar” al Fiscal en el proceso que éste ha instaurado, resulta que la Ley promovía por la vía del desistimiento (en vía de supletoriedad dada del TUO de la Ley 26260 al Código de Niños y Adolescentes y éste al Código Procesal Civil) que la víctima termine el proceso de manera unilateral, sin expresión de causa y sin motivo alguno. Esto, con el mismo cariz que la conciliación, resulta convertir a la víctima en víctima de la persuasión o intimidación del agresor o del defensor de éste. Aquí no podemos hablar de control del conflicto por la víctima, por el contrario la norma la convierte en un sujeto echado a su suerte por categorizar su condición de víctima en un sistema procesal que, como hemos visto en un capítulo anterior, no le pertenece (dispositivo).

d) Porque si la mayoría de casos de violencia intrafamiliar se da en los sectores más deprimidos de la sociedad, por lo tanto existe una limitación en cuanto a la concreción de la defensa. En ese orden La víctima como actora y como subrogadora tenía la limitación de no

contar con un defensor privado y si contaba con uno, la defensa no fue exhaustiva pues dada la sujeción está sujeto a honorarios y lo oneroso de la obtención de evidencia, sobre todo la pericial. En todo caso, tampoco tuvo acceso a la defensa pública porque el Ministerio de Justicia recién ha implementado su oficina de defensoría de Víctimas y Testigos.

Con lo anterior notamos que la víctima estaba fragmentada (en grado medio) en el entorno normativo de la violencia familiar no delictiva pues podía accionar personalmente y podía tener cierto control, pero no podía acceder completamente a su categoría de controladora o remediadora del conflicto desde una postura activa de actora, dada las limitaciones de investigación privada, de la disponibilidad de sus derechos y de la defensa onerosa o la ausencia de defensa pública.

3.5.3. Fragmentarismo de la víctima en la normatividad peruana de violencia familiar delictiva

En el sistema la reconstrucción que hace la norma del incidente generatriz tiene un peligro mucho más grave de fragmentarismo, sobre todo cuando la criminalización tiene niveles de política criminal poco agudos. De tal suerte que el conflicto resulta siendo del Estado más que del ciudadano, por eso Hulsman (1993) decía que: “uno no debe robar los conflictos a los demás” (p. 93). El afianzamiento del sistema penal, la conformación de normas de carácter coyuntural, convierten al derecho penal en *prima ratio*,

poniendo en el soto a la diversidad de la realidad de la víctima y en la tribuna a los actores que rodean a ésta: fragmentarismo.

En el sistema penal se han criminalizado la violencia familiar por el hecho de darse entre el grupo familiar. Así se tipificaron lesiones graves por violencia familiar en la Ley 29282, publicada el 27 noviembre 2008, en la cual se incorporó el artículo 121-B del Código Penal que establecía: “El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud por violencia familiar será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y suspensión de la patria potestad según el literal e) del artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes”. Este artículo fue modificado por la Ley 30364, publicada el 23 noviembre 2015, de cuyo texto se desprende: “En los casos previstos en la primera parte del artículo 121 se aplica pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años cuando la víctima: 2. Es ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, cónyuge o conviviente del agente”.

Este artículo finalmente fue modificado por la el Decreto Legislativo 1323 publicado el 06 de enero de 2017 que estableció:

En los supuestos previstos en el primer párrafo del artículo 121 se aplica pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años e inhabilitación conforme al artículo 36, cuando: (...) 3. La víctima es el padrastro; madrastra; ascendiente o descendiente por consanguinidad, adopción o por afinidad; pariente colateral hasta el

cuarto grado de consanguinidad o adopción, o segundo grado de afinidad; habita en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, o la violencia se da en cualquiera de los contextos de los numerales 1, 2 y 3 del primer párrafo del artículo 108-B.

También se tipificaron las lesiones leves por violencia familiar: Mediante la Ley 29282 publicada el 27 noviembre 2008 se incorporó el artículo 122-B del Código Penal que establecía:

El que causa a otro daño en el cuerpo o en la salud por violencia familiar que requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y suspensión de la patria potestad según el literal e) del artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes.

Este artículo fue derogado mediante la Ley 30364, pues en el paquete de modificaciones las lesiones leves quedaban calificados como cualquier otra lesión sin considerar el vínculo familiar. Exactamente hasta enero de 2017, el proceso criminalizado de la violencia familiar aún conservaba a la violencia familiar no delictiva (las lesiones físicas menores a 10 días, la violencia psicológica sin lesión física y la violencia económica o patrimonial) como una forma de conducta antisocial controlable fuera del ámbito penal. Sin embargo, dada la ineficiencia del aparato estatal para el

abordaje por la vía de la salud pública desbordaba los esfuerzos y el ingenio ministerial, se dejó en manos del Derecho Penal, pues finalmente mediante el Decreto Legislativo 1323 se incorporó nuevamente el artículo 122-B en el Código Penal que regula las lesiones de cualquier tipo por debajo de los diez días a los miembros del grupo familiar quedando su texto vigente así:

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

Con ello nuestro sistema jurídico criminalizó los conflictos de violencia familiar en El Perú. En el entendido que nuestra intención en esta investigación contiene un desacuerdo sobre la criminalización de las conductas menos complejas de la violencia familiar, pues son la base de las más graves (dado el presupuesto de que hay reincidencia); creemos que realmente existe una oportunidad de prevención y aplacamiento en la dimensión extrapenal, pues hemos esbozado que todo proceso criminalizador consiste en una reconstrucción normativa del incidente que origina el concepto de delito. Sus implicancias son las de crear fictamente sujetos de persecución y sujetos de protección, pero basados en el

sistema criminal vigente. El efecto que produce es fragmentar principalmente a la víctima de la realidad de la que emerge, el caso de la criminalización de la violencia familiar no es la excepción, veamos:

3.5.3.1. Situación jurídico procesal divergente de la víctima

La víctima en el proceso penal es etiquetado como “agraviado” (artículo 94 del Código Procesal Penal)⁴⁵; “actor civil” (artículo 98 del Código Procesal Penal)⁴⁶ y “testigo” (artículo 96 del Código Procesal Penal)⁴⁷. Tres situaciones jurídicas para una misma persona, la agraviada, con diferentes deberes, obligaciones, derechos, facultades y cargas procesales según como éste se incorpore al proceso.

Ciertamente su condición de agraviada no cambiará hasta el final del proceso; sin embargo, la situación de actor civil por ejemplo exige que tenga un abogado defensor⁴⁸, su constitución en actor civil limita la posibilidad de cuestionar la indemnización en la vía Procesal Civil y si en caso no se constituye estará a buen criterio del Fiscal, del juzgador de instancia y de alzada en su pretensión indemnizatoria. Asimismo la limitación a

⁴⁵ Inciso 1) del artículo 94 del Código Procesal Penal: 1. Se considera agraviado a todo aquél que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo.

⁴⁶ Artículo 98: La acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la Ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito.

⁴⁷ Artículo 96 Deberes del agraviado.- La intervención del agraviado como actor civil no lo exime del deber de declarar como testigo en las actuaciones de la investigación y del juicio oral.

⁴⁸ Situación que en la mayoría de los casos no se obtiene por las carencias económicas que sufren la mayoría de víctimas.

cuestionar la pretensión indemnizatoria tiene como correlato la interdicción de intervención activa en la creación y colaboración de la teoría del caso. Vemos pues que en tal situación la víctima no hace suyo parte del conflicto y la pretensión indemnizatoria, conforme al artículo se ha convertido finalmente en un *thema probandum* antes que en víctima del incidente originario.

En su condición de testigo tiene el deber de actual como testigo, ello quiere decir que si no concurre al juicio oral se podrá aplicar la regla de conducción compulsiva que recae sobre el testigo inasistente establecida en el artículo 379 del Código Procesal Penal⁴⁹. Es aquí donde se evidencia más el fragmentarismo de la conducta criminal, pues prevalece la condición de testigo de la víctima para la reafirmación del sistema penal.

