



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA**  
**Escuela Profesional de Derecho**

**TESIS**

“Análisis Jurídico del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones respecto a la graduación de la pena y el Principio de Proporcionalidad”

**PRESENTADO POR:**

Brenda Stephanie Meza Quijano

**ASESORES:**

Víctor A.B. Pantigoso Bustamante

Neil Amador Huamán Paredes

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**AREQUIPA, PERÚ**

**2016**





Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Escuela Profesional de Derecho

**DICTAMEN DE TESIS**

Arequipa, 01 de julio del 2016

**VISTO:** La tesis titulada “Análisis Jurídico del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones respecto a la graduación de la pena y el Principio de Proporcionalidad”. Presentada por el bachiller en Derecho Srta. Brenda Stephanie Meza Quijano, para optar el Título Profesional de ABOGADO.

***Señora Directora de la Escuela Profesional de Derecho:***

Cumplo con comunicar a usted Dra. Gigliola Arias Huiza, que la Bachiller en mención ha terminado el desarrollo del trabajo de Tesis, habiendo cumplido con las exigencias del Reglamento de Grados, para ser presentada al Jurado, manteniendo un orden expositivo, precisando los aspectos normativos, doctrinales y metodológicos, que habilita para aspirar al Título Profesional de Abogado.

***El proceso del desarrollo de la Tesis presenta los aspectos siguientes:***

- 1. El problema de investigación:*** Esta referido a la falta de proporcionalidad en las penas para el tipo penal de violencia y resistencia a la autoridad, problema que se ha puesto en evidencia los últimos meses con el procesamiento de estos tipos penales a través del proceso inmediato. En el país viene desplegándose desde hace algunos años, un proceso de incesante modificación de las normas contenidas en el Código Penal y ellas propensas a sobrecriminalizar los tipos penales. En ese contexto, el Congreso legisla y modifica el artículo 367° del Código Penal en el 2013, mediante el artículo 2° de la Ley N° 30054, agravando las penas, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 1632-2012-PE se menciona que es necesario restablecer el orden público y es un deber estatal proteger a las autoridades a fin de garantizar la paz social, se hizo referencia a casos como La Parada en Lima y Cielo Punku en Cusco; existe buena voluntad, pero como no hay técnica legislativa correcta se colocan delitos y penas sin sistematizarlas con el resto del texto. Y así llegamos a este resultado, el delito se encuentra tipificado en los artículos 365° y 366° del Código Penal, debe advertirse que el delito presenta modalidades agravantes, que en efecto importan una extensión de la pena, así tenemos el artículo 367° que establece que si el sujeto pasivo tiene la condición de ser un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones, la pena que le corresponde será pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años, pena que es muy gravosa en correspondencia con la



responsabilidad del agente. En ese orden de ideas, se revela la problemática respecto a la graduación o determinación legal de la pena, por la redacción del tipo penal de formas agravadas de violencia y resistencia a la autoridad se entiende que dicho hecho es penado de igual manera en situaciones cuya gravedad puede variar enormemente, por lo que es necesario que se realicen ajustes al tipo penal de formas agravadas de violencia y resistencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones, matizándola con sanciones que vayan de acuerdo a la gravedad de las faltas cometidas, para que de esta forma el principio de proporcionalidad no se vea afectado.

Lo que ha permitido plantear el problema siguiente: **¿Por qué en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones, existe inadecuada graduación de la pena, vulnerando el Principio de Proporcionalidad. Arequipa, 2016?** Estableciendo como objetivo general, el Analizar el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones respecto a la graduación de la pena y el Principio de Proporcionalidad.; siendo la hipótesis que **es probable que la modificación del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones y delimitación adecuada de la pena garantice el respeto al Principio de Proporcionalidad.**

2. **En cuanto al método:** El diseño de investigación es explicativo, debido a que está basado en exponer y analizar la pena en el delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones y sus formas agravadas con la finalidad de realizar una adecuada graduación de esta con el fin de garantizar el Principio de Proporcionalidad. En esta investigación se efectuó la indagación de teorías, discursos y planteamientos doctrinarios referidos a la pena y al tipo penal en mención, las cuales han sido contrastadas con la realidad, lo que posibilitó identificar el fondo del problema, así como la comprensión del tipo penal en mención y plantear modificaciones a su actual regulación normativa. Al tratarse de un trabajo cualicuantitativo y teniendo en cuenta que el objeto de análisis es el artículo 367° del Código Penal, la población está constituida por los 106 fiscales de las Fiscalías de Arequipa ya que ellos son los conocedores y los encargados de ejercitar la acción penal y tipificar los delitos. La muestra está conformada por 63 fiscales penales, que son los que aceptaron responder el cuestionario de la encuesta de la investigación.
3. **Resultado de la Investigación:** El presente trabajo de investigación demuestra que existe una inadecuada graduación o determinación legal de la pena en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal, puesto que aquella no considera aspectos tales como el tipo de daño causado, dado que basta solo con que se configure la condición especial del sujeto pasivo para la imposición de una pena, por lo que no está en concordancia con lo que estipula el principio de proporcionalidad, si bien pasa el umbral de necesidad, la pena no es idónea ni proporcional, por lo que para una adecuada pena que se corresponda con la gravedad y responsabilidad del agente, la técnica legislativa penal apropiada será la razonabilidad estudiada y examinada en todos sus parámetros. En ese sentido el trabajo plantea una modificatoria del artículo 367° del Código Penal.



#### **4. OPINIÓN DEL ASESOR.**

Desde el punto de vista de la investigación y el análisis jurídico desarrollado; reviste de mucho interés.

Por lo que se **RESUELVE**: Poner a disposición de la Dirección Adjunta de la Escuela de Derecho de la Universidad Alas Peruanas, el presente trabajo de investigación, para que sea analizado y observado en el acto académico de graduación.

Atentamente.



Mag. Victor A. B. Pantigoso Bustamante  
Docente Asesor  
CAA N° 4012





Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Escuela Profesional de Derecho

**INFORME DE REVISIÓN DE TESIS**

A : **Dra. YIGLIOLA ARIAS HUIZA**  
Directora de la Facultad de la Escuela Profesional de  
Derecho de la Universidad Alas Peruanas – Filial  
Arequipa

De : **Neil Amador Huamán Paredes**

Asunto : Informe de Revisión de Tesis elaborada por la  
Bachiller Brenda Stephanie Meza Quijano

Fecha : 01 de julio del 2016.

**Srta. Directora**

Luego de revisar la Tesis referida informo a Ud.:

- 1. Tema de Investigación:** *“Análisis jurídico del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones respecto a la graduación de la pena y el principio de proporcionalidad”.* La problemática surge respecto a la graduación o determinación legal de la pena, debido a que por la redacción del tipo penal de formas agravadas de violencia y resistencia a la autoridad por la condición especial del sujeto pasivo consideradas en párrafo segundo apéndice 3 artículo 367° del Código Penal se entiende que dicho hecho es penado de igual manera en situaciones cuya gravedad puede variar enormemente, por lo que es necesario que se realicen ajustes al tipo penal.
- 2. Importancia:** Radica en la necesidad de una adecuada determinación legal o graduación de la pena para el delito de formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones que respete el principio de proporcionalidad y de esta forma beneficiar



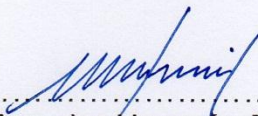
a la sociedad, pues es esta quien busca una adecuada administración de justicia y así promover un mejor ajuste al momento de su aplicación con el fin de satisfacer el deber primordial del Estado de garantizar el respeto a los principios constitucionales y la plena vigencia de los derechos.

- 3. Propuesta Legal:** Modificar el artículo 367° del Código Penal, en cuanto a matizar con sanciones que vayan de acuerdo a la gravedad de las faltas cometidas, ello respecto de la condición especial de sujeto pasivo tipificada en el párrafo segundo apéndice 3.

A lo largo de la revisión de forma y fondo ha sido necesario exigir rigurosidad en el análisis y estudio que se advierte de la presente investigación, la cual ha pasado por una serie de observaciones, que han generado desde su inicio modificaciones al trabajo planteado inicialmente, las mismas que han sido levantadas en su oportunidad por la propia tesista.

- 4. Conclusión:** Por las consideraciones expuestas, concluyo que la tesis referida puede ser sustentada en grado a fin de que el Jurado evalúe la propuesta planteada.

Atentamente.



.....  
Neil Amador Huamán Paredes  
Asesor - Docente  
CAA

## *Dedicatoria*

*A mis padres Rony y Patricia:*

*Gracias por todo el esfuerzo y sacrificio para brindarme todo el amor, la comprensión, el apoyo incondicional y la confianza en cada momento de mi vida...son los mejores.*

### *Agradecimiento*

*A la Escuela Profesional de Derecho por el apoyo brindado a este esfuerzo formativo que me ha permitido adquirir nuevos conocimientos y conocer a grandes maestros.*



## CONTENIDO

DEDICATORIA .....	ii
AGRADECIMIENTO .....	iii
CONTENIDO .....	iv
RESUMEN .....	ix
ABSTRACT.....	x
INTRODUCCIÓN .....	xi

## CAPÍTULO I

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

<b>1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA.....</b>	<b>1</b>
<b>1.2. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>5</b>
1.2.1. Delimitación Social.....	5
1.2.2. Delimitación Espacial.....	5
1.2.3. Delimitación Temporal .....	5
1.2.4. Delimitación Conceptual .....	5
<b>1.3. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>6</b>
1.3.1. Problema Principal.....	6
1.3.2. Problemas Secundarios.....	6
<b>1.4. OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>6</b>
1.4.1. Objetivo General .....	6
1.4.2. Objetivo Específicos .....	7
<b>1.5. HIPÓTESIS Y VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>7</b>
1.5.1. Hipótesis General .....	7
1.5.2. Hipótesis Específicas.....	7



1.5.3. Operacionalización de las Variables .....	8
<b>1.6. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>9</b>
1.6.1. Tipo y Nivel de la investigación.....	9
A. Tipo de investigación. ....	9
B. Nivel de Investigación. ....	9
1.6.2. Método y Diseño de la Investigación .....	10
A. Método de la investigación.....	10
B. Diseño de investigación .....	10
1.6.3. Población y muestra de la Investigación .....	10
1.6.4. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos .....	11
A. Técnicas.....	11
B. Instrumentosl. ....	11
1.6.5. Justificación, Importancia y Limitaciones de la investigación .....	11
A. Justificación e Importancia de la Investigación.....	11
B. Limitaciones de la Investigación.....	13

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

<b>2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO DE INVESTIGACION.....</b>	<b>14</b>
2.1.1. Antecedentes Históricos .....	14
2.1.2. Antecedentes Científicos .....	17
2.1.3. Antecedentes Empíricos .....	19
<b>2.2. VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD .....</b>	<b>21</b>
2.2.1. Bien jurídico protegido en el delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad .....	21
A. Análisis Jurídico de la Administración Pública como Bien Jurídico Protegido .....	23



2.2.2.	Sujeto activo en los delitos de Violencia y Resistencia a la autoridad.....	26
2.2.3.	Sujeto pasivo en los delitos de Violencia y Resistencia a la autoridad.....	27
A.	Tratamiento Del Funcionario Público en el Código Penal.....	27
B.	Consideraciones acerca de Servidor Público .....	29
C.	Condición del Sujeto Pasivo como forma agravada en los delitos de Violencia y Resistencia a la Autoridad .....	30
1.	Policía Nacional del Perú .....	30
2.	Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público.....	33
3.	Miembro del Tribunal Constitucional .....	35
4.	Autoridad elegida por mandato popular .....	36
5.	Motivación de la condición especial de sujeto pasivo.....	36
2.2.4.	Acción Típica en los delitos de Violencia Y Resistencia a la autoridad.....	37
2.2.5.	Tipo subjetivo en los delitos de Violencia Y Resistencia a la autoridad.....	41
2.2.6.	Principio de Autoridad .....	41
2.2.7.	Teorías acerca de la naturaleza del delito de Violencia y Resistencia a la autoridad.....	44
A.	Teoría de Protección Funcional .....	44
B.	Teoría Autoritarista .....	45
C.	Teoría Mixta.....	46
2.2.8.	Necesidad del requisito de ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones.....	47
2.2.9.	Legislación comparada respecto de los delitos de Violencia y Resistencia a la autoridad y los sistemas de pena .....	49
A.	Chile .....	49
B.	Argentina .....	56
C.	España .....	58