Esto último comporta una postura contraria a los mecanismos de aseguramiento de los órganos de prueba (hablamos de los casos de violencia familiar con lesiones graves y leves), lo cual implicaría estar a favor de la impunidad. Lo cuestionable en todo caso, es el tratamiento de la víctima de la violencia familiar cuya pertenencia a un conflicto especial (que hemos abordado líneas arriba) debiera tener una connotación menos fragmentaria, eximiéndola por ejemplo de cargas testimoniales tales como el examen de la víctima en juicio, o la declaración como prueba

⁴⁹ Artículo 379: inciso 1: Cuando el testigo o perito, oportunamente citado, no haya comparecido, el Juez ordenará que sea conducido compulsivamente y ordenará a quien lo propuso colabore con la diligencia.

anticipada. Se debe propiciar, por ejemplo, la única declaración a nivel fiscal como prueba pre constituida; la defensa gratuita obligatoria de la víctima con bajos recursos; la exención de la etiqueta de actor civil para perseguir la pretensión indemnizatoria; la ampliación de su condición de coadyuvante en la persecución del delito y el planteamiento de la teoría del caso, etc. Todas estas circunstancias colocarían a la víctima (de lesiones graves y leves) en una posición de más “accionante” en los casos donde la violencia familiar tiene naturaleza penal: leves y graves.

3.5.3.2. Principio de oportunidad indefenso respecto de la víctima

Para los casos de las lesiones menores a diez días reguladas en el artículo 122-B (incorporado con el Decreto Legislativo 1323), el fiscal tiene la potestad de abstenerse de la acción penal, siempre que la víctima celebre un acuerdo reparatorio o una transacción con el agresor, conforme al párrafo b) del inciso 1; inciso 2 y segundo párrafo del artículo 6) del artículo 2 del Código Procesal Penal⁵⁰.

⁵⁰ Artículo 2 del Código Procesal Penal: Inciso 1.b): Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo. Inciso 2. En los supuestos previstos en los incisos b) y c) del numeral anterior, será necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido. Segundo párrafo del inciso 6: El Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen el mismo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el Fiscal promoverá la acción penal. Rige en lo pertinente el numeral 3) del presente artículo.

Anteriormente hemos visto la evolución del carácter disponible de los derechos que intervienen en la violencia familiar; aquí importa evaluar la condición de la víctima frente a la disposición, pues parece ser que tuviese el control ilimitado sobre el conflicto: parece ser que tiene condición de accionante. Sin embargo, la disposición a ultranza del conflicto de la violencia familiar no es la definición del estatus de “accionante” en la víctima; pues como hemos dicho esta condición (siendo una víctima especial distinta a los de los otros tipos penales) está sujeto en primer lugar a la posibilidad de defensa en el proceso; la remediación del conflicto que implica el aplacamiento del mismo y la evitación de uno nuevo. En ese orden la disposición del proceso por actos de autonomía privada, no garantiza una víctima accionante.

3.5.3.3. Subrogación en la *litis* y enervación de la posición de accionante de la víctima

En el proceso criminalizador, en cualquier nivel el Estado asume el conflicto como de interés público, mediante las instituciones. En el rol de testigo de la víctima, el Ministerio Público cumple el rol de ente persecutor absoluto. El fiscal estructura la teoría del caso, protagonista en la función acusatoria en el juicio. El interés que le asiste al Ministerio Público es de carácter público.

Este contexto funcional y procesal afirma la solución democrática del conflicto en el marco de la heterocomposición la persecución del delito. Sin embargo, es necesario una vista de esta situación en el marco de la subrogación del agraviado de la violencia familiar. Hemos dejado sentado nuestra adscripción a lo planteado por Leslie Wilkins, citado por Hulsman (1993), respecto a que el problema de la criminalidad, en el sentido que no puede ser vista desde el único enfoque del delincuente. Lamentablemente el sistema de tipos penales es un cíclope cuyo único ojo tiene como horizonte al delincuente y no los demás aspectos. Desde esta vertiente el fragmentarismo de la reconstrucción del conflicto a través de la norma penal, se hace sustituyendo el interés ínsito de la víctima por el interés persecutorio del Ministerio Público en el proceso penal. Desde esta perspectiva las normas penales que regulan la violencia familiar y la Ley marco 30364 no armonizan las expectativas de prevención y remediación del conflicto de la violencia familiar, más aún cuando la víctima contiene el rol principalmente de órgano de prueba y la acción penal es, por declaración del Título Preliminar del Código Procesal Pena, pública y de pertenencia exclusiva del Ministerio Público (salvo en los conflictos de querrela).

3.5.3.4. Defensa inexistente y/o enervada y atenuación de la posición de accionante de la víctima

Finalmente, la poca o nula atención que durante años ha sufrido la víctima en términos de defensa ha permitido un proceso de fragmentarismo que ha alejado el rol de accionante del agraviado en los casos de la violencia familiar. No es extraño que el derecho de defensa regulado en la codificación Procesal Penal a favor del imputado sea uno de los pilares *sine qua nom* que garantice el proceso penal, pues como se ha dicho el interés de afirmación del sistema que promueve el estado peruano (interés público) tiene aún el enfoque criminológico basado en el agente.

Sólo basta darle una lectura al artículo 95 del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957)⁵¹ para verificar que el derecho de defensa del agraviado no es un requisito indispensable para garantizar la normalidad del proceso. Esto responde a lo que plantea incluso el inciso del artículo IX del título preliminar del mismo Código Procesal Penal⁵², donde se habla exclusivamente

⁵¹ Artículo 95 Derechos del agraviado: 1. El agraviado tendrá los siguientes derechos:

- a) A ser informado de los resultados de la actuación en que haya intervenido, así como del resultado del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite;
- b) A ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite;
- c) A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes, y a la protección de su integridad, incluyendo la de su familia. En los procesos por delitos contra la libertad sexual se preservará su identidad, bajo responsabilidad de quien conduzca la investigación o el proceso
- d) A impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria.

⁵² Inciso 1) del Artículo IX del Código Procesal Penal. Derecho de Defensa:

- 1. Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por

del derecho de defensa del imputado. Esto es así porque la regla criminológica general es que el Estado a través del Ministerio Público se subroga en el interés persecutorio del hecho criminal, lo cual ha sido creado para víctimas de distinta naturaleza a la de violencia familiar.

Sin embargo, no todos los tipos penales tienen la misma naturaleza, menos la violencia familiar. En ese orden la regla general de fragmentación de la víctima respecto de la defensa, conculca la condición de accionante y perjudica el proceso reparatorio de la misma. Sus efectos son claros, por ejemplo: en una audiencia de acuerdo reparatorio por violencia familiar del artículo 122-B del Código Procesal Penal se exigirá que el imputado tenga abogado, pero no se exige defensa a la víctima; en su condición de agraviada en todo el proceso no se le exige abogado a la víctima, salvo que ésta tenga para contratar uno, lo cual de por sí comporta gasto económico. Esta situación hay que colocarla en contraste con la implementación de la defensa obligatoria para el investigado como institución prístina del sistema acusatorio, lo que ha llevado a la creación de la defensoría gratuita a cargo del Ministerio de Justicia.

un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la Ley señala.

La defensa Pública fue creada por la Ley 27019 (Ley que crea el servicio nacional de la defensa de oficio) publicado el 23 de diciembre de 1998; en cuyo artículo 1 se establecía:

Créase el Servicio Nacional de la Defensa de Oficio dentro de la estructura Orgánica del Ministerio de Justicia, dependiente de la Dirección Nacional de Justicia, destinado a proveer el derecho a la defensa gratuita a personas de escasos recursos económicos, así como en los casos en que las Leyes procesales lo determinen.

Con esta normatividad se crea la Defensa Pública como un servicio del Estado, pero su dirección práctica está dirigida a los *procesados* con escasos recursos económicos, por lo que la víctima no ha tenido acogida prístina en el esquema de la defensa pública.

Recién con la Ley 29360 (Ley del servicio de defensa pública, publicada el 14 de mayo de 2009 y que entró en vigencia el 01 de enero de 2010 y que derogó la Ley 27019) se incluyó en el sistema de defensa pública de la víctima por violencia familiar, así se desprende del inciso b) del artículo 8:

La Dirección General de Defensa Pública brinda los siguientes servicios: (...)

b) Los consultorios jurídicos populares, que brindan asesoría y patrocinio legal a las víctimas de violencia

familiar, violencia sexual, abandono moral y material, y a favor de los niños, niñas, adolescentes, ancianos y ancianas que resulten agraviados por delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, la libertad y la familia; y a las personas de escasos recursos económicos en materia de Derecho Civil y Familia, según las condiciones establecidas en el reglamento de la presente Ley.

En una revisión cronológica tenemos que: la Ley 26260 (Ley de protección frente a la violencia familiar) fue publicada el 24 de diciembre de 1993, lo que significa que hasta la dación de la Ley 29360 (Ley del servicio de defensa Pública) que entró en vigencia el 01 de enero de 2010, la víctima de violencia familiar ha estado desprovista de defensa dentro del sistema jurídico de protección contra la violencia familiar por más de dieciséis (16) años. Por ejemplo que sólo en los meses de enero a junio de 2015 hubieron 28,270 casos de violencia familiar a nivel nacional, según reportó la estadística del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables⁵³, de los cuales 13,736, fueron objeto de denuncia. Es decir que en un año completo este último dato puede duplicarse. El hecho relevante en esta información es la limitada cantidad de abogados defensores para víctimas de violencia familiar en todo el país.

⁵³ Se puede encontrar en:
http://www.mimp.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=1401&Itemid=431

En octubre de 2016 la ministra de Justicia y Derechos manifestó que reducirían el 25% de los abogados defensores públicos, lo cual representa un promedio de dos mil abogados, ya que no existiría proporción entre el número de defensores y los casos ganados. La crítica más inmediata a esta medida es que la defensoría gratuita no garantiza el que se gane procesos, pues ésta es función, en todo caso del Ministerio Público, la defensa tiene entidad en garantizar las condiciones del debido proceso en que está incurso el investigado y también la víctima, por tanto no se puede medir en función de la cantidad de casos ganados. Con esto último, un redondeo de los hechos nos vienen así: Hasta la fecha no existe obligatoriedad de defensa de la víctima de violencia familiar no delictiva ni delictiva; por más de dieciséis años no hubo defensor público de víctimas y menos de víctimas de violencia familiar; posteriormente, por años hubo escasos defensores públicos para víctimas, incluida las víctimas de violencia familiar (por ejemplo en Cajamarca recién de implemento la defensa de víctimas en 2016); finalmente el gobierno promueve la reducción de abogados defensores públicos. Estas circunstancias contribuyen, en términos de defensa de la víctima, la fragmentación normativa de la víctima en nuestro país, pues la aleja de su condición de accionante y la separan más del conflicto y su pertenencia a éste para remediarlo.

CAPÍTULO 4. PROPUESTA JURIDICO – NORMATIVA

Conforme a la estadística realizada por El Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público; la Organización Mundial de la Salud; el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI); la Corte Superior de Justicia de Lima Norte por Miguel Ángel González; así como del análisis del esquema normativo que sustancia la violencia familiar se ha verificado estadísticamente y a través del hecho procedimental, que en el Perú la reincidencia de los actos de violencia familiar constituyen un problema jurídico vinculado con diversas causas, dentro de ellas de con causa de importancia jurídica. Las causas identificadas son: a) la regulación de los derechos subjetivos del conflicto de violencia familiar como disponibles; b) la ausencia de naturaleza procedimental propia del proceso de violencia familiar; c) la preterición en el tratamiento del agresor en los supuestos normativos de violencia familiar; y, d) el fragmentarismo normativo de la víctima en la regulación de la violencia familiar. En ese orden de ideas, a continuación se plantean las propuestas jurídica-normativas compatibles con cada una de las causas identificadas y demostradas.

Tales propuestas son planteadas a modo de un proyecto legislativo para aproximar con practicidad soluciones a la problemática planteada. Para tal cometido, por cuestiones metodológicas se usará una fuente de letra que permitan distinguir el contenido de los proyectos legislativos propuestos.

4.1. Proyecto de Ley

Proyecto de Ley

Ley que modifica la Ley 30076, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar; su reglamento, el Decreto Supremo 09-2016-MIMP; y, el Decreto Legislativo 95, Código Procesal Penal.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS SOBRE LOS DERECHOS INVOLUCRADOS EN EL CONFLICTO DE LA VIOLENCIA A LOS MIEMBROS DEL GRUPO FAMILIAR.

Desde la dación de la Ley 26260, del D.S. N.º 006-97-JUS (TUO de la Ley 26260); su reglamento el D.S. 002-98-JUS; de las modificatorias a su reglamentación; la reforma realizada con la Ley 30364; de las modificatorias a ésta última; y finalmente del Decreto Legislativo 1323 (que incorpora el artículo 122-B al Código Penal); siempre se han contemplado en el proceso de violencia la posibilidad de que el (la) agraviado(a) mediante actos de autonomía privada, homologadas por la autoridad fiscal o judicial extingan la potestad persecutoria del Ministerio Público de los hechos de violencia familiar no delictiva y delictiva. Una regulación de este tipo es una regulación dispositiva de los derechos que involucran la violencia familiar. Sin embargo, esta postura dispositiva que ha venido tratando o en todo caso permitiendo la Ley ante los derechos a la integridad física y psicológica que involucra la violencia familiar, transgrede la naturaleza los derechos de los miembros del

grupo familiar en su dimensión individual y colectiva; pues tales derechos tienen la categoría de derechos subjetivos y bienes colectivos de naturaleza indisponible. La primera naturaleza justificada en el ejercicio individual del derecho a la integridad y la segunda por la indesligable relación de los individuos que forman el grupo familiar con la estructura social de la Nación. Por lo tanto la afectación a la estructuración familiar tendrá repercusiones que se fundan en el carácter no- distributivo de los bienes jurídicos que están involucrados en la violencia familiar.

En ese sentido el artículo 2 de la Ley 30364 contiene una gama de principios rotulados como: “Igualdad y no discriminación”; “interés superior del niño”, “debida diligencia”, “intervención inmediata y oportuna”; “sencillez y oralidad”, “razonabilidad y proporcionalidad”. Las dos primeras son de orden sustantivo en tanto que las siguientes son de naturaleza procesal. En el entendido que la Ley en comento es una Ley de dirección de los procesos que involucra la Violencia Familiar, es necesario incorporar en la Ley 30364 el principios de no disponibilidad de los derechos involucrados en la violencia familiar.