<b>2.3. GRADUACION O DETERMINACION LEGAL DE LA PENA.....</b>	<b>61</b>
2.3.1. Definición de la pena .....	64
2.3.2. Caracteres de la pena .....	66
2.3.3. Principios con relación a la pena .....	68
A. Principio de Legalidad.....	68
B. Principio de Culpabilidad.....	69
C. Principio de Proporcionalidad.....	69
D. Principio de Necesidad de la Pena .....	70
2.3.2. Fundamento de la pena.....	71
2.3.3. Funciones y fines de la pena .....	72
A. Función Protectora.....	73
B. Función Resocializadora.....	74
C. Función Preventiva .....	74
2.3.4. La función de la pena como base de la teoría del delito .....	75
2.3.5. Análisis Jurídico de los Sistemas de penas en el Perú .....	78
2.3.6. Teorías de la pena.....	82
A. Teorías Absolutas .....	84
B. Teorías Relativas .....	90
C. Teorías de la Unión.....	98
<b>2.4. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....</b>	<b>100</b>
2.4.1. Noción de principio jurídico .....	100
2.4.2. Significado y contenido .....	101
2.4.3. Aproximación al concepto de proporcionalidad .....	103
2.4.4. Concepto de principio de proporcionalidad .....	103
2.4.5. El principio de proporcionalidad en materia penal.....	106
2.4.6. El principio de proporcionalidad en el Sistema Constitucional Peruano .....	107
2.4.7. Relación entre la proporcionalidad y razonabilidad.....	109
2.4.8. Los sub principios o test de proporcionalidad.....	110
A. Examen o Test de Idoneidad o Adecuación .....	111

B.	Examen o Test de Necesidad .....	113
C.	Examen o Test de Proporcionalidad Estricta.....	115
2.4.9.	Teoría sobre la Evaluación de la proporcionalidad entre penas y delitos .....	117
2.4.10	El principio de proporcionalidad en el derecho comparado .....	124
A.	Alemania.....	124
B.	Austria .....	125
C.	España .....	125
D.	Colombia.....	126
<b>2.5.</b>	<b>DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS .....</b>	<b>127</b>

### CAPÍTULO III

#### PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

<b>3.1.</b>	<b>ANÁLISIS DE TABLAS Y GRÁFICOS .....</b>	<b>128</b>
<b>3.2.</b>	<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>157</b>
<b>3.3.</b>	<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>160</b>
	<b>FUENTES DE INFORMACIÓN .....</b>	<b>162</b>
	<b>ANEXOS.....</b>	<b>166</b>



## RESUMEN

La presente investigación expone los fundamentos jurídicos para que en el supuesto del párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones se realice una graduación o determinación legal de la pena de forma que sea proporcional a la responsabilidad del agente, ello dado a que actualmente dicha agravante supone un rango de pena no menor de ocho ni mayor de doce considerando solo la condición del sujeto pasivo, más no aspectos tales como la gravedad del daño causado al mismo.

Este trabajo no intenta generar que la pena para la condición de los sujetos tipificada en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sea equiparada a la pena contemplada en el tipo base para todos los demás funcionarios públicos, puesto que las funciones que estos aquellos realizan los hacen estar más expuestos a ser blanco de este tipo de delitos.

Si nos encontramos ante dos casos, en ambos los agentes cometen un acto de violencia y resistencia en contra de un policía, sin embargo en el primero el agente le causa lesiones leves y en el segundo le causa lesiones graves, en ambos casos la pena abstracta será no menor de ocho ni mayor de doce por tratar la agravante sólo la condición del sujeto pasivo y nos encontraríamos ante una situación de desproporcionalidad, porque aun apreciando que la gravedad del daño en ambos casos fue distinta, ambos se encontrarían en un mismo rango de pena abstracta.

Se intenta plantear una modificatoria del artículo 367° del Código Penal, para ello se analizó la legislación vigente tanto nacional como internacional, así como también la técnica legislativa de razonabilidad, lo que nos permitió dar una factible propuesta.

## ABSTRACT

This research presents the legal basis for that in the course of the second subparagraph Appendix 3 of Article 367 of the Penal Code aggravated forms of violence against authority to prevent the exercise of their functions graduation or legal determination of penalty is conducted manner that is proportional to the agent's responsibility, that given current that aggravating is a range of no less worth than eight nor more than twelve considering only the condition of the taxpayer, but not aspects such as the severity of damage caused to it .

This work does not try to build it worthwhile for the condition of the subjects typified in the second subparagraph Appendix 3 of Article 367 of the Penal Code be equated to the penalty provided in the base type for all other public officials, since the functions these make them perform those more exposed to be the target of this type of crime.

If we are faced with two cases, both the agents commit an act of violence and resistance against a police officer, however in the first agent causes minor injuries and the second will cause serious injury, in both cases the abstract penalty will be not less than eight nor more than twelve treat aggravating only the condition of the taxpayer and we would be in a situation of disproportionality, because while appreciating the severity of the damage in each case was different, both would be in the same range abstract penalty.

It tries to raise an amending section 367 of the Penal Code, for it both national and international legislation also legislative technique of reasonableness was analyzed, as well as allowing us to give a feasible proposal.



## INTRODUCCIÓN

Los motivos que me conllevaron a realizar la presente investigación fueron por una parte, el social debido a lo que ha ocurrido en los últimos meses con el procesamiento de este tipo penal como es del delito de violencia y resistencia a la autoridad, a través del proceso inmediato, puso en evidencia la falta de proporcionalidad en las penas y esta es una situación que llama la atención de muchos por su dureza; por otra parte el académico porque esta situación ha generado una enorme discusión lo que motivo un interés por aprender y comprender los alcances del tema de investigación que estimula a analizar ideas, posturas y opiniones, y se pretende convertir este trabajo en un medio que sirva de ayuda para una debida graduación o determinación legal, matizándola con sanciones que vayan de acuerdo a la gravedad de las faltas cometidas.

La importancia de este trabajo radica en la necesidad de una adecuada determinación legal o graduación de la pena para el delito de formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones que respete el principio de proporcionalidad y de esta forma beneficiar a la sociedad, y así promover un mejor ajuste al momento de su aplicación, por lo tanto, la mayor relevancia residirá en desarrollar matices que guarden relación estrecha con la gravedad de las faltas cometidas.

De todo lo señalado surge nuestro **problema de investigación**: *¿Por qué en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones, existe inadecuada graduación de la pena, vulnerando el Principio de Proporcionalidad. Arequipa, 2016?* Para el desarrollo del trabajo nos hemos trazado el **objetivo** de Analizar el párrafo

segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones respecto a la graduación de la pena y el Principio de Proporcionalidad. Planteamos la siguiente **hipótesis**: Es probable que la modificación del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones con una adecuada graduación de la pena garantice el respeto al Principio de Proporcionalidad. Para esta investigación se empleó el método **explicativo**, que consiste en establecer y explicar los efectos encontrados en cuanto a la inadecuada graduación de la pena en las formas agravadas del delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.

Hemos dividido la investigación por capítulos: en el **primer capítulo** se expone el **Planteamiento del Problema**, que consta de la descripción de la realidad problemática, el problema de investigación, los objetivos de investigación, desarrollamos nuestra hipótesis y variables de la Investigación, abarcamos la metodología de la investigación, la población y muestra de la investigación, las técnicas e instrumentos de recolección de datos así como la justificación, importancia y limitaciones de la misma. En el **segundo capítulo** presentamos el **Marco Teórico** organizado en base a nuestras variables y objetivos, constituido por los antecedentes históricos, científicos y empíricos, exponemos las doctrinas referidas al tratamiento del tipo penal en cuestión, de las penas y el principio de proporcionalidad. En el **capítulo tres** presentamos el análisis e interpretación de los resultados, la discusión de los resultados y finalmente exponemos las conclusiones y recomendaciones.



## CAPÍTULO I

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### 1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

La base un sistema penal y la carta de presentación de un estado de derecho, están formadas por un conjunto normativo que regula tipos delictivos y sanciones penales, Código Penal, y otro en el cual se detalla el proceso para aplicar aquellas, Código Procesal Penal; de esta forma regulan las formulas y reglas de aplicación de las figuras más intensas de control social. Estas palabras de Lardizábal y Uribe mantienen aún plena vigencia.

En este contexto es tan importante que **se sancione al responsable de la comisión de un delito**, como el hecho que **tal responsabilidad se corresponda con una pena proporcional**.

Cabe destacar, que se ha puesto en evidencia un problema que en el país viene desplegándose desde hace algunos años, a partir del año 1991 en que se promulga el Código Penal, **observamos un proceso de incesante modificación de las normas** contenidas en este código y todas ellas propensas a **sobrecriminalizar los tipos penales**, lo que ha sucedido en los últimos meses con el procesamiento de estos tipos penales a través del

proceso inmediato, no viene sino a poner en **evidencia la falta de proporcionalidad en las penas para determinados tipos penales**, tal es el caso del delito de violencia y resistencia a la autoridad

En los últimos años, sobre todo desde que la policía femenina asumió el control del tránsito, existen varias denuncias que dan cuenta del abuso de chóferes que no sólo le faltaban el respeto a la autoridad de palabra, sino que además existen casos en los que hay policías atropelladas, secuestradas en las unidades que intervenían o golpeadas brutalmente. Se trataba de una situación escandalosa para la sociedad, no es razonable que el Estado envíe a mujeres, sin hacerlas menos, a cuidar el tránsito y estas terminen en el hospital, a veces por meses, por las manos de personas inescrupulosas que luego circulan libremente con varias papeletas encima, la impunidad, era casi total. Así también, tenemos el caso La Parada en el que se cometieron una serie de abusos en contra de efectivos policiales.

En ese contexto, el Congreso legisla y **modifica el artículo 367° del Código Penal** en el 2013, mediante el artículo 2° de la **Ley N° 30054**, agravando las penas, en la exposición de motivos del **Proyecto de Ley N° 1632-2012-PE** se menciona que es necesario restablecer el orden público y es un deber estatal proteger a las autoridades a fin de garantizar la paz social, se hizo referencia a casos como La Parada en Lima y Cielo Punku en Cusco; podemos apreciar que existe buena voluntad, pero como no hay técnica legislativa correcta se colocan delitos y penas sin sistematizarlas con el resto del texto. Y así llegamos a este resultado, el populismo penal, para hacer frente a la presión mediática, resulta siempre en penas desproporcionadas al delito.

En tal sentido, tenemos el **caso de Silvana Buscaglia Zapler**, la mujer que en Diciembre del 2015, agredió a un policía en el aeropuerto



internacional Jorge Chávez y fue hallada culpable del delito contra la administración pública en la modalidad de violencia y resistencia a la autoridad y por ello **sentenciada a seis años ocho meses de prisión efectiva.**

Esta sentencia, emitida en tiempo récord en aplicación de la nueva ley de flagrancia, llama la atención de muchos por su dureza, y ha generado una **enorme discusión sobre si ha sido proporcional o no a la falta cometida.** No hay duda que **la sentenciada merecía una condena por el acto cometido,** y que esta podía enviar un mensaje a la sociedad, pero bajo este contexto nos atrevemos a plantear la siguiente pregunta **¿Es la pena proporcional al delito cometido? ¿La graduación de la pena es la adecuada?**

Así como el caso antes mencionado tenemos que el 29 de Enero del 2016, el diario “Perú 21” dio cuenta sobre el **caso de Ruby Dayana Rache Parra,** quien fue detenida al insultar y golpear al suboficial de tercera Juan Huapaya Peralta en la comisaría de Villa de Chorrillos – Lima, cuando trató de sacar a la fuerza a su hijo capturado por hurto en una panadería; es así que, el Juzgado Penal Colegiado de Procedimiento Inmediato de la Corte de Lima emitió sentencia declarándola culpable del delito de violencia y resistencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones en forma agravada **otorgándole una pena de cuatro años y seis meses de prisión efectiva.**

Del mismo modo, tenemos casos sobre la comisión del mismo delito violencia y resistencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones en los que la agresión en contra de los efectivos policiales fue mayor y son los siguientes:

El 31 de Enero del 2016, el diario “La Republica” informó que el Poder Judicial **sentenció a ocho años de prisión a Gissellemarie Rosales Bustinza** por agredir física y verbalmente a una policía durante un operativo antidrogas en el Callao, concluyó que Rosales Bustinza utilizó la violencia contra la suboficial PNP Everly Sierra Gómez en su intento por impedir la detención de un familiar; de esta forma, fue hallada culpable del delito resistencia y violencia a la autoridad en su forma agravada.