De otro lado en actual configuración normativa penal (con la última modificatoria dada por el Decreto Legislativo 1323, publicado el 06 enero 2017) se ha determinado penas relacionadas con los delitos de lesiones leves que impiden la aplicación del principio de oportunidad. Sin embargo con este mismo Decreto Legislativo 1323 se incorporó en el Código Penal el artículo 122-B el cual establece el delito de “Agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar”: El que de cualquier modo cause lesiones

corporales a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar que requieran menos de diez días de asistencia o descanso, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación conforme al artículo 36. De la revisión de la pena para el tipo penal, se puede colegir que en el caso concreto se podría aplicar principio de oportunidad previsto en el inciso 1.b del artículo 2 del Código Procesal Penal pues el extremo mínimo de la pena es de un año. En este caso, considerando que el tipo ha sido creado para sancionar violencia física de cualquier intensidad a los miembros de la familia (lo que por cierto ha quedado a interpretar sobre quiénes son los miembros de la familia), dado el argumento indisponible se debe prohibir a partir del artículo 2 inciso 1.b la aplicación del principio de oportunidad, pues el interés público crea espacios de discrecionalidad donde el fiscal puede en algunos casos abstenerse de la acción penal y en otros.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS SOBRE EL PRINCIPIO ACUSATORIO GARANTISTA Y TUTELAR QUE DEBE REGIR EL PROCESO DE VIOLENCIA CONTRA LOS MIEMBROS DEL GRUPO FAMILIAR:

Del análisis de la Ley 26260, del D.S. N.º 006-97-jus (TUO de la Ley 26260); su reglamento el D.S. 002-98-JUS; de las modificatorias a su reglamentación; la reforma realizada con la Ley 30364; de las modificatorias a ésta última; y finalmente del Decreto Legislativo 1323 (que incorpora el artículo 122-B al

Código Penal), se desprende que el proceso que sustancia la violencia familia no se encuentra conducido por un principio procesal determinado. Se ha verificado que en los casos de la violencia no delictiva el principio que rigió con el proceso regulado en la Ley 26260 el TUO y su reglamento fue es principio dispositivo; del mismo modo en cuanto a la violencia familiar en su forma de faltas contra la persona regulada por el Decreto Legislativo 1323, se desprende el principio dispositivo, de lo cual permite a las partes controlar el resultado el proceso mediante mecanismos del procedimiento civil.

Por su parte, con la dación de la Ley 30364 para el dictado de las medidas de protección prevalece el principio inquisitivo en la medida que si bien se optimiza (a guisa de procedimiento cautelar) la emisión de medidas de protección y la intervención de la víctima, no obstante quebranta la defensa del investigado al no exigir la presencia de un abogado defensor a la audiencia. Finalmente en los casos de la violencia familiar delictiva regulada en el Código Penal, las conductas implantadas con las modificatorias de la Ley 30364 y las del hoy criminalizador Decreto Legislativo 1323 prevalece el principio acusatorio. Si bien la naturaleza de los procedimientos son distintos, en función a la intensidad del conflicto, sin embargo estos no unifican con coherencia respecto a un conflicto de única naturaleza al tratar éste con fines distintos tales como implantar medidas de protección, sancionar con penas, reparar el daño, reeducar, resocializar, prevenir el delito, etc.

En tal sentido resulta necesario establecer, en clave de principios procesales, los principios procesales directrices que sintonicen con el interés mediador respecto del agresor y de la víctima.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS SOBRE EL TRATAMIENTO DEL AGRESOR EN LA REGULACIÓN NORMATIVA VIOLENCIA CONTRA LOS MIEMBROS DEL GRUPO FAMILIAR

La regulación prístina de la violencia familiar con la Ley 26260, no incluía al tratamiento del agresor como medida preventiva, medida de protección o sentencia en ejecución. En la Ley 30364, si bien ya se contempla un tratamiento preventivo para la violencia familiar delictiva, no obstante no se planteó mecanismos jurídicos de ejecución para la atención psicosocial del agresor. En ésta norma la violencia familiar delictiva contempla tratamiento como regla de conducta en caso de condenas suspendidas y como tratamiento resocializador en condenas efectivas. En el mismo sentido se aplicarán estos tratamientos bajo el artículo 122-B (incorporado con el Decreto Legislativo 1323) del Código Penal que regula violencia familiar física y psicológica delictiva para los hechos que antes eran no delictivos. En estos últimos casos el tratamiento terapéutico interesa a la legislación en función del nivel de reprochabilidad sobre el hecho de violencia ya dado, pero no tiene el enfoque de prevención extrapenal de nuevos hechos delictivos de violencia familiar. De las normas indicadas se podrá ver que el fuerte de la regulación respecto del agresor es la implementación de normas de ejecución penal y cumplimiento de los fines de la pena, que si bien son de carácter preventivo (reeducación, resocialización), éstos son dados en el marco del fuero penal ante conductas más graves de violencia familiar, lo cual, además de estigmatizar, distancia al agresor de la opción de un tratamiento en contacto regular con la sociedad, bajo la consideración que la violencia

familiar es un problema de salud pública y no de control social por el orden penal.

ESPOSICIÓN DE MOTIVOS SOBRE LA INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO DE VIOLENCIA CONTRA LOS MIEMBROS DEL GRUPO FAMILIAR

Como hemos visto, el fragmentarismo de la víctima de violencia familiar en el marco de norma extrapenal se da por: a) la subrogación absoluta del Ministerio en la persecución del hecho, lo cual impidió en su momento a la víctima posicionarse a la víctima como actora, salvo los actos judiciales de apersonamiento y de desistimiento; b) la disponibilidad de los derechos conculcados vía conciliación y desistimiento, lo cual ha permitido por años que la víctima desista de su denuncia; y, c) el acceso nulo o limitado a la defensa gratuita, la cual no era exigida la Ley y no se implementó defensa pública obligatoria para ello. El caso del fragmentarismo de la víctima de violencia familiar en el marco penal se da por: a) la dispersión de roles procesales a la víctima planteados en el sistema procesal penal y su aplicación de regla general como una víctima no diferente; b) la disposición de los derechos conculcados vía acuerdo reparatorio; c) la conversión del interés privado a público y el rol de testigo de la víctima de violencia familiar en el proceso penal; y, d) el debilitamiento de la posición de accionante de la víctima en el proceso penal al carecer durante muchos años de defensa para víctimas, al ser escaso el servicio de defensores públicos y al implementar políticas gubernamentales de reducción de defensores públicos basado en

cantidad de casos ganados antes que de fomentar la posición jurídica de accionante de la víctima.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente: Ley que modifica la Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, su reglamento el Decreto Supremo 09-2016-MINP y el Código Procesal Penal

Artículo 1.- Objeto de la Ley

El objeto de la presente Ley es modificar la Ley 30364, su reglamento 09-2016-MINP y el Decreto Legislativo 957, conforme a la exposición de motivos.

Artículo 2.- De la modificatoria en la Ley 30364

Modifíquese el artículo 2 y 16 de la Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar en los siguientes términos:

“Artículo 2. Principios rectores En la interpretación y aplicación de esta Ley, y en general, en toda medida que adopte el Estado a través de sus poderes públicos e instituciones, así como en la acción de la sociedad, se consideran preferentemente los siguientes principios:

1. Principio de igualdad y no discriminación Se garantiza la igualdad entre mujeres y hombres. Prohíbese toda forma de discriminación. Entiéndase por discriminación, cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, que tenga por finalidad o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas.

2. Principio del interés superior del niño En todas las medidas concernientes a las niñas y niños adoptadas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos se debe tener en consideración primordial el interés superior del niño.

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

4. Principio de intervención inmediata y oportuna Los operadores de justicia y la Policía Nacional del Perú, ante un hecho o amenaza de violencia, deben actuar en forma oportuna, sin dilación por razones procedimentales, formales o de otra naturaleza, disponiendo el ejercicio de las medidas de protección previstas en la Ley y otras normas, con la finalidad de atender efectivamente a la víctima.

5. Principio de sencillez y oralidad Todos los procesos por violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar se desarrollan considerando el mínimo de formalismo, en espacios amigables para las presuntas víctimas, favoreciendo que estas confíen en el sistema y colaboren con él para una adecuada sanción al agresor y la restitución de sus derechos vulnerados.

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

7. Principio de indisponibilidad de los derechos que involucran la Violencia Familiar: Los derechos involucrados en los actos de violencia contra miembros del grupo familiar son de carácter indisponible. Queda prohibido la conciliación, transacción, desistimiento, abandono del proceso, acuerdo reparatorio, principio de oportunidad y cualquier acto de autonomía privada que comporte disponibilidad en cualquier procedimiento que sustancie violencia contra miembros del grupo familiar.

8. Principio acusatorio-garantista y tutelar: Todo proceso y procedimiento relativo a hechos de violencia contra el grupo familiar será público, oral, contradictorio. Asimismo el Juez debe garantizar la defensa eficaz de la víctima en todas las etapas del proceso.

9. Principio de finalidad preventiva del tratamiento. El denunciado por agresión contra la mujer o miembros del grupo familiar tiene la obligación de someterse y culminar el tratamiento reeducativo ambulatorio o en internamiento penitenciario ordenado por el Juez competente. En todos los casos, sea cual fuere el resultado de la investigación fiscal o proceso judicial el Juez competente tiene la obligación de requerir la entidad responsable del tratamiento el resultado del tratamiento a fin de emitir decisión respecto de la reeducación de la persona tratada.

10. El agraviado o agraviada cuentan obligatoriamente con abogado defensor.

Artículo 16. Proceso: En el plazo máximo de setenta y dos horas, siguientes a la interposición de la denuncia, el juzgado de familia o su equivalente procede a evaluar el caso y resuelve en audiencia oral la emisión de las medidas de protección requeridas que sean necesarias así como ordenar en todos los casos **la evaluación psicológica y el tratamiento al denunciado**. Asimismo, de oficio o a solicitud de la víctima, en la audiencia oral se pronuncia sobre medidas cautelares que resguardan pretensiones de alimentos, regímenes de visitas, tenencia, suspensión o extinción de la patria potestad, liquidación de régimen patrimonial y otros aspectos conexos que sean necesarios para garantizar el bienestar de las víctimas. Analizados los actuados, el juzgado de familia o su equivalente procede a remitir el caso a la fiscalía penal para el inicio del proceso penal conforme a las reglas del Código Procesal Penal, promulgado por el Decreto Legislativo 957.

Artículo 24. Incumplimiento de medidas de Protección: El que desobedece, incumple o resiste una medida de protección **u orden de tratamiento** dictada en un proceso originado por hechos que configuran actos de violencia contra las mujeres o contra integrantes del grupo familiar, comete delito de resistencia o desobediencia a la autoridad previsto en el Código Penal.”

Artículo 3.- De la modificatoria del Reglamento de la Ley 30364

Modifíquese los artículos 35, 37 y 79 del Reglamento de la Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, en los siguientes términos.

“Artículo 35.- La audiencia

35.1. El Juzgado de Familia realizar audiencia **con presencia obligatoria del defensor del denunciado, no siendo necesaria la presencia de víctimas. En caso que el denunciado no haya elegido a su abogado defensor el Juez preverá la presencia de uno de oficio, cuya actividad en audiencia contemplará lo establecido en el capítulo II del título II de la Sección IV de libro Primero del Código Procesal Penal promulgado por el Decreto Legislativo 957.** Cuando el Juzgado lo considere necesario entrevista a la persona denunciada. En caso que las circunstancias lo ameriten, dicta las medidas de protección o cautelares correspondientes, en el plazo de 72 horas que establece la Ley. Para efectos del cómputo de los plazos se considera las dificultades geográficas en zonas rurales.

35.2. Si la persona denunciada asiste a la audiencia se le tiene por notificada en el mismo acto, de conformidad con el artículo 204 del Código Procesal Civil.

35.3. La citación a la víctima se realiza a través de cédula, facsímil, teléfono, correo electrónico o cualquier otro medio de comunicación.

Artículo 37.- Medidas de protección y tratamiento preventivo al agresor.

37.1 El Juzgado de Familia dicta la medida de protección más idónea para el bienestar y seguridad de la víctima, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, los resultados de la ficha de valoración del riesgo, la pre existencia de denuncias por hechos similares, la relación de la víctima con la persona denunciada, la diferencia de edades o relación de dependencia entre la víctima y la persona denunciada y, la situación económica y social de la víctima, entre otros aspectos que revelen vulnerabilidad.

37.2 Las medidas de protección son céleres y eficaces de lo contrario generan responsabilidad funcional.

37.3 Además de las medidas de protección señaladas en la Ley el Juzgado de Familia puede dictaminar:

1. Prohibición de acceso a lugares de trabajo o estudio de la víctima u otro lugar que ésta frecuenta o de acercarse a una distancia de 300 metros.

2. Prohibición de disponer, enajenar, otorgar en prenda o hipoteca o cambiar de titularidad de los bienes muebles o inmuebles comunes.

3. Prohibición a la persona agresora de trasladar niños, niñas o personas en situación de cuidado del grupo familiar.

4. (suprimido)

5. Cualquier otra medida de protección requerida para la protección de la integridad y la vida de sus víctimas o sus familiares.

37.5 En todos los casos el Juzgado de Familia ordena tratamiento preventivo reeducativo o terapéutico al denunciado como agresor.

37.6 El dictado de las medidas no impide la adopción de medidas administrativas en los procedimientos sectoriales establecidos.

Artículo 79.- Lineamientos del Ministerio de Salud

79.1 El Ministerio de Salud aprueba lineamientos de política en salud pública para la prevención, atención y recuperación integral de las víctimas de violencia, así como la atención relacionada **con el tratamiento preventivo y de rehabilitación conforme lo ordenado por el Juzgado competente.**

79.2 El Ministerio de Salud conduce el fortalecimiento de capacidades del personal de salud, principalmente del primer nivel de atención en los enfoques de derechos humanos, equidad de género e interculturalidad en salud, vinculados a la prevención de violencia hacia la mujer y los integrantes de grupo familiar. 79.3 El Ministerio de Salud propicia el ejercicio de los derechos de las niñas, niñas y adolescentes, a través de iniciativas intersectoriales.

79.4 El Ministerio de Salud cuenta con lineamientos para el abordaje de la violencia familiar y el maltrato infantil en los diferentes niveles de atención del Sector Salud, contribuyendo a la prevención y recuperación de la salud de las personas en situación de violencia familiar y maltrato infantil. Asimismo, articula sus servicios al Sistema Nacional para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar.”

Artículo 3.- De la modificatoria del Código Procesal Penal

Modifíquese el artículo 2, 11, 95, 96, 383 y 462.3 del Código Procesal Penal en los siguientes términos:

"Artículo 2. Principio de oportunidad

1. El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria.

b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de libertad, hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo, o se **trate de hechos relacionados con los supuestos de violencia contra la mujer o integrantes del grupo familiar.**

c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 18, 21, 22, 25 y 46 del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

Artículo 11. Ejercicio y contenido de la acción civil.-

1. El ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito. Si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la

legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso, **salvo en los delitos contra la mujer e integrantes del grupo familiar, donde el Ministerio Público será tercero coadyuvante en la pretensión indemnizatoria del actor civil.**

2. Su ámbito comprende las acciones establecidas en el artículo 93 del Código Penal e incluye, para garantizar la restitución del bien y, siempre que sea posible, la declaración de nulidad de los actos jurídicos que correspondan, con citación de los afectados.

Artículo 95. Derechos del agraviado.-

1. El agraviado tendrá los siguientes derechos:

- a) A ser informado de los resultados de la actuación en que haya intervenido, así como del resultado del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite;
- b) A ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite;
- c) A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes, y a la protección de su integridad, incluyendo la de su familia. En los procesos por delitos contra la libertad sexual se preservará su identidad, bajo responsabilidad de quien conduzca la investigación o el proceso.
- d) A impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria.

2. El agraviado será informado sobre sus derechos cuando interponga la denuncia, al declarar preventivamente o en su primera intervención en la causa.

3. Si el agraviado fuera menor o incapaz tendrá derecho a que durante las actuaciones en las que intervenga, sea acompañado por persona de su confianza.

4. En los delitos de violencia familiar el agraviado tendrá los siguientes derechos:

a) A contar obligatoriamente con abogado defensor desde el inicio de la investigación hasta el final del proceso penal. En caso no cuente con recursos La defensoría Pública le brindará un abogado gratuito.

b) A que su abogado defensor esté presente obligatoriamente en todos los actos de investigación y procesales.