El pasado 13 de Febrero de 2016, el diario “La Republica” publicó que **Eduardo Andagua Macalla**, agricultor, ataco a pedradas a dos miembros de la Policía Nacional durante una fiesta patronal en el sector de Mojeque, en Casma. El Juzgado Penal Colegiado lo halló culpable del delito de violencia y resistencia a la autoridad **sentenciándolo a cinco años y cuatro meses de prisión efectiva.**

Ahora bien, el delito de violencia y resistencia a la autoridad se encuentra tipificado en los artículos 365° y 366° del Código Penal, debe advertirse que el delito presenta modalidades agravantes, que en efecto importan una extensión de la pena, así tenemos el artículo 367° que establece que si el sujeto pasivo tiene la condición de ser un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones, la pena que le corresponde será pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.

En ese orden de ideas revelamos la problemática que existe respecto a la graduación de la pena, por la redacción del tipo penal de formas agravadas de violencia y resistencia a la autoridad se entiende que dicho hecho es penado de igual manera en situaciones cuya gravedad puede

variar enormemente, por lo que es **necesario que se realicen ajustes al tipo penal** de formas agravadas de violencia y resistencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones, **matizándola con sanciones que vayan de acuerdo a la gravedad de las faltas cometidas**, para que de esta forma el principio de proporcionalidad no se vea afectado.

Cabe destacar, que el principio de proporcionalidad se manifiesta en el hecho de **impedir un uso desmedido de sanciones que conlleven a una privación o una restricción de la libertad**, tal como señala el Tribunal Constitucional en diversa jurisprudencia, este principio ha sido enfocado como una “prohibición de exceso” dirigida a los poderes públicos

## **1.2. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.2.1. Delimitación Social**

Esta investigación pretende beneficiar a la sociedad, pues es esta quien busca una adecuada administración de Justicia que satisfaga el deber primordial del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos.

### **1.2.2. Delimitación Espacial**

El área de estudio para la presente investigación es la ciudad de Arequipa.

### **1.2.3. Delimitación Temporal**

El tiempo estimado para desarrollar la investigación es el año 2016

### **1.2.4. Delimitación Conceptual**

Desde el punto de vista conceptual, se definirán las variables relacionadas con graduación de la pena y el Principio de Proporcionalidad



### **1.3. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

#### **1.3.1. Problema Principal**

*¿Por qué en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones, existe inadecuada graduación de la pena, vulnerando el Principio de Proporcionalidad. Arequipa, 2016?*

#### **1.3.2. Problemas Secundarios**

- ¿Por qué en las formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones existe inadecuada graduación de la pena?
- ¿Por qué se vulnera el Principio de Proporcionalidad en las formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones?
- ¿Cuál es la relación que existe entre la graduación de la pena y el Principio de Proporcionalidad en las formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones?

### **1.4. OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN**

#### **1.4.1. Objetivo General**

Analizar el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad

para impedir el ejercicio de sus funciones respecto a la graduación de la pena y el Principio de Proporcionalidad.

#### **1.4.2. Objetivo Específicos**

- Analizar la graduación de la pena en las formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones
- Analizar el Principio de Proporcionalidad en las formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.
- Establecer la relación que existe entre la graduación de la pena y el Principio de Proporcionalidad en las formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.

### **1.5. HIPÓTESIS Y VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **1.5.1. Hipótesis General**

Es probable que la modificación del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones y delimitación adecuada de la pena garantice el respeto al Principio de Proporcionalidad.

#### **1.5.2. Hipótesis Específicas**

- Es probable que la graduación de la pena en las formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones sea inadecuada.

- Es probable que el Principio de Proporcionalidad este siendo vulnerado en las formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.
- Es probable que existe una relación directa entre la graduación de la pena y el Principio de Proporcionalidad en las formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.

### 1.5.3. Operacionalización de las Variables

VARIABLE INDEPENDIENTE	DIMENSION	INDICADOR
<b>Graduación de la pena</b>	Graduación	Tipo del daño
		Modalidad de acción
		Condición del sujeto pasivo
	Pena	Privativas de libertad
		Limitativa de derechos



VARIABLE DEPENDIENTE	DIMENSION	INDICADOR
Principio de Proporcionalidad	Sub principios	Idoneidad
		Necesidad
		Proporcionalidad

## 1.6. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

### 1.6.1. Tipo y Nivel de la investigación

**A. Tipo de investigación:** Este trabajo de investigación, por su naturaleza es básica, puesto que tiene como finalidad realizar un análisis de la graduación de la pena en las formas agravadas del delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones, así como también el Principio de Proporcionalidad.

**B. Nivel de Investigación:** En el presente caso el nivel de investigación corresponde al explicativo.

### **1.6.2. Método y Diseño de la Investigación**

**A. Método de la investigación:** En esta investigación se ha empleado el método explicativo, que consiste en establecer y explicar los efectos encontrados en cuanto a la inadecuada graduación de la pena en las formas agravadas del delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.

**B. Diseño de investigación:** La presente investigación aplicará el diseño explicativo, debido a que está basado en exponer y analizar la pena en el delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones y sus formas agravadas con la finalidad de realizar una adecuada graduación de esta con el fin de garantizar el Principio de Proporcionalidad. En esta investigación se efectuó la indagación de teorías referidas a la pena y el tipo penal en mención, las cuales han sido contrastadas con la realidad, lo que posibilitó identificar el fondo del problema

### **1.6.3. Población y muestra de la Investigación**

Al tratarse de un trabajo cualicuantitativo y teniendo en cuenta que nuestro objeto de análisis es el artículo 367° del Código Penal, consideramos que son los fiscales penales quienes pueden responder si se debe de modificar el artículo en mención con una adecuada graduación de la pena que garantice el respeto al Principio de Proporcionalidad ya que ellos son los concedores y los encargados de ejercitar la acción penal y tipificar los delitos. En consecuencia se ha definido como población a los 106 fiscales de las Fiscalías de Arequipa, sin embargo dada la carga de aquellos solo fue factible aplicar el instrumento a 63 fiscales.

<b>FISCALIAS</b>	<b>N° DE FISCALES PENALES</b>
Fiscalía de Arequipa	77
Fiscalía de Paucarpata	12
Fiscalía de Mariano Melgar	9
Fiscalía de Hunter	8
<b>TOTAL</b>	<b>106</b>

#### **1.6.4. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos**

**A. Técnicas:** La técnica de muestreo empleada para la investigación ha sido la no probabilística por que los datos no se pueden extrapolar a otras realidades.

**B. Instrumentos:** El instrumento que se utilizo es la encuesta, la cual consta de 12 preguntas cerradas, el cual estuvo dirigido a los fiscales penales de las diferentes fiscalías de Arequipa, debido a que ellos son los encargados de ejercitar la acción penal.

#### **1.6.5. Justificación, Importancia y Limitaciones de la investigación**

##### **A. Justificación e Importancia de la Investigación**

Es necesario explicar lo siguiente, que la problemática respecto a la graduación de la pena en las formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones ha llevado a un sentir de desproporcionalidad de esta, lo de deja entrever una insatisfacción con la administración de justicia razón por la cual es indispensable frenar esa noción. Es así, que la presente investigación se justifica por las razones que detallamos a continuación:



En primer lugar, **por la relevancia social** debido a que la inadecuada graduación de la pena para este delito no satisface el deber primordial del Estado de garantizar el respeto a los principios constitucionales y la plena vigencia de los derechos, por lo que es necesario la apropiada determinación legal de este tipo penal respetando el principio de proporcionalidad y de esta forma beneficiar a la sociedad, pues es esta quien busca una adecuada administración de justicia.

De otro lado, brindará la información necesaria para **transformar la realidad jurídica** y así promover una mejor adecuación al momento de su aplicación. Además, pretendemos dar una propuesta con el fin de establecer criterios de graduación de la pena que puedan ser aplicables al delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones y sus formas agravadas y que guarden relación estrecha con la gravedad de las faltas cometidas.

Este estudio es de **utilidad académica** en la medida que contribuirá a dar respuesta a algunos cuestionamientos referentes a *qué si en el delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones y sus formas agravadas existe inadecuada graduación de la pena y se vulnera el Principio de Proporcionalidad*, las posibles propuestas que daremos se harán tomando en consideración las posturas existentes respecto al tema; además, expondremos los conocimientos necesarios que nos permitan abordar el tema de proporcionalidad; por lo tanto, la mayor relevancia residirá en desarrollar matices para la graduación de la pena.

## **B. Limitaciones de la Investigación**

Una de las principales limitaciones o dificultades que se ha encontrado en el desarrollo de este trabajo, es la carencia de libros o comentarios críticos sobre el tipo penal de violencia y resistencia a la autoridad, específicamente información referida a la motivación de la condición especial del sujeto pasivo..

Por otro lado, la falta de colaboración de algunas personas encuestadas, puesto que el tiempo es un factor que juega en contra del investigador.

## CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

### 2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO DE INVESTIGACION

#### 2.1.1. Antecedentes Históricos

Para determinar los orígenes del tipo penal de violencia y resistencia a la autoridad tenemos que remontarnos a las diferentes civilizaciones de nuestro viejo continente, fuente inspiradora del ordenamiento latino americano y de nuestro sistema penal.

**Roma** en esta civilización el delito de resistencia a la autoridad fue estipulado en las doce tablas para los romanos el citado delito era considerado como crimen ya que constituía delito cualquier afectación que se dirigiera a los representantes del gobierno romano. Asimismo alcanzaba a cualquier autoridad que se le falte en palabra, en hechos o en **desobediencia**, se consideraba un crimen de lesa majestad, cuya consecuencia era el castigo. Los romanos entendían que la autoridad romana era sacra y divina, por ello cualquier afectación a éstos, requería de una grave sanción penal (*Peregrino M., 2013*).

Esta tendencia romanística la tenemos presente como “atentado propio” en la doctrina penal y en la dogmática nacional se sanciona en el art. 366 del Código Penal. Hay que respetar a la autoridad. Cualquier acto de violencia o amenaza es sancionado penalmente (*Peregrino M., 2013*).

**Edad media** el delito de desobediencia a la autoridad en la edad media, fue influenciada por el derecho romano ya que castigaba la desobediencia y agresión a las autoridades con penas radicales, asimismo se tiene que el derecho canónico regulo la figura de la resistencia y violencia a la autoridad en el concilio de Trento, como también en la muy conocida santa inquisición.

**Código de 1863** conocido por lo estricto de sus articulados regula el delito de violencia y resistencia a la autoridad como **los atentados y desacatos contra la autoridad** en el titulo VI, sección tercera, libro segundo. Por otro lado el artículo 149 señalaba que cometen atentado contra la autoridad, los que empleen sobre ella, sin alzamiento público, intimidación, o fuerza al tiempo de practicar sus funciones o por consecuencia de haberlas practicado.

**Código de 1924** a diferencia del código de 1863 este código cambia el nombre de atentados y desacatos contra la autoridad a **violencia y resistencia a la autoridad**, texto que influencia al código de 1991, así mismo el código de 1924 no contenía definiciones doctrinales la parte especial expone simplemente los elementos de cada hecho delictuoso con la determinación impositiva de su sanción.

**Código de 1991** el actual código penal regula el delito de violencia y resistencia a la autoridad en el artículo 366° mediante el cual señala que: “El que emplea intimidación o violencia contra un funcionario público o contra la

persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquél, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años o con prestación de servicio comunitario de ochenta a ciento cuarenta jornadas”. Asimismo el citado artículo se complementa con el artículo 367°, el cual ha sido modificado en varias oportunidades:

- Por el Artículo Único de la Ley N° 27937, publicada el doce de febrero del 2003
- Por el Artículo 1 de la Ley N° 28878, publicada el diecisiete de agosto del 2006
- Por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982, publicado el veintidós de julio del 2007
- Por el Artículo 2 de la Ley N° 30054, publicada el treinta de junio del 2013

Ahora bien, respecto de los orígenes del principio de proporcionalidad señalan que el conflicto le es inherente al ser humano, pero ello no quiere decir que el ser humano en su naturaleza sea conflictivo. Ahora bien, como quiera los medios de los que se dispone para satisfacer sus necesidades son menores a estas últimas, se indica que no existe proporción entre necesidades y los medios de satisfacción, en aquella perspectiva es que se desarrolla el principio de proporcionalidad (**Becerra O., 2012**).