Artículo 96. Deberes del agraviado.- La intervención del agraviado como actor civil no lo exime del deber de declarar como testigo en las actuaciones de la investigación y del juicio oral, **salvo los casos que se trate de la víctima de violencia contra la mujer o miembros del grupo familiar, para cuyo caso se debe considerar la lectura de la declaración ante el ministerio público conforme a lo previsto en el artículo 383.**

Artículo 383 Lectura de la prueba documental.

1. Sólo podrán ser incorporados al juicio para su lectura:

- a) Las actas conteniendo la prueba anticipada;
- b) La denuncia, la prueba documental o de informes, y las certificaciones y constataciones;
- c) Los informes o dictámenes periciales, así como las actas de examen y debate pericial actuadas con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que el perito no hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes. También se darán lectura a los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe;
- d) Las actas conteniendo la declaración de testigos actuadas mediante exhorto. También serán leídas las declaraciones prestadas ante el Fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que se den las condiciones previstas en el literal anterior. **No se requiere de éstas condiciones cuando la declaración testimonial se refiera a la deposición realizada por la víctima de violencia contra la mujer o integrantes el grupo familiar;** y,
- e) Las actas levantadas por la Policía, el Fiscal o el Juez de la Investigación Preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles actuadas conforme a lo previsto en este Código

o la Ley, tales como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras.

2. No son oralizables los documentos o actas que se refieren a la prueba actuada en la audiencia ni a la actuación de ésta. Todo otro documento o acta que pretenda introducirse al juicio mediante su lectura no tendrá ningún valor.

3. La oralización incluye, además del pedido de lectura, el de que se escuche o vea la parte pertinente del documento o acta.

Artículo 462 Auto de citación a juicio y audiencia.-

1. Si la querella reúne los requisitos de Ley, el Juez Penal expedirá auto admisorio de la instancia y correrá traslado al querellado por el plazo de cinco días hábiles, para que conteste y ofrezca la prueba que corresponda. Se acompañará a la indicada resolución, copia de la querella y de sus recaudos.

2. Vencido el plazo de contestación, producida o no la contestación, se dictará el auto de citación a juicio. La audiencia deberá celebrarse en un plazo no menor de diez días ni mayor de treinta.

3. Instalada la audiencia se instará a las partes, en sesión privada, a que concilien y logren un acuerdo. Si no es posible la conciliación, sin perjuicio de dejar constancia en el acta de las razones de su no

aceptación, continuará la audiencia en acto público, siguiendo en lo pertinente las reglas del juicio oral. El querellante particular tendrá las facultades y obligaciones del Ministerio Público, sin perjuicio de poder ser interrogado.

La etapa conciliatoria no es aplicable en las faltas contra la persona que comporten violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar

4. Los medios de defensa que se aleguen en el escrito de contestación o en el curso del juicio oral se resolverán conjuntamente en la sentencia.

5. Si el querellante, injustificadamente, no asiste a la audiencia o se ausente durante su desarrollo, se sobreseerá la causa.”

Artículo 4.- De la modificatoria del Código Penal

Modifíquese los artículos 122, 441 y 442 del Código Penal en los siguientes términos:

“Artículo 122 Lesiones leves

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

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

(...)

e. La víctima es mujer

f. La víctima es miembro del grupo familiar

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

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

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

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

Artículo 441.- El que, de cualquier manera, causa a otro una lesión dolosa que requiera hasta diez días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, será reprimido con prestación de servicio comunitario de cuarenta a sesenta jornadas, siempre que no concurren circunstancias o medios que den gravedad al hecho, en cuyo caso será considerado como delito.

Se considera circunstancia agravante y se incrementará la prestación de servicios comunitarios a cien jornadas cuando la víctima sea menor de catorce años o el agente sea el tutor, guardador o responsable de aquel; o la lesión se produzca contra la mujer o contra algún miembro del grupo familiar como consecuencia de un hecho de violencia familiar, en cuyo caso además el agente se deberá someter a tratamiento reeducativo.

Cuando la lesión se causa por culpa y ocasiona hasta quince días de incapacidad, la pena será de cuarenta a noventa días multa.

Artículo 442.- Maltrato

El que sin causarle lesión física maltrata a otro, lo humilla, denigra o menosprecia de modo reiterado, causándole cualquier tipo de daño psicológico, cognitiva o conductual, será reprimido con prestación de servicio comunitario de cuarenta a ochenta jornadas.

Será reprimido con prestación de servicio comunitario de ochenta a cien jornadas y tratamiento reeducativa ambulatorio durante la duración de la pena si el maltrato ha sido realizado contra un menor de edad, adulto mayor, persona con discapacidad, mujer o contra algún miembro del grupo familiar.

DISPOSICIÓN DEROTAGORIA

UNICA DISPOSICIÓN DEROGATORIA. Deróguese el artículo 122-B del Código Penal.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación

En Lima, a las ---- del mes de ---- de 2017---

Presidente del Congreso de la República

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA
REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los ----días del mes de --
---del año dos mil-----.

Presidente Constitucional de la República

Presidente del Consejo de Ministros

CONCLUSIONES

1. Se ha demostrado que los principales factores jurídicos que permiten la reincidencia de los actos de violencia familiar en el Perú son: la regulación de los derechos subjetivos del conflicto de violencia familiar como disponibles, la ausencia de naturaleza procedimental propia del proceso de violencia familiar; la preterición en el tratamiento del agresor en los supuestos normativos de violencia familiar; y, el fragmentarismo normativo de la víctima en la regulación de la violencia familiar.
2. La verdadera naturaleza jurídica los derechos involucrados en los actos de violencia familiar, es que son derechos subjetivos y a su vez bienes colectivos, lo que los hace derechos indisponibles.
3. La regulación de los derechos del conflicto de violencia familiar son abordados por el sistema normativo peruano como disponibles ya que en ésta se contempla la posibilidad de que el (la) agraviado(a) mediante actos de autonomía privada, homologadas por la autoridad fiscal o judicial, extingan la potestad persecutoria del Ministerio Público de los hechos de violencia familiar.
4. Los procedimientos que sustancian la violencia familiar en el Perú se rigen por el principio dispositivo para el proceso de faltas contra la persona en su forma de maltrato; principio inquisitivo para el procedimiento de medidas de protección; y, principio acusatorio para el proceso penal que

sustancian los delitos de lesiones leves y agresión contra la mujer y miembros del grupo familiar; por lo que no se rige por un solo principio.

5. El proceso de violencia familiar peruano entraña la preterición del agresor y sus aspectos jurídico criminológicos son: la omisión de tratamiento obligatorio y sin seguimiento en la investigación penal; la falta de mecanismos de ejecución del tratamiento del agresor; el condicionamiento del tratamiento reeducativo a obtener beneficios penitenciarios; y, la instauración del tratamiento del agresor como mecanismo de resocialización en condenas efectivas para cumplir fines de la pena y no fines de prevención.

6. El sistema normativo peruano que regula la violencia familiar fragmentariza a la víctima y sus aspectos más importantes son: el Ministerio Público subroga absolutamente a la víctima; la regulación de disponibilidad de los derechos conculcados; la regulación de roles procesales divergentes de la víctima en el proceso penal; la nula, limitada o enervada defensa de la víctima en el proceso de violencia familiar. .

7. La Ley 30364; el Decreto Supremo No. 09-2016-MIMP, el Código Procesal Penal y el Código Penal, deben ser materia de modificatoria, incorporación y derogatoria legislativa, según corresponda; debiendo incidir sobre: principios que declaren a los derechos subjetivos del conflicto de violencia familiar como indisponibles; principios que establezcan el modelo procedimental acusatorio, garantista y tutelar del

proceso de violencia familiar; dispositivos que establezcan tratamiento preventivo, reeducativo y resocializador con evaluación de resultados de denunciado por agresión; y, dispositivos que afirmen la condición del agraviado como accionante en todo proceso de violencia familiar.

RECOMENDACIONES

1. Recomendar los congresistas de la República: Elaborar un proyecto de Ley de una norma especializada que regule el aspecto sustantivo y procesal sobre los conflictos de la violencia familiar contra la mujer y contra los integrantes del grupo familiar. Esto con la finalidad de evitar la dispersión normativa sobre del conflicto de violencia familiar.
2. Recomendar a la Fiscalía de la Nación y a la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú, la creación de una entidad forense multidisciplinaria de dependencia compartida entre el Ministerio Público y el Poder Judicial con especialidades tales como psicología, psiquiatría, sociología, antropología, medicina legal y biología. Dicha entidad debe tener funciones de monitoreo estadístico en salud pública relacionado con la violencia familiar; periciales para investigaciones fiscales y procesos judiciales; así como de tratamiento y recuperación de la víctima de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar; y, el tratamiento preventivo, resocializador y rehabilitador del agresor.
3. Recomendar al Ministerio de Salud: Impulsar un programa nacional de salud mental para el diagnóstico psicológico preventivo obligatorio de los ciudadanos asegurados; e implementar su respectivo tratamiento.

REFLEXIONES FINALES

A propósito de la “nueva” Ley 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar) y la “reforma” realizada mediante el Decreto Legislativo 1323, merece algunas reflexiones adicionales que se desprenden de la presente investigación.

1. Como se sabe la Ley 30364 ha relegado la antigua función del Ministerio Público de investigar y ser parte de los casos de violencia familiar no delictiva. Con el Decreto Legislativo 1323 se ha terminado por criminalizar todos los actos de violencia familiar, excepto la violencia familiar económica o patrimonial prevista en el inciso d) del artículo 8 de la Ley 30364. Estando así las cosas, respecto de este tipo de violencia económica solamente alcanzarán ser procesadas las que comporten delitos contra el patrimonio (hurto, robo, apropiación, daños, usurpación etc.), menos en dos supuesto del inciso 3 y 4 del párrafo d) del artículo 8 de la Ley 30364: “cuando el agente límite de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna” y cuando “el agente limite o controle los ingresos de la víctima, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo”. Estos supuestos no tiene un tipo penal que lo prevea. En tal sentido, estando a que conforme a la legislación vigente las medidas de protección dependen de un proceso judicial (que para el caso es penal o por hecho de faltas) conforme se desprende del artículo 23 de la Ley

30364⁵⁴, la violencia económica “no penal” del inciso 3 y 4 del párrafo d) del artículo 8 de la Ley 30364 no tiene esperanza ser judicializarle.

2. Otro aspecto de la violencia familiar económica, es que conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 208 del Código Penal modificado por el Decreto Legislativo 1323 la excusa absolutoria se aplica a los delitos de hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen entre los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta; y, los hermanos y cuñados, si viviesen juntos. Seguidamente la norma en comento establece que la excusa absolutoria no se aplica cuando el delito se comete en contextos de violencia contra las mujeres o integrantes del grupo familiar. Al interpretar esta norma con el artículo 8 de la Ley 30364, podemos verificar que la violencia económica incluye los ilícitos de hurto, apropiaciones, defraudaciones y daños. En tal sentido en todos los casos que se produzcan estos hechos entre los miembros del grupo familiar antes citados (cónyuges, concubinos, ascendientes, etc.) no será posible invocar la excusa absolutoria, pues no es posible jurídicamente que se produzca, por ejemplo, el delito de hurto entre cónyuges sin que éste sea considerado violencia familiar. En tal sentido la regla será que cualquier hecho contra el patrimonio de un miembro del grupo familiar, según lo regulado en el artículo 7 de la Ley No. 30364, será delito, no operando en ningún caso la excusa absolutoria. Por lo tanto los incisos 1 y 3 del artículo 208 del Código Penal está derogado tácitamente.

⁵⁴ Artículo 23 de la Ley 30364: Vigencia e implementación de las medidas de protección La vigencia de las medidas dictadas por el juzgado de familia o su equivalente se extiende hasta la sentencia emitida en el juzgado penal o hasta el pronunciamiento fiscal por el que se decida no presentar denuncia penal por resolución denegatoria, salvo que estos pronunciamientos sean impugnados.

3. Con la reciente incorporación del artículo 122-B, mediante el Decreto Legislativo 1323, se ha creado un vacío legal respecto del supuesto en que se produzcan lesiones leves en violencia familiar por una conducta que cause únicamente diez (10) días de incapacidad médico legal (IML) o atención facultativa (AF). Si revisamos el artículo 122 del Código Penal este prevé que las lesiones leves físicas se producen cuando la IML o AF es más de diez días, mientras que el artículo 122-B regula que las IML o AF son menos de diez. Esto quiere decir que las lesiones físicas en violencia familiar de diez (10) días de IML o AF no se encuentran reguladas. Por lo que por principio de legalidad este hecho no es típico. Una solución al vacío creado es que estos hechos deberán tratarse como faltas contra la persona en su forma de Lesión Dolosa conforme al artículo 441° del Código Penal.

4. Con la Ley 30364 se ha generado una innegable carga procesal en los Juzgados de Familia y de Paz Letrados; carga que otrora soportaba a manera de tamiz el Ministerio Público, específicamente de las fiscalías especializadas de familia y mixtas. El Ministerio Público era un filtro consecuente con los hechos de agresiones domésticas no delictivas. Con la reforma que comportó en su momento la Ley 30364 se ha desprovisto de competencia a las Fiscalías de Familia, cuya función principal ser avocaba sobre la casuística de la violencia familiar no delictiva, conformado un filtro importante respecto de los casos a conocer por el Poder Judicial y respecto del tratamiento criminológico del conflicto. Hoy, con la inclusión del tipo penal de agresiones al grupo familiar mediante el artículo 122-B incorporado con el Decreto Legislativo 1323, las Fiscalías de Familia no

tienen competencias, pues al criminalizar todos los hechos de violencia familiar, la carga nuevamente pasará al Ministerio Público pero en la especialización de las Fiscalía penales.

La pregunta que asalta es ¿qué tipo de filtro será el Ministerio Público de hoy en adelante respecto de la violencia familiar?, pues las agresiones menos graves –que son el grueso- están previstas en el artículo 122-B del Código Penal y ésta norma que contiene una sanción posible de ser sometida a principio de oportunidad. Nos preguntamos ¿acaso el filtro será la permisión de la disponibilidad de los derechos que involucra la violencia familiar mediante acuerdos preparatorios? Lo contrario a esta especulación es que el Ministerio Público en todos los casos en que se tenga evidencia (como se solía tener en las Fiscalías de Familia), sean sometidos al proceso judicial, en éste caso se realice la acusación respectiva al fuero penal, lo cual comportará que “todos los casos” de violencia familiar que antes eran no delictivas formen parte de la carga procesal del Ministerio Público y del Poder Judicial en la vía penal. A ello se debe sumar el hecho que los Jueces de Familiar tendrán toda la carga relacionadas con las medidas de protección. Esta situación conlleva a un excesivo crecimiento de la carga procesal a nivel judicial y sobre las fiscalías penales respecto de hechos que podrían ser tratados extrapenalmente.

5. Con relación a la ambigüedad en que el tratamiento del agresor aparece en el proceso, asaltan las condiciones del agresor frente al conflicto y al Estado. Una primera posición es asumir, en clave de culpabilidad, que el

agresor es un sujeto motivado por la norma y por tanto es consciente del presunto malestar que el Juez ha “diagnosticado” del proceso y en el conflicto; en tal sentido libremente atenderá la medida de protección de tratamiento. La posición es el evidente rol paternalista que el Estado ejerce en la medida de protección “tratamiento”. Una tercera posición -que es la nuestra- es asumir que el agresor es un sujeto motivado por la norma, pero sobre el cual se requiere persecución estatal para el tratamiento pero de manera preventiva no para modelar su conducta si no para plantearle una opción racional de comportamiento. Esta tercera opción denota una libre determinación del sujeto, incluso su libre ejercicio a la solución del conflicto que comporta la violencia doméstica⁵⁵.