Estas consideraciones vienen adquiriendo forma jurídica desde la introducción de la **práctica del Talión**, vino a menguar la atrocidad de las venganzas privadas, lo que se tradujo en términos generales en que la gravedad de la pena impuesta por el poder público se debía graduar en función de la entidad de la lesión jurídica perpetrada (**Fuentes H., 2008**).



Tenemos aquí un origen de la actual idea de proporcionalidad que fue apartado prontamente en la **época de nacimiento del Derecho Penal Público** y desarrollado a partir de la época de las luces desde el inicio de las salientes disposiciones hacia la humanización de las penas (**Fuentes H., 2008**).

El origen del principio se encumbra a la **antigüedad**, ya que en la obra de **Platón**, “Las Leyes”, se puede localizar el requerimiento de que la pena sea proporcionada a la gravedad del delito.

Pero es hasta la **época de la Ilustración** cuando se afirma este principio, muestra de ello es la obra de César Beccaria, “De los delitos y de las penas”, en la cual hace referencia a la pena y establece que ésta debe ser necesaria e infalible, ya que estas dos características completan la idea de proporcionalidad, según el autor (**Rojas I., 2009**).

El segundo brote del principio de proporcionalidad, se dio en las declaraciones internacionales que continuaron a la terminación de la **Segunda Guerra Mundial**. Es así como la idea de proporcionalidad ha pasado de un Derecho a otro, hasta convertirse en un principio general del ordenamiento jurídico (**Rojas I., 2009**).

### **2.1.2. Antecedentes Científicos**

De acuerdo a **Lorente S. (2010)** en su trabajo de investigación “Delitos contra atentados contra la autoridad, sus agentes y funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia” concluye que para evitar que la mayor parte de las agresiones contra funcionarios y autoridades queden en una condena, plantea como posible solución que se cree un tipo penal para los casos de agresiones o acontecimientos leves, teniendo en cuenta las

características concretas del autor, las circunstancias del hecho, y el sujeto sobre el que recae la acción.

De acuerdo a **Alegria J. Cordoba R. Herrera D. y Conco P. (2011)** en su trabajo de investigación “El principio de proporcionalidad en materia Penal” concluyen que la aplicación del principio de proporcionalidad tiene la finalidad respetar una serie de garantías en pro de los derechos fundamentales de los justiciables, entre ellas la de fijar una sanción penal bajo el marco del principio de proporcionalidad, conocido también como principio de prohibición de exceso o de la pena justa, la que corresponde a una política penal de origen retribucionista, muy ligada a la noción clásica de culpabilidad, por la que debe existir correlación entre pena y el grado de responsabilidad del agente, con la magnitud del daño ocasionado y con la trascendencia del bien jurídico lesionado; así mismo refieren la equivalencia razonable, en sus dimensiones cualitativas o cuantitativas con el tipo de delito cometido, con las circunstancias de su realización y con la intensidad del reproche que se pueda efectuar al autor. Advirtiéndole que el no respeto de tal principio al momento de aplicar una sanción conllevaría a una afectación de derechos básicos pues sería desproporcionada y no acorde a ley.

De acuerdo a **Llorens A. (2005)** en su trabajo de investigación “Proporcionalidad de las penas en el derecho penal chileno” concluye en que la mejor y más segura forma de evitar abusos en la conminación penal es a través de elevar a rango constitucional el principio de proporcionalidad de las penas, transformándolo en un verdadero principio rector e informador de todo el derecho penal, y estableciendo una adecuada escala de bienes jurídicos, elevándolas también a nivel constitucional, de manera de permitir mayor respeto por los imputados y los derechos fundamentales de los ciudadanos en general.

De acuerdo a **Avila J. (2004)** en su trabajo de investigación “el derecho al debido proceso penal en un estado de derecho” concluye que la presencia de un poder judicial y ministerio público ha convertido al proceso penal en una simple exigencia de legalidad que no agota el contenido del derecho al debido proceso penal, señala que no se rescata el sentido humano y social del proceso penal. Asimismo refiere que las normas jurídicas y cualquier acto jurídico en general deben de ser creadas, interpretadas y aplicadas de tal forma que favorezca su eficacia y contenido.

Como sostiene **Rodríguez E. (2011)** en el trabajo de investigación titulada “el delito de atentado contra la autoridad, sus agentes y a los funcionarios públicos” concluye que se debe de incrementar el principio de autoridad desde su perspectiva funcional respecto al orden publico social, para evitar que en un principio los ciudadanos no quieran asumir estas reglas democráticas que son las que básicamente rigen un estado social y democrático de derecho.

### **2.1.3. Antecedentes Empíricos**

**Ticona V., 2016** señala que no obstante la aplicación exitosa del proceso inmediato para delitos flagrantes ha motivado una razonable preocupación de parte de la comunidad nacional en general y de la comunidad jurídica en particular respecto a la determinación de la pena para los delitos de violencia y resistencia a la autoridad.

**Angulo P., 2016** sostiene que el problema principal que a veces se confunde con el tema del proceso inmediato o de la flagrancia, es el tema de las penas que han sido acordadas para los delitos de violencia y resistencia, es así que tenemos el artículo 367°, del art 366 que tiene una pena entre dos a cuatro se pasa a una pena de cuatro a ocho y de ocho a doce, entonces

surge la pregunta ¿por qué se dio ese salto hasta considerar 12 años?, quizás respondió a una circunstancia del momento, en nuestro país se suele estar acostumbrado, se trata de dar una respuesta simbólica, pero no se está considerando la proporcionalidad, y por lo tanto hay jueces que se sienten restringidos al interpretar la norma y es evidente que se tiene que dar una corrección y esa corrección es a nivel del legislativo, lo real es que corresponde dar una respuesta y evidentemente no que más personas vayan a prisión simplemente porque aquí hay un vacío y hay problemas legales que ciertamente no son responsabilidad del poder judicial pero a los cuales hay que dar una respuesta.

***Nakazaki C., 2016***, postula que la primera reflexión es en el ámbito del control de proporcionalidad de la pena, concretamente de la pena abstracta en el delito de violencia agravada contra el sujeto pasivo que es el policía, la violencia contra la policía es el tema central que debe motivar nuestra preocupación. En materia de violencia contra la policía, quizás es problema aparte porque el tipo penal establece el resultado típico perturbar, impedir pero ¿cuál es la acción que conlleva?, a partir de ello ¿qué puede generar esta acción? la muerte, lesiones graves, lesiones leves, faltas contra la salud o coacción, entonces a partir de ese entendimiento rápidamente descendemos en la proporcionalidad de la pena, si en nuestra constitución se ha establecido en el artículo 1° primero la persona, luego la sociedad, luego el estado y agreguemos la humanidad, entonces el tope deben establecerlo los delitos contra la vida, contra la persona y eso nunca ha sido así. El problema de la proporcionalidad es permanente, los bienes jurídicos personales deberían tener una pena superior a los bienes jurídicos colectivos o institucionales, el gran problema la violencia contra el policía que no genere lesiones graves, que genere lesiones leves, faltas o que solo sea coacción, su marco de pena abstracta es 8 a 12, no es proporcional y por tanto no es constitucional que el delito de violencia contra el policía que genere lesiones

graves tenga la misma pena que la violencia contra el policía que no genere lesiones, allí existe un problema de inconstitucionalidad que debe ser enfrentado, por lo que requiere en estos casos una pena inferior a 8 años

## **2.2. VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD**

### **2.2.1. Bien jurídico protegido en el delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad**

Tal como señalan algunos autores, entre ellos **Kierszenbaum, M.**, el bien jurídico puede ser definido como “*un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico*” (2009). A partir de ello, podemos decir que preexistentemente existen intereses que según el desarrollo o necesidad de cada sociedad son reconocidos o no.

Así pues bien, de esta forma tenemos que el delito de violencia y resistencia a la autoridad protege al bien jurídico Administración Pública, pero ello en un sentido funcional, es decir, lo que se protege es el libre ejercicio de la actividad funcional o de servicio, en ese sentido se busca salvaguardar el normal desarrollo de la actividad administrativa, para lo cual pretende que ésta no deba tener mayores restricciones que las impuestas por la Constitución, las leyes y los reglamentos, por lo que “*cualquier acto dirigido a impedir o resistir el legítimo accionar del funcionario o servidor mediante intimidación o violencia es un abierto ataque que reviste la suficiencia para poner en peligro el bien jurídico protegido*” (**Exp. N° 26075-2012-CSJL**).

Respecto a las agravantes para este tipo de delitos **Buampadre** señala que las mismas, se fundamentan por el mayor poder de intimidación



del medio empleado y el peligro cierto y real corrido por la víctima para el caso un funcionario o servidor público (**Citado por Donna E., 2000**).

Por otro lado, es importante dejar por sentado algunos puntos que a tenor de la presente trabajo de investigación deben ser tratados; así pues, tenemos el enunciado contenido en el artículo 1 de la Constitución el cual es el eje sobre el cual gira la interpretación de las normas de este cuerpo legal, así como de todas aquellas otras que integran el ordenamiento jurídico del país. La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad constituyen la razón de ser del Derecho, con más exactitud, cabe enunciar es el fin supremo de la sociedad y del Estado, de donde se deriva la obligación de la sociedad y del Estado de defenderla y respetarla. Este artículo lo que prescribe es el compromiso de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, así como de los diversos órganos del Estado, de proteger de una manera preventiva, integral y unitaria a la persona (**Gaceta Jurídica, 2005**).

En ese sentido, si del Código Penal nos remitimos a la Constitución aquel debería de proteger en un mayor nivel los bienes jurídicos individuales para luego proteger los bienes jurídicos colectivos o institucionales. Esta construcción refuerza el fundamento de la protección penal de los bienes jurídicos colectivos que, en menor medida que los individuales pero de manera trascendental, constituyen medios importantes para la autorrealización social del individuo. De esta forma, en el Código Penal observamos que existen agravantes en los delitos de lesiones cometidos en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, entonces si en estos delitos se tratan de bienes jurídicos individuales que protegen a las personas de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal

Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, es correlacional que si en el delito de violencia y resistencia se protege un bien jurídico institucional como lo es la administración pública el merecimiento de una pena privativa de libertad sea menor.

### **A. Análisis Jurídico de la Administración Pública como Bien Jurídico Protegido**

La Administración Pública en el derecho penal ha ido variando con el transcurrir de los años, así tenemos que hasta hace algún tiempo, tenía una concepción de forma alguna privilegiada, como si se tratara de un poder casi sagrado por sí mismo el cual era superior a todos los ciudadanos, debido a ello se procuró resguardar penalmente diversos aspectos de este poder, tales como la reputación, el honor, la intangibilidad, ciertas facultades que solo le pertenecen a esta, razón por la que la sistematización de los delitos contra la administración pública tenía ciertas particularidades que hoy en día nos parecen inexplicables (**Abanto M., s/f**).

Tal como señalara **Abanto M.** bajo la concepción mencionada líneas arriba:

*“se legitimaba la existencia de tipos penales, por el cual un acto de injuria dirigido contra un funcionario público, más que un simple atentado contra la persona de éste, era considerado un atentado contra el honor o el decoro de la función pública” (s/f).*

En la actualidad, esa concepción cambia pues la Administración Pública no debiera merecer una protección por si misma sino esta protección debe ser en cuanto a la función que debe prestar a los administrados, ya que de otro modo, contravendría con un Estado de Derecho el cual en términos generales busca ser garantista (**Abanto M., s/f**).

La Administración Pública como bien jurídico tiene protección penal con un tratamiento a través de diversos tipos penales los cuales en concreto reprimen conductas que atenten contra alguno de los aspectos que posibilitan este correcto funcionamiento, de tal manera que, mientras existe un bien jurídico tutelado propio de todos los delitos contra la administración pública, el mismo ampara una serie de objetos de protección que son directamente atacados por las conductas ilícitas; esta precisión se basa en una distinción entre bien jurídico y objeto de protección que, con algunas diferencias terminológicas, puede considerarse dominante en la doctrina actual que parte de la teoría de bienes jurídicos (**Abanto M., s/f**).

No obstante se indica que este cambio de concepción sobre el concepto administración pública trae algunos problemas en la aplicación de tipos penales ya vigentes los cuales fueron introducidos bajo la concepción ya superada, en estos casos se tiene que producir una reinterpretación en el sentido garantista indicado. Así tenemos por ejemplo, los problemáticos tipos penales como el de violencia y resistencia a la autoridad, tienen que interpretarse en el sentido de que solamente serían punibles aquellas conductas que muestren algún grado de lesividad para un objeto de protección del bien jurídico en este caso un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones regido para este tipo de delitos, así mismo en estos delitos no bastará con un mero atentado contra el honor de la persona del funcionario público debido a que para tal caso ya existen los tipos de delitos contra el honor, sino que deberá ser de tal gravedad que afecten de algún modo el ejercicio ordenado y tranquilo de la función pública (**Abanto M., s/f**).

En la legislación penal para la protección del funcionamiento de la administración pública existen dos modelos básicos los cuales son: modelo restringido y modelo amplio.

## **1. Modelo Restringido**

La protección penal en el modelo restringido se confinara a aspectos determinados del funcionamiento de la administración pública, especialmente cuando son los propios funcionarios quienes afectan el mencionado funcionamiento. Por otra parte, las conductas cometidas por particulares, como no se trate de actos de intervención con el funcionario público, componen fundamentalmente atentados contra otros bienes jurídicos: la fe pública, el orden constitucional, entre otros.

## **2. Modelo Amplio**

Este modelo amplio concibe que los atentados contra el funcionamiento de la administración pública sean clasificados distinguiendo, de manera expresa o de manera implícita, entre delitos cometidos por particulares y delitos cometidos por funcionarios públicos; y cada uno de los dos grupos contiene una gran cantidad de figuras (*Abanto M., s/f*).

### **Sistema Peruano de Protección Penal de la Administración Pública**

El Código Penal peruano recoge un modelo amplio; incluso se puede decir que es uno extensísimo, sin embargo ello no pretende indicar que tenga mayor efectividad. El legislador peruano ha conglomerado una serie de figuras típicas en la parte especial lo que conlleva a una serie de problemas interpretativos, puesto que en su pretensión de querer comprender todos los supuestos posibles ha tomado fuentes e ideas distintas.

En el Código Penal, los tipos penales son divididos en dos grandes grupos: los delitos “cometidos por particulares” ello comprende los artículos 361° al 375° del Código Penal y los delitos “cometidos por funcionarios públicos” ello comprende los artículos 376° al 401° del Código Penal, no obstante ello ya aquí aparece una primera imprecisión pues ambos grupos

no pueden separarse limpiamente en función de si es o no funcionario público el ejecutor del delito puesto que en un delito “cometido por particulares” también puede ser autor un “funcionario público”, del mismo modo, también puede ser autor de un “delito cometido por funcionarios públicos” un particular (**Abanto M., s/f**).

Entonces, atendiendo a los extremos percibidos señalamos que dentro de cada grupo se prevén figuras que, mayormente, son cometidas por particulares o, mayormente, son cometidas por funcionarios públicos. Valga la redundancia, en el primero, se tienen los casos cometidos por particulares y en el segundo, se tienen los casos de cometidos por los funcionarios.

Ahora bien, a manera de reflexión hacemos referencia a lo mencionado por **Abanto M.**:

*“Es cierto que en el “control” o la “lucha” contra los delitos contra la administración pública, no son suficientes las herramientas penales; es más, la tarea de control más importante ni siquiera es penal” (s/f).*

### **2.2.2. Sujeto activo en los delitos de Violencia y Resistencia a la autoridad**

Existe consenso en cuanto al hecho de considerar que los delitos de violencia y resistencia a la autoridad son delitos comunes ya que no debe existir ninguna cualidad especial para el agente que comete el ilícito, en consecuencia, en este tipo de delitos el sujeto activo puede ser cualquier persona incluso un funcionario o servidor público.

Siguiendo el modelo tradicionalista peruano, se considera que este tipo de delitos estaría dentro del grupo de delitos “cometidos por



particulares”, sin embargo podemos apreciar que aun siendo así, como ya se había hecho mención anteriormente ello no niega la posibilidad de que sean cometidos por funcionarios o servidores públicos.

### **2.2.3. Sujeto pasivo en los delitos de Violencia y Resistencia a la autoridad**

En lo que respecta a sujeto pasivo titular del bien jurídico vulnerado para los delitos de violencia y resistencia a la autoridad es el Estado y los sujetos sobre los que recae la acción, esto es, la afección del bien jurídico se lleva a cabo en la persona de sus representantes, lo que significa que son los funcionarios públicos o las personas que les prestan asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquellos, es decir, servidores públicos, pero no se trata de proteger a los funcionarios y servidores públicos como personas individuales sino que el objeto de tutela es la función que aquellos desempeñan.

Lo señalado se justifica en la lógica que el hecho de que exista una especial protección a esos profesionales, no es dada como privilegio individual, sino que le es otorgada a aquellos como una protección encaminada a garantizar el normal, ordenado y legal desempeño que constitucionalmente les fue encomendado.

#### **A. Tratamiento Del Funcionario Público en el Código Penal**

El funcionario público es considerado como aquella persona que proporciona sus servicios al Estado, previo nombramiento o elección popular; a los funcionarios públicos la ley les confiere un poder de decisión con el propósito de definir los fines del beneficio social (**Laura L., s/f**).

Respecto al concepto penal de funcionario público nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 425° del **Código Penal** que son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley

- **Elementos del concepto de Funcionario Público**

Al respecto **Rodríguez J.**, plantea el siguiente esquema dual:

**Incorporación heterónoma a la función pública:** el sujeto deber ser incorporado a la función pública a través de un acto de selección a través de concurso público, designación cuando una autoridad competente destina al sujeto para la función pública, lo cual no necesariamente se producirá a través de la vía formal o elección a través de sufragio. “*Dichos actos*

*comparten el hecho de que la incorporación a la función pública está sujeta a un poder externo o ajeno”*

**Posibilidad efectiva de ejercicio de la función:** el sujeto deberá tener la posibilidad concreta de ejercitar el poder otorgado al momento de su incorporación a la función pública. En otras palabras, *“el sujeto deberá poder vincular al Estado con sus actos” (s/f).*

## **B. Consideraciones acerca de Servidor Público**

En lo que respecta a servidor público cabe precisar, que en algunas legislaciones comparadas se diferencia entre los conceptos de funcionario público y empleado público y entre estos y el concepto de servidor público como por ejemplo en colombiana y en otras legislaciones los referidos conceptos resultan de significado idéntico como por ejemplo la legislación argentina. (**Donna E., 2002**)

Sumando señala **Bacacorzo G.** que *“servidor público tiene identidad de significado con la frase empleado público”.* (**1997**) Atendiendo a la finalidad abstracta de la función se tiene que, tanto el funcionario y el servidor público sirven al Estado para el cumplimiento de sus fines.

Sin embargo, según la opinión mayoritaria, existen diferencias y están en el hecho de que el servidor no representa al Estado, trabaja para él pero no expresa su voluntad; en definitiva un empleado no ejerce función pública y se halla en situación de subordinación en relación a los funcionarios (**Laura L., s/f**)

Más allá de las diferencias antes citadas en nuestro ordenamiento jurídico como ya habíamos mencionado los servidores públicos son aquellos a quienes se hace mención en el artículo 425° del Código Penal.

### **C. Condición del Sujeto Pasivo como forma agravada en los delitos de Violencia y Resistencia a la Autoridad**

En el caso del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones, se tipifica una condición especial de sujeto pasivo la cual es que el hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, esto es que se dispone una condición que a tenor del legislador importa una situación que agrava el hecho, pero debemos preguntarnos si será tal condición lo suficiente para que merezca un rango de pena tan elevado, puesto que si apreciamos el artículo en mención veremos que contiene tres rangos de pena que marchan de la manera siguiente: a) no menor de cuatro ni mayor de ocho años de pena privativa de libertad, b) no menor de ocho ni mayor de doce años de pena privativa de libertad y c) no menor de doce ni mayor de quince años de pena privativa de libertad, es por ello que es necesario analizar a dichos sujetos y las funciones que cada uno de ellos desempeña dado que el bien jurídico protegido es la administración pública en el ámbito funcional.

#### **1. Policía Nacional del Perú**

La Policía Nacional del Perú es una institución del Estado dependiente del Ministerio del Interior, con autonomía administrativa y operativa, con competencia y ejercicio funcional en todo el territorio peruano, en los asuntos previstos en el artículo 166° de la Constitución Política del Perú.

Los miembros de la Policía Nacional representan la autoridad, el cumplimiento de la ley, el orden y la seguridad en toda la República, la función policial se enmarca dentro del ejercicio del poder de policía del Estado, que cumple en su condición de fuerza pública, requiere conocimientos especializados, los cuales son adquiridos a través de la formación profesional.

**Funciones:** Son funciones de la Policía Nacional del Perú las siguientes:

- 1) Garantizar, mantener y restablecer el orden interno
- 2) Promover e implementar mecanismos en favor de la seguridad ciudadana; 3) Garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado
- 4) Mantener la paz, seguridad, tranquilidad y orden público
- 5) Prevenir, combatir, investigar y denunciar los delitos y faltas previstos en el Código Penal y leyes especiales, incluyendo los que se cometen en el transporte aéreo, marítimo, fluvial y lacustre
- 6) Obtener, custodiar, asegurar, trasladar y procesar indicios, evidencias y elementos probatorios relacionados con la prevención e investigación del delito, poniéndolos oportunamente a disposición de la autoridad competente
- 7) Aplicar las sanciones establecidas en el Código Administrativo de Contravenciones de Policía
- 8) Practicar y emitir los peritajes oficiales de criminalística a través del sistema criminalístico policial, para efectos del proceso penal y los derivados del cumplimiento de sus funciones
- 9) Realizar y expedir peritajes técnico-vehiculares
- 10) Administrar el sistema de inteligencia policial, en armonía con las normas que regulan el Sistema Nacional de Inteligencia

- 11) Planificar y conducir operativamente la investigación material del delito, en concordancia con las leyes de la materia
- 12) Investigar la desaparición y trata de personas
- 13) Brindar protección preferente al niño, niña, adolescente, adulto mayor, mujer y poblaciones vulnerables
- 14) Controlar el tránsito y garantizar la libre circulación vehicular y peatonal en la vía pública y en las carreteras a nivel nacional. Prevenir, investigar y denunciar los accidentes de tránsito
- 15) Vigilar y controlar las fronteras, así como colaborar con la Superintendencia Nacional de Migraciones para el cumplimiento de las disposiciones legales sobre el control migratorio
- 16) Brindar seguridad integral al Presidente Constitucional de la República en ejercicio, al electo y ex Presidentes; seguridad personal a los Presidentes de los Poderes Públicos, Congresistas de la República, Ministros de Estado, Jefes de Estado en visita oficial al país y otras personalidades que determine el reglamento de la presente norma
- 17) Participar en la política de eco eficiencia del Estado y en el cumplimiento de las disposiciones relativas a la protección y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente, la protección y seguridad de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación y de aquellos que se presuman como tales
- 18) Cumplir con los mandatos escritos del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Ministerio Público, Oficina Nacional de Procesos Electorales, en el ejercicio de sus funciones
- 19) Participar subsidiariamente, a solicitud del INPE, en la seguridad externa e interna de los establecimientos penitenciarios. Asimismo, participa en el traslado de los procesados y sentenciados de conformidad con la normatividad vigente

- 20) Velar por la seguridad de los bienes y servicios públicos, en coordinación con las entidades estatales correspondientes
- 21) Garantizar la seguridad y protección de los turistas y sus bienes, así como el patrimonio histórico-cultural y turístico del país
- 22) Participar en la Defensa Nacional, Defensa Civil y en el desarrollo económico y social del país
- 23) Identificar a las personas con fines policiales
- 24) Expedir certificados de antecedentes policiales, supervivencia, traslado, mudanzas, autorización de uso de lunas oscurcidas vehiculares y otros relacionados con el cumplimiento de sus funciones
- 25) Participar en el control y en el transporte de armas de fuego, munición, explosivos y productos pirotécnicos, así como colaborar con la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil - SUCAMEC, para el cumplimiento de sus funciones
- 26) Participar en Operaciones de Paz convocadas por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y otros organismos internacionales
- 27) Ejercer las demás funciones que le señalen la Constitución, las leyes y sus reglamentos.

## **2. Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público**

Magistrado proviene del latín magistratus que es un término utilizado para referirse a ciertos funcionarios públicos. Procede de los tiempos de la antigua Grecia y ha evolucionado en los países de habla hispana , su principal función es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Deben ser independientes e imparciales.



- **Poder Judicial**

El Poder Judicial en su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional, con sujeción a la Constitución y a la presente ley.

Los Magistrados del Poder Judicial, cualquiera sea su rango, especialidad o denominación ejercen la dirección de los procesos de su competencia, con este objeto tienen autoridad sobre todos los intervinientes en los procesos judiciales de su competencia, quienes les deben el respeto y las consideraciones inherentes a su función, los magistrados pueden llamar la atención, o sancionar con apercibimientos, multas, pedidos de suspensión o destitución, o solicitar su sanción, de todas las personas que se conduzcan de modo inapropiado, actúen de mala fe, planteen solicitudes dilatorias o maliciosas y en general, cuando falten a los deberes señalados en el artículo anterior, así como cuando incumplan sus mandatos.

- **Ministerio Público**

El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadano y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación.

Los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma

que estimen más arreglada a los fines de su institución, siendo un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores.

Los fiscales vigilan e intervienen en la investigación del delito desde la etapa policial y con ese objeto las Fuerzas Policiales realizan la investigación, en la cual los fiscales intervienen orientándola en cuanto a las pruebas que sean menester actuar y la supervigilan para que se cumplan las disposiciones legales pertinentes para el ejercicio oportuno de la acción penal, por cuanto ellos son los titulares de esta.

### **3. Miembro del Tribunal Constitucional**

El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, es autónomo e independiente, porque en el ejercicio de sus atribuciones no depende de ningún órgano constitucional. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica.

Al Tribunal Constitucional se le ha confiado la defensa del principio de supremacía constitucional, es decir, como supremo intérprete de la Constitución, cuida que las leyes, los órganos del Estado y los particulares no vulneren lo dispuesto por ella, y así mismo, interviene para restablecer el respeto de la Constitución en general y de los derechos constitucionales en particular.

El Tribunal se compone de siete miembros elegidos por el Congreso de la República por un período de cinco años no hay reelección inmediata. La función del Magistrado del Tribunal es a dedicación exclusiva, es por tal razón que le está prohibido desempeñar cualquier otro cargo público o privado y ejercer cualquier profesión u oficio, a excepción de la docencia universitaria, siempre que no afecte el normal funcionamiento del Tribunal.

Los Magistrados del Tribunal no están sujetos a mandato imperativo, ni reciben instrucciones de ninguna autoridad, gozan de inviolabilidad, no responden por los votos u opiniones emitidas en el ejercicio de su cargo, también gozan de inmunidad y no pueden ser detenidos ni procesados sin autorización del pleno del Tribunal.

#### **4. Autoridad elegida por mandato popular**

Los cargos de elección popular se cubren por quienes son votados como titulares mediante la participación de la población, en forma de elección universal, directa y secreta.

En nuestro país las autoridades elegidas por mandato popular son las siguientes:

- Presidente de la República
- Vicepresidentes
- Representantes al Parlamento Andino
- Congresistas de la República
- Presidentes regionales
- Vicepresidentes regionales
- Consejeros regionales
- Alcaldes provinciales
- Regidores provinciales
- Alcaldes distritales
- Regidores distritales

#### **5. Motivación de la condición especial de sujeto pasivo**

Como podemos apreciar todos los sujetos considerados en la agravante del tipificada en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367°

del Código Penal, son funcionarios públicos que realizan funciones que son de algún modo de carácter trascendental dado que son cargos de especial importancia, que necesitan de mayor protección por lo que no pueden estar comprendidos en el tipo base para este delito. Las funciones que estos funcionarios públicos realizan los hacen estar más expuestos a ser blanco de este tipo de delitos, razón por la cual es necesario que se sancione con una pena agravada a la del tipo base para los delitos de violencia y resistencia.

En ese sentido puede decirse que aquellos funcionarios tienen un privilegio que se reconoce en la influencia puesto que se concibe como prestigio meritorio de aquel por su calidad o competencia, suelen estar asociados al Estado como depositarios de los poderes públicos. Estos funcionarios estatales tienen la facultad de mandar y dar órdenes, que deben ser acatadas siempre que actúen con respecto a las leyes y normas vigentes por lo que se hace mención a que son órganos por medio de los cuales la administración toma el control de las cosas, cada posición concreta tiene unos derechos y obligaciones inherentes que los titulares adquieren del rango o título. La autoridad de aquellos por lo tanto se relaciona directamente con su posición dentro de la Administración pública en razón a las funciones que desempeña y no tiene nada que ver con la persona en forma individual.

#### **2.2.4. Acción Típica en los delitos de Violencia Y Resistencia a la autoridad**

La acción típica reside en impedir o trabar mediante violencia o intimidación la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de las funciones públicas.

La palabra impedir proviene del latín *impedire* y la **Real Academia Española** la define como la “*estorbar o imposibilitar la ejecución de algo*”

(2014). En el tipo penal que analizamos el sujeto activo pretende evitar el ejercicio legítimo de la función pública, para esto se vale de medios violentos.

Trabar según la **Real Academia Española** es “*Entorpecer algo o impedir su normal actividad o desarrollo*” (2014). En este caso el sujeto activo busca obstaculizar el ejercicio legítimo de la actividad funcional, cuando este ya está siendo ejecutado, así como el evitar que este acto empiece a ejecutarse. Si el sujeto activo se contrapone activamente durante el desarrollo del acto funcional perjudica el libre ejercicio de la función pública.

Para que se cometa el delito es preciso que concurren dos elementos:

1. Que la resistencia importe siempre una oposición activa al desarrollo del acto funcional por parte del agente. Por ello el tipo exige que la acción se lleve a cabo mediante un impedir o trabar.
2. Que la acción típica es posible durante todo el desarrollo del acto funcional, no es posible realizar el tipo cuando la ejecución o el ejercicio de la función pública ya ha cesado, puede que no existirán en este caso, un impedir o trabar (**Frisancho M. y otro, 1999**).

Para un mayor entendimiento de la acción típica para este tipo de delitos es necesario tratar en qué consisten los términos violación e intimidación, es por ello que a continuación abordaremos los temas de la forma siguiente:

### **A. Violencia**

La palabra violencia proviene del latín *violentia* y la **Real Academia Española** define violencia como la “*acción y efecto de violentar o violentarse*” (2014), definición que a su vez implica el uso de la fuerza, física o moral.

**Rivera E.** entiende por violencia simplemente el ejercicio de la fuerza con el potencial de causar daño, pero esa fuerza de todo tipo ya sea física o verbal, es necesario aclarar en este punto que no todo uso de fuerza constituye violencia, sin embargo para que se pueda ejercer violencia se requiere necesariamente de algún tipo de fuerza (**2003**). Por otro lado, existen quienes establecen una distinción entre fuerza y violencia, de manera que llaman violencia sólo al empleo ilegítimo de la fuerza, de modo que todo uso legítimo de la fuerza no sería violencia.

La **Organización Mundial de la Salud** define la violencia como:

*“El uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”*(**2014**).

Pues bien señalamos que la violencia asume varias formas, de modo tal que puede hablarse de violencia física la cual requiere el uso de fuerza física o violencia psicológica la que suele depender de las palabras, los gestos u otros actos dirigidos a transmitir un sentido, casi siempre una amenaza, una advertencia o un anuncio del daño posible (**Rivera E., 2003**). Por consiguiente, en ese orden de ideas diríamos que de la redacción del tipo penal de violencia y resistencia a la autoridad, el empleo de violencia se refiere a la forma de violencia física, ya que al referirse el mismo, al empleo de intimidación alude a la forma de violencia psicológica.

Asimismo los fines de la violencia pueden ser diversos, en el caso de los delitos de violencia y resistencia a la autoridad el fin que se persigue con el uso de la violencia es el destinado a configurar la acción típica de impedir

o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de las funciones de un funcionario público o de la persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquél funcionario público, la violencia debe ser idónea para coactar la libertad del funcionario público.

De igual modo los medios con que se ejerce la violencia también son muy variados, casi cualquier objeto incluido el cuerpo humano puede servir de instrumento de violencia, en cualquiera de sus formas y cualquiera que sea sus fin. El lenguaje también puede utilizarse como medio para ejercer la violencia sin embargo para tipo penal de violencia y resistencia a la autoridad este medio no es el q configuraría el empleo de violencia sino la de intimidación.

## **B. Intimidación**

La *Real Academia Española* define intimidación como la “acción y efecto de intimidar” e intimidar lo define como “causar o infundir miedo” (2014). Por lo tanto intimidación es el acto que pretende fundar miedo en otra persona para que ésta haga lo que uno desea.

La intimidación podría decirse que es un mal inmediato que atemoriza ante la contingencia de un daño, la relevancia para su configuración en el tipo penal de violencia y resistencia a la autoridad vendrá a ser determinada por su suficiencia o idoneidad instrumental como medio para impedir o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de las funciones de un funcionario público o de la persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquél funcionario público, ello a través de la gravedad o importancia de la amenaza, del mayor o menor grado de intensidad en cuanto al temor causado.



Por otra parte la intimidación puede causarse no solo por amenazas verbales sino también puede hacerse a través de actuaciones violentas bastante expresivos de agresividad y capaz de provocar temor a una agresión, por lo que se menciona que es el sucedáneo psicológico de la violencia física, en consecuencia quedan fuera del tipo, por tanto, las amenazas de males genéricos o de males que no dependen de la voluntad del sujeto activo.

### **2.2.5. Tipo subjetivo en los delitos de Violencia Y Resistencia a la autoridad**

El tipo subjetivo en los delitos de Violencia Y Resistencia a la autoridad es el dolo; que en efecto exige dos componentes:

a) El dolo abarca la voluntad guiada por el conocimiento de que se emplea intimidación o violencia contra la autoridad.

b) El elemento subjetivo de tendencia interna trascendente es la representación subjetiva de que el empleo de la intimidación o violencia es para impedir o trabar la ejecución de un acto funcional. En efecto, este componente subjetivo es la representación que tiene el sujeto que trasciende a la mera realización del tipo objetivo –empleo de intimidación o violencia contra la autoridad- representación mental de impedir o de trabar el acto funcional.

### **2.2.6. Principio de Autoridad**

El principio de autoridad es uno de los componentes primordiales que sustenta el estado de derecho y el sistema democrático, con pleno ejercicio de las libertades, pero también con estricto respeto al derecho de los

ciudadanos a vivir en paz y con garantías para su integridad física y la propiedad.

Desde esa perspectiva imaginemos una casa donde todos hacen lo que quieren, un lugar donde nadie tiene obligaciones, nadie tiene derechos y nadie respeta a nadie; ese sería el escenario de caos de una sociedad sin principio de autoridad.

Como seres humanos sociables necesitamos un conjunto de reglas que nos permitan convivir de manera pacífica y ordenada, para ello necesitamos confiar en un sistema que defina ese marco jurídico, moral, ético, y en esa confianza que otorgamos a las personas o instituciones, les otorgamos también autoridad.

Un tema importante a tratar en ese punto es el de autoridad que es ideado como el poder que gobernantes y gobernados consideran legítimo tanto en su origen o investidura de quien lo asume así como en el ejercicio o actividad que el ya investido despliega dentro de una sociedad.

*“La legitimidad representa el reconocimiento libre y consciente de las capacidades de aquellos, reconocimiento que debe provenir de las dos partes de la relación, porque la autoridad es el poder desempeñado al servicio de la comunidad, es la dominación como actividad enderezada a la consecución del bien común” (Cea J., s/f).*

Ahora bien, no obstante la autoridad es el poder legitimado, también es el poder institucionalizado con respecto al individuo que lo ejerce puesto que se trata de un poder visible y no secreto, acotado y no ilimitado, instrumental y no auto justificado, relacional y no posesivo; el poder entendido de esa forma es la autoridad en sí, la concepción misma

fundamental de poder en cuanto potestad jurídica. Más a fondo, es una condición, una cualidad de quien representa legítimamente en el doble sentido anteriormente aludido, siendo así la consecuencia de un juicio de valor positivo acerca del poder y que lo acrecienta cuando es desempeñado rectamente (**Cea J., s/f**). Es por tal motivo que este principio es de gran importancia para que un Estado marche de manera adecuada manteniendo orden y respeto lo que ayudara al desarrollo de una mejor sociedad.

Llegado a este punto algunos mencionan que los conceptos de funcionario y autoridad a efectos penales, según coinciden doctrina y jurisprudencia, se mueven en una correspondencia de género a especie. La autoridad sería un tipo de funcionario, aquel que tiene potestad o ejerce jurisdicción propia; así pues, la confluencia de estos dos atributos o rasgos es lo que nos permite diferenciar a la autoridad del resto de funcionarios (**Antonio J., 2011**).

El primero atributo, la potestad, surge relacionado a la idea de coerción, entendida en sentido jurídico y no físico, de tal forma que equivaldría a la potestad de reclamar obediencia; potestad que en otro orden de ideas, no se circunscribe únicamente al marco de las relaciones jerárquicas de la administración, sino que se extendería también a la relación entablada entre ésta y el resto de los ciudadanos (**Antonio J., 2011**).

El segundo atributo respecto al ejercicio de jurisdicción, debe entenderse en un sentido amplio. Jurisdicción a estos efectos no equivale a la función de juzgar desarrollada por jueces y tribunales, sino que sería la potestad de resolver asuntos de cualquier índole que sean sometidos a la consideración del funcionario. El legislador manifiestamente requiere el carácter propio de dicha potestad, así de esta manera no desplegarán la

posición de autoridad aquellos que ejerciten jurisdicción de manera delegada (**Antonio J., 2011**).

De lo anterior efectivamente estos términos se corresponden en género y especie, es por tal motivo que la legislación considera como una agravante a algunos sujetos con cierta condición, y lo que hace es considerar que aquellos a diferencia de los demás funcionarios están investidos de autoridad.

### **2.2.7. Teorías acerca de la naturaleza del delito de Violencia y Resistencia a la autoridad**

#### **A. Teoría de Protección Funcional**

Esta teoría admite al principio de autoridad, pero aquel entendido funcionalmente, esto es, en su situación de protección jurídica de la comunidad; de esta forma para esta teoría existe una renuncia a proteger una determinada concepción del principio de autoridad, aquella concepción de supremacía.

En consecuencia se concibe al principio de autoridad de acuerdo con lo que demanda la idea de un Estado Democrático, por esta razón en estos tipos penales de violencia y resistencia lo que se protege no es la autoridad como persona individual en sí, sino la relación al ejercicio de las funciones públicas.

*Por otra parte apreciamos que “dentro de esta teoría es un requisito imprescindible, el buen funcionamiento de los poderes públicos que en cuanto poderes legítimos, precisan y merecen el respeto de los ciudadanos” (Rodríguez E., 2011).*

En ese orden de ideas se persigue una protección de las funciones, o más preciso de la dignidad funcional, en cuanto constituye una exigencia de la garantía de buen funcionamiento y ejercicio de facultades de las autoridades, es decir para esta teoría solo importa las funciones que realice aquella autoridad, pero no la persona de autoridad (**Octavio De Toledo E., 1980, Cuerda M., 2003, Cobo del Rosal M., 2005, Jiménez Díaz M., 1992, Muñoz Conde F., 2007, citados por Rodríguez E., 2011**).

## **B. Teoría Autoritarista**

La teoría autoritarista reconoce la protección de los órganos, es decir, de las autoridades, sumando a este que el contenido que se le otorga es proporcionado desde una concepción autoritaria del Estado, en el que existe una situación privilegiada, la cual es la idea de subordinación forjada como la posición relevante de autoridades y funcionarios

*En esa misma línea, “esta teoría asiente propugnar que los bienes tutelados son de dimensión particular ya sea honor, libertad o seguridad los cuales son cualificados por la condición autoritaria del sujeto pasivo” (Rodríguez E., 2011).*

Del mismo modo defiende la pluriofensividad, entendida por tanto que se protegen intereses individuales como estatales; así es que esta teoría haciendo interpretación restrictiva, postula que autoridad es aquel que preserva la paz pública por lo que no califica automáticamente sobre una persona revestida formalmente de carácter de autoridad, solo lo hace cuando se lesiona o pone en peligro bienes jurídicos de terceros, de ello se desprende que no todos tendrían la calidad de autoridad a pesar de tener aquella formalidad (**Octavio De Toledo E., 1980, Cuerda M., 2003, Cobo del Rosal M., 2005, Jiménez Díaz M., 1992, Muñoz Conde F., 2007, citados por Rodríguez E., 2011**).

Se indica además, que la teoría adopta una auténtica defensa de la autoridad o funcionario, puesto que aquellos necesitan amparo más severo y eficaz a causa de sus deberes

Son rasgos propios concebidos por esta teoría los siguientes:

- El principio de autoridad en sentido de protección de los órganos
- Los fueros privilegiados
- La idea de sometimiento o el poder de imperio

### **C. Teoría Mixta**

Una tercera teoría es la llamada teoría mixta, esta propone una combinación de las nociones legitimantes de la teoría de protección funcional y de la teoría autoritarista en una teoría unificadora. Por lo tanto, se trata de teorías que proponen una autoridad que requiere no solo de la legitimación formal sino que además de la material como mecanismo de autoprotección del principio de autoridad cuyo propósito desde una perspectiva funcional es preservar el ejercicio legítimo de sus funciones.

Ahora bien, la concepción de esta teoría se funda en la *“necesidad del refuerzo de la autoridad, de protección de los funcionarios con vistas al acatamiento y cumplimiento de los actos que son propios de legítimo ejercicio de las funciones de aquellos.”* (**Soto F., 2003**) Así también, el principio de autoridad es el medio con el cual el sujeto pasivo autoridad o funcionario protegen el bien jurídico.

A parte de lo mencionado, la función pública ha de merecer respeto, por tanto el principio de autoridad ha de prevalecer y hacerse sentir con el objetivo de mostrar una convivencia en armonía en el seno de una sociedad constituida. (**Soto F., 2003**)

Existen dos factores postulados dentro de esta teoría:

- El respeto de los órganos a través de los cuales se concreta la voluntad de la ley en un Estado de Derecho.
- El normal desenvolvimiento de las funciones públicas.

Llegado a este punto es importante indicar que bajo el fundamento de esta teoría no hay disciplina social y política posible si los órganos a través de los que el Estado cumple sus fines no son respetados (**Octavio De Toledo E., 1980, Cuerda M., 2003, Cobo del Rosal M., 2005, Jiménez Díaz M., 1992, Muñoz Conde F., 2007, citados por Rodríguez E., 2011**).

#### **2.2.8. Necesidad del requisito de ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones**

El requisito de que el funcionario público o la persona que le presta asistencia ejecute actos propios y legítimos de sus funciones es imprescindible para que se configure la comisión del delito, pues son las instituciones del Estado a las que se representa bajo el ejercicio de ese cargo o de esas funciones, pues de otro modo estaríamos ante la lesión de un bien jurídico particular, mas no de la administración pública que es protegida por este tipo de delitos (**Rodríguez E., 2011**).

En esa misma línea, para que se configure la comisión del delito no basta con que la acción recaiga sobre el funcionario o la persona que les presta asistencia, sino que es necesario que la misma tenga lugar cuando se hallaren ejecutando actos propios del ejercicio de sus funciones, en el sentido de realizar estos actos que estén dentro de sus atribuciones. Por lo que en ese orden de ideas el tipo introduce un requisito objetivo para la



apreciación de este delito, al margen del resto de elementos, así como también el hecho de no extralimitarse

Sin embargo no deja de existir la lesión al bien jurídico administración pública, aunque el hecho que lo produce no se hubiera dado ejecutando, o mejor dicho en el término en el que ejerza sus funciones, si resulta que tuvo lugar con ocasión de ellas por cuanto debido a que la acción típica para este tipo de delitos es la de impedir o trabar, el funcionario público o la persona que le presta asistencia no llegó a empezar a ejecutar tal acto.

**Cobo del Rosal M.** refiere que la extralimitación en el ejercicio de la función por parte de los funcionarios públicos o las personas que les prestan asistencia tiene la posibilidad de evaporar cualquier valor susceptible de protección penal (**Citado por Rodríguez E., 2011**). No cabe suponer la existencia de este delito cuando el hecho si bien tiene lugar contra funcionarios públicos o las personas que les prestan asistencia, no es por razón de estar en ejercicio de sus funciones, ni con ocasión de ellas, requisito indispensable en aquel delito.

Ahora bien, *“los actos propios de legítimo ejercicio de sus funciones, lo son únicamente aquellos impuestos por la Constitución, las leyes y los reglamentos, debido a que los actos de la función pública deben ejercerse conforme a derecho”* (**Rodríguez E., 2011**). Así de esta manera, sanciona a través del tipo los hechos que impidan o traben el normal funcionamiento de la administración pública.

Lo que busca proteger como se había dejado establecido anteriormente es el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos y consiguientemente el cumplimiento libre y adecuado de las funciones publicas

Cuando el funcionario o persona que le presta asistencia se halla en el ejercicio de sus facultades apreciamos que la identificación entre su persona y el órgano al que representa es total, salvaguardándose a través de la persona al órgano que encarna (**Muñoz Conde F., 2007, citado por Rodríguez E., 2011**).

Por otro lado el carácter de función pública viene atribuido por la concurrencia , en la actividad concreta, de un triple elemento: subjetivo como actividad llevada a cabo por un ente público, objetivo como actividad realizada mediante actos sometidos a derecho público y teleológico como aquella en la que se persiguen fines públicos (**Rodríguez E., 2011**).

## **2.2.9. Legislación comparada respecto de los delitos de Violencia y Resistencia a la autoridad y los sistemas de pena**

### **A. Chile**

En la legislación chilena a diferencia de la peruana lo que protege este tipo de acciones son los bienes jurídicos de orden y seguridad públicos, además de ello separa en dos títulos diferentes cuando aquellos delitos son cometidos por funcionarios y cometidos por particulares. Ahora bien, antes de explicar cómo están tipificados este tipo de delitos es necesario explicar el sistema de penas chileno, por lo que a continuación detallamos lo siguiente:

- Según la normatividad chilena en cuanto a la aplicación de las penas contempla que los delitos se castigan con la pena que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, así también, si se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término su juzgamiento deberá arreglarse a

ella y si la ley se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte.

- Por otro lado no se reputan penas, la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas.
- En lo que respecta a la clasificación de las penas, sus diferentes clases, son las que comprende el cuadro siguiente:

**CUADRO N°1: ESCALA GENERAL DE PENAS**

<b>ESCALA GENERAL</b>	
<b>Penas de crímenes</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Presidio perpetuo calificado.</li> <li>• Presidio perpetuo.</li> <li>• Reclusión perpetua.</li> <li>• Presidio mayor.</li> <li>• Reclusión mayor.</li> <li>• Relegación perpetua.</li> <li>• Confinamiento mayor.</li> <li>• Extrañamiento mayor.</li> <li>• Relegación mayor.</li> <li>• Inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares.</li> <li>• Inhabilitación absoluta perpetua para cargos, empleos, oficios o</li> </ul>

	<p>profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Inhabilitación especial perpetua para algún cargo u oficio público o profesión titular.</li> <li>• Inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.</li> <li>• Inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos y profesiones titulares.</li> <li>• Inhabilitación especial temporal para algún cargo u oficio público o profesión titular.</li> </ul>
<b>Penas de simples delitos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Presidio menor.</li> <li>• Reclusión menor.</li> <li>• Confinamiento menor.</li> <li>• Extrañamiento menor.</li> <li>• Delegación menor.</li> <li>• Destierro.</li> <li>• Inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.</li> <li>• Inhabilitación especial temporal para emitir licencias médicas.</li> <li>• Suspensión de cargo u oficio público o profesión titular.</li> <li>• Inhabilidad perpetua para conducir vehículos a tracción mecánica o animal.</li> <li>• Suspensión para conducir vehículos a tracción mecánica o animal.</li> </ul>
<b>Penas de las faltas</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Prisión.</li> <li>• Inhabilidad perpetua para conducir vehículos a tracción mecánica o animal.</li> <li>• Suspensión para conducir vehículos a tracción mecánica o animal.</li> </ul>
<b>Penas comunes a</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Multa.</li> </ul>

<b>las tres clases anteriores</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pérdida o comiso de los instrumentos o efectos del delito.</li> </ul>
<b>Penas accesorias de los crímenes y simples delitos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal, en conformidad al Reglamento carcelario.</li> </ul>

*Fuente: Elaboración propia*

- En lo que respecta al tiempo de las penas y tiempo de las penas divisibles cuentan con la segmentación siguiente:

### **CUADRO N°2: DURACIÓN DE PENAS**

<b>PENAS</b>	<b>Tiempo que comprende toda la pena</b>	<b>Tiempo de su grado mínimo</b>	<b>Tiempo de su grado medio</b>	<b>Tiempo de su grado máximo</b>
<b>Presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación mayores</b>	De 5 años y 1 día a 20 años	De 5 años y 1 día a 10 años	De 10 años y 1 día a 15 años	De 15 años y 1 día a 20 años
<b>Inhabilitación absoluta y especial temporales</b>	De 3 años y 1 día a 10 años	De 3 años y 1 día a 5 años	De 5 años y 1 día a 7 años	De 7 años y un día a 10 años
<b>Presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores y destierro</b>	61 días a cinco años	61 días a 540 días	De 541 días a 3 años	De 3 años y 1 día a 5 años

<b>Suspensión de cargo u oficio público o profesión titular</b>	De 61 días a 3 años	De 61 días a 1 año	De 1 año y un día a 2 años	De 2 años y un día a 3 años
<b>Prisión</b>	De uno a 60 días	De 1 a 20 días	De 21 a 40 días	De 41 a 60 días

**Fuente: Elaboración propia**

Entonces, habiendo tratado el sistema de penas ocuparemos el tema de los delitos que son parte del trabajo de investigación. En ese sentido, tenemos que en Título V sobre los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos se encuentran los delitos de Resistencia y desobediencia:

- El empleado público que se negare abiertamente a obedecer las órdenes de sus superiores en asuntos del servicio será penado con inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio.
- En la misma pena incurrirá cuando habiendo suspendido con cualquier motivo la ejecución de órdenes de sus superiores, las desobedeciere después que éstos hubieren desaprobado la suspensión.

Así también en Título VI sobre los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares se encuentran los atentados contra la autoridad:

- Cometen atentado los que acometen o resisten con violencia, emplean fuerza o intimidación contra la autoridad pública o sus agentes, cuando aquélla o éstos ejercieren funciones de su cargo, serán castigados con pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

- Contempla también las situaciones agravantes con pena de reclusión menor en su grado medio o multa de once a quince unidades tributarias mensuales .y son las siguientes: 1. Si la agresión se verifica a mano armada. 2. Si los delincuentes pusieren manos en la autoridad o en las personas que acudieren a su auxilio. 3. Si por consecuencia de la coacción la autoridad hubiere accedido a las exigencias de los delincuentes.
- El que amenace a algún diputado o senador, a un miembro de un tribunal de justicia o a los ministros de Estado en el ejercicio de sus cargos, será castigado con reclusión menor en cualquiera de sus grados.
- El que perturbe gravemente el orden de las sesiones de los cuerpos colegisladores o de las audiencias de los tribunales de justicia, u ocasionare tumulto o exaltare al desorden en el despacho de una autoridad o corporación pública hasta el punto de impedir sus actos, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, o sólo esta última.
- El que con violencia o fraude impidiere ejercer sus funciones a un miembro del Congreso, de los tribunales superiores de justicia o del Consejo de Estado, sufrirá las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.
- Atentados y amenazas contra fiscales del Ministerio Público y defensores penales públicos



El que mate a un fiscal o a un defensor penal público en razón del ejercicio de sus funciones, será castigado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

El que hiera, golpee o maltrate de obra a un fiscal o a un defensor penal público en razón del ejercicio de sus funciones, será castigado:

1. Con pena de presidio mayor en su grado medio, si de resultas de las lesiones el ofendido queda demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme.
2. Con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, si las lesiones producen enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días.
3. Con presidio menor en grado medio a máximo, si le causa lesiones menos graves.
4. Con reclusión menor en su grado mínimo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, o sólo esta última, si le ocasiona lesiones leves o no se produce daño alguno.

Como hemos podido apreciar el tratamiento que le da la legislación chilena a este tipo de delitos tiene ciertas similitudes con la nuestra, así por ejemplo están las circunstancias agravantes existentes, algunas condiciones de sujeto pasivo están protegidas como la amenaza a un diputado o senador, o a un miembro de un tribunal de justicia, tiene una pena mayor, incluso además de la condición especial de sujeto pasivo, cuando se trata de fiscales del Ministerio Público y defensores penales públicos gradúan la pena de acuerdo al tipo de daño causado, determinación legal que podría tomarse en nuestra legislación a efecto de que las penas se correspondan a la gravedad y se respeta el principio de proporcionalidad.

## B. Argentina

La legislación argentina al igual que la peruana contempla a este tipo de delitos dentro de los que atentan contra la administración pública; antes hablaremos del sistema de penas argentino para posteriormente abordar el tema de delitos. Así pues, el Código Penal argentino trata el Título II De Las Penas y lo hace de la manera siguiente:

- Las penas que establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación, siendo más gravosa la reclusión. Respecto del cumplimiento de aquellas, la pena de reclusión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto, los reclusos podrán ser empleados en obras públicas de cualquier clase con tal que no fueren contratadas por particulares, del mismo modo la pena de prisión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio, en establecimientos distintos de los destinados a los reclusos.
- A criterio del juez competente podrán cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria por causas que hacen difícil su permanencia en el establecimiento, aquellas causas están expresamente establecidas en el Código Penal argentino.
- Como ya se había mencionado el condenado está obligado a trabajar y el producto de este se aplicará simultáneamente:
  1. A indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito que no satisficiera con otros recursos;
  2. A la prestación de alimentos según el Código Civil;
  3. A costear los gastos que causare en el establecimiento;
  4. A formar un fondo propio, que se le entregará a su salida.

Llegado a este punto, la legislación argentina regula en el Título XI los delitos contra la Administración Pública, en su capítulo I Atentado y resistencia contra la autoridad contempla lo siguiente:

- El que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones, será reprimido con prisión de un mes a un año.
  
- Aparte de eso, también contempla situaciones agravantes. La prisión será de seis meses a dos años:
  1. Si el hecho se cometiere a mano armada;
  2. Si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas;
  3. Si el culpable fuere funcionario público, el reo sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena;
  4. Si el delincuente pusiere manos en la autoridad.Será penado con prisión de uno a tres años, el militar que pusiere manos en el superior, sin lesionarlo o causándole lesiones leves.

Si apreciamos la tipificación argentina de esta clase de delitos, tiene similitudes con la nuestra; sin embargo, no existe ninguna circunstancia agravante por la condición del sujeto pasivo, este tipo de delitos protege por igual a todos los funcionarios públicos y a todas las personas que les prestan apoyo ante un requerimiento de aquellos.

## C. España

Primeramente desarrollaremos el sistema de penas que existe en la legislación española, es así que las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código Penal, bien con carácter principal bien como accesorias, son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa.

**CUADRO N°3: CLASIFICACIÓN Y DURACIÓN DE PENAS**

CLASES DE PENA		Duración
<b>Penas privativas de libertad</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• prisión permanente revisable</li> <li>• prisión</li> <li>• localización permanente</li> <li>• responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa</li> </ul>	<p>De 3 meses a 20 años,</p> <p>Hasta 6 meses</p>
<b>Penas privativas de derechos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La inhabilitación absoluta</li> <li>• Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, tenencia de animales, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho</li> <li>• La suspensión de empleo o cargo público</li> <li>• La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores</li> <li>• La privación del derecho a la tenencia y porte de armas</li> <li>• La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos</li> <li>• La prohibición de aproximarse a la</li> </ul>	<p>De 6 a 20 años</p> <p>De 3 meses a 20 años</p> <p>De 3 meses a 6 años</p> <p>De 3 meses a 10 años</p> <p>De 3 meses a 10 años</p> <p>Hasta 10 años</p> <p>De 1 mes a 10 años</p>

	<p>víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o el tribunal</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal</li> <li>• Los trabajos en beneficio de la comunidad</li> <li>• La privación de la patria potestad.</li> </ul>	De 1 día a 1 año
<b>Pena de multa</b>	Consistirá en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria.	<p>De 10 días a 2 años</p> <p>Cuota diaria: mínimo de 2 y un máximo de 400 euros</p> <hr/> <p>Personas Jurídicas</p> <p>Hasta 5 años</p> <p>Cuota diaria: mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros</p>

**Fuente: Elaboración propia**

El Código Penal español contempla en su Título XXII los delitos contra el orden público y en el capítulo II los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia, se tipifica lo siguiente:

- Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas. En todo caso, se considerarán actos de atentado los cometidos contra los funcionarios docentes o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o con ocasión de ellas.

1. Los atentados serán castigados con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado fuera contra autoridad y de prisión de seis meses a tres años en los demás casos.
  2. Si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales, del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado del Tribunal Constitucional, juez, magistrado o miembro del Ministerio Fiscal, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses.
- Este ordenamiento ha previsto también las situaciones agravantes en las que se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente siempre que el atentado se cometa:
    1. Haciendo uso de armas u otros objetos peligrosos.
    2. Cuando el acto de violencia ejecutado resulte potencialmente peligroso para la vida de las personas o pueda causar lesiones graves. En particular, están incluidos los supuestos de lanzamiento de objetos contundentes o líquidos inflamables, el incendio y la utilización de explosivos.
    3. Acometiendo a la autoridad, a su agente o al funcionario público haciendo uso de un vehículo de motor.
    4. Cuando los hechos se lleven a cabo con ocasión de un motín, plante o incidente colectivo en el interior de un centro penitenciario.
  - Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus

funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

- Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de multa de uno a tres meses.

La legislación española prevé como sujetos pasivos para este tipo de delitos a la autoridad, a sus agentes y a funcionarios públicos, dentro de los existe una agravación de la pena cuando se trata de una autoridad y dentro de estos últimos tienen una protección mayor los miembros del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales, del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado del Tribunal Constitucional, juez, miembro del Ministerio Fiscal, así también en otro artículo protegen a la autoridad de la falta de respeto y consideración debida, situación que podría ser considerada en aras de proteger el principio de autoridad

### **2.3. GRADUACION O DETERMINACION LEGAL DE LA PENA**

La *Real Academia Española* define graduación como la “acción y efecto de graduar” y graduar lo define como “*dar a algo el grado o calidad que le corresponde*” (2014).

La graduación de la pena está referida al hecho de fijar la pena que debe corresponder para cada delito (*Enciclopedia Jurídica, s/f*). Nuestro problema de investigación se plantea en cuanto al modo de hacer esa graduación o también llamada la determinación legal de la pena, dado que

para el tipo penal en cuestión ya existe una graduación de la pena, sin embargo esta evidencia una vulneración al principio de proporcionalidad.

La determinación de la pena, sea cual fuere el operador que la realiza, es una decisión de carácter político criminal. Esto es, no es cualquier disposición la que lleva a establecer la calidad y el quantum de la pena abstracta o pena concreta, por la comisión de un hecho punible.

En ese sentido **Figuroa A.** señala lo siguiente: “*Se trata de una decisión de carácter técnico, por un lado, pero también de carácter valorativo, por otro, que debe tener una utilidad; vale decir, ha de estar orientada a la consecución de una finalidad, asociada a los diversos objetivos que se han atribuido a la pena en el ámbito del derecho penal*” (s/f).

La graduación de la pena o determinación legal se realiza en abstracto, e incide en el tipo de pena y en el marco previsto en el Código Penal, esto es el mínimo y máximo de esta para cada delito, es por ello que se trata de un proceso evidentemente complejo que necesita servirse de un sistema de ponderación de las penas a efecto de que la ley prevea un hecho sancionable como delito

En ese sentido es fruto de un proceso de abstracción y no por el contrario que se deba de tener en cuenta las especificidades del caso, además de todos los datos particulares del hecho y de su autor, puesto que de ese modo se estará haciendo referencia a una pena en concreto, que es parte de una determinación en un ámbito judicial que postula que sea el Juez quien va a disponer para enjuiciar un caso concreto .

Ahora bien, cabe precisar que la referencia que se hace de graduación de la pena lo es en el ámbito legislativo, mas no en el judicial, pues como



bien se sabe para la graduación o determinación de la pena a nivel judicial existen parámetros estipulados en los artículos 45° y 46° del Código penal.

En consecuencia, lo que estipulan estos artículos es lo siguiente:

- El artículo 45° hace mención a los presupuestos para fundamentar y determinar la pena entre los que están los siguientes:
  - a) Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad.
  - b