6. Una última reflexión tiene que ver con lo asistemático de la legislación y el caos generado en el afán de precisar a detalle la violencia familiar. El proceso criminalizador está incentivado por intenciones de emergencia y coyunturales: política de seguridad ciudadana. Revisemos los drásticos cambios y giros que ha sufrido la problemática social de la violencia familiar en los últimos tres años, desde la dación de la Ley 30364 con una aparente reforma en el tratamiento de los sujetos involucrados en la violencia familiar. Con el Decreto Legislativo 1323, mediante la incorporación del artículo 122-B del Código Penal, se ha definido un sistema criminológico de control social punitivo más que etiológico o realista. Nuestro sistema jurídico vigente no entraña alternativas político criminal de planteamiento originario. Se ha soslayado la declaración la condición de un problema de

⁵⁵ Como se pretendió hacer con las conciliaciones a nivel fiscal, los desistimientos judiciales y la disponibilidad del conflicto doméstico.

salud pública dictada por la OMS y por la Corte Suprema de nuestro país (*vid supra*). Se ha soslayado por tanto atender esta problemática desde un enfoque político laboral, económico, social, de salud, etc. Ahora, el agresor en la violencia familiar es un sujeto del delito, un enemigo ya etiquetado (con miras a la inculpa directa) y la víctima una víctima más del proceso en pos del afianzamiento del sistema punitivo peruano.

REFERENCIAS

- Agustina, José R. (2013). *Análisis criminológico de la violencia Filo Parental*. En Revista de Derecho Penal y Criminología. 3ra época, No. 9. Madrid. Editorial UNED. Recuperado de <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2013-9-7060/Documento.pdf>
- Alexy, Robert. (2004). *El concepto y la Validez del Derecho*. Segunda edición Barcelona: Editorial Gedisa.
- Almonacid Flavia y otros (1996). *Investigación Social sobre violencia conyugal*. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/195/19500414.pdf>
- Baratta, Alessandro. (2002). *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*. Primera reimpresión. Argentina: Siglo veintiuno editores.
- Bardales Mendoza, Olga. (2012). *Estado sobre las Investigaciones sobre Violencia Familiar y sexual en el Perú*. Lima: Sagitario Editores Impresores E.I.R.L.
- Behar Rivero, Daniel S. (2008). Metodología de la Investigación. Recuperado de <http://www.rdigital.unicv.edu.cv/bitstream/123456789/106/3/Libro%20metodologia%20investigacion%20este.pdf>

Bergara Soria, Néstor B. (2003). *Violencia Familiar en el Distrito de San Juan de Lurigancho. Bases para afrontar un problema social*. Lima: Edición de la Organización Panamericana de la Salud (OPS).

Binder M. Alberto. (1999). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Segunda edición. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.

Bodelón Gonzáles, Encarna. (2003). *Género y Derecho Penal: Los derechos de las mujeres*. Publicado en *Sistema Penal y problemas sociales*. Valencia: Editorial Tirant to Blanch.

Castro Morales, Jorge. (1992). *Violencia y Familia*. Recuperado de http://www.paho.org/per/index.php?option=com_wrapper&Itemid=69
4

Castro, Rodolfo J. y Rivera, Renzo. (2015). Mapa de la Violencia contra la mujer. La importancia de la familiar. *Revista de Investigación de la Universidad Católica San Pablo*. Volumen 6, 101-125.

Cussiánovich Villarán, Alejandro y varios autores. (2007). *Violencia Intrafamiliar*. Lima: Unidad de Coordinación del Proyecto de mejoramiento de los Servicios de Justicia. Recuperado de http://pmsj-peru.org/wp-content/uploads/2012/02/violencia_intrafamiliar3.pdf

Devis Echandia, Hernando. (1997). *Teoría General del Proceso*. Segunda edición. Argentina: Editorial Universidad S.R.L.

Hernández Sampieri, Roberto y otros. (2006). *Metodología de la Investigación*. Cuarta edición. México: Editorial Mc Graw Hill Interamericana

Hikal Carreón, Wael Sarwat. (2005). *Criminología psicoanalítica, conductual y del desarrollo*. México.

Houlsman, Louk. (1993). El enfoque abolicionista: Políticas Criminales alternativas. *Criminología Crítica y Control social. El poder punitivo del Estado*. Editorial Iuris: Rosario, Argentina.

Larrauri, Elena (2007). *Criminología Crítica y violencia de Género*. Madrid: Editorial Trotta.

Manuel Muro Rojo y Alfonso Rebaza Gonzales. (2004). Comentario al artículo 357 del Código Civil. *En Código Civil comentado por los cien mejores especialistas. Tomo II*. Lima: Editorial Grigley.

Plácido Vilcachahua, Alex. (2004). Comentario al artículo 357 del Código Civil. *En Código Civil comentado por los cien mejores especialistas. Tomo II*. Lima: Editorial Grigley.

Nino, Carlos Santiago. (1998). *Introducción al análisis del derecho*. Segunda Edición ampliada. Buenos aires. Astrea.

Orna Sánchez, Oswaldo. (2013). *Factores determinantes de la violencia familiar y sus implicancias, análisis de los estudios estadísticos sobre la violencia familiar en el distrito de san Juan de Lurigancho (Lima), Callao y otras ciudades del país* (tesis de post grado). Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú.

Pérez Cepeda Ana Isabel. (2003). *Victimodogmática en Derecho Penal. Derecho, Proceso Penal y Victimología*. Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Peyrano, Jorge W. (1978). *El proceso Civil: Principios y fundamentos*. Primera edición. Argentina: Editorial Astrea.

Piccini, Mabel. (1998). *Notas sobre violencia y cultura- Dadá el olvido y las industrias culturales*. Revista Argumentos, estudios Críticos de la sociedad. D.F. México. Editorial de la División de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma Metropolitana Xochimilco.

Organización Panamericana de la Salud para la OMS (2002). *Informe mundial sobre violencia y la salud*. Recuperado de http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/es/summary_es.pdf

Pinedo Aubián, F. Martín. (2010) ¿...y eso es conciliable?: (la vigente -y complicada- regulación de las materias conciliables en la Ley de conciliación extrajudicial. *Revista Jurídica del Perú. Publicación mensual de normas legales.* (N.º 116), 283-315.

Quiroz Salazar, William F. (2015). *Sistema de Audiencias en el Proceso Penal Acusatorio*. Primera Edición. Lima: Editorial Instituto Pacífico

Reátegui Sánchez, James (2014). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tercera reimpresión. Lima: Editorial Instituto Pacífico.

Ruiz de la Fuente, Consuelo. (2013). El principio dispositivo y las intimaciones judiciales de la prueba. *Pico I Junoi, Joan. Principios y garantías Procesales*. España: JMB Bosch Editor, 197-206.

Kessler, Robert K. y Shachtman, Tom. (2012). *Asesinos en serie*. Primera edición. Editorial Ariel: España.

Loinaz Calvo, Ismael y otros. (2011). *Análisis de la reincidencia en agresores de pareja*. Recuperado de <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/legalcode.ca>

Midón, Marcelo Sebastián. (2011). Los Principios del derecho probatorio. *Principios Procesales, Tomo II*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores. 623-667.

Villegas Paiva, Elky Alexander. 2009. *Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales*. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20091207_03.pdf, con acceso en diciembre de 2016.

Young, Jock. (1993). *El fracaso de la criminología* en Criminología Crítica y Control social. *El poder punitivo del Estado*. Editorial Iuris: Rosario, Argentina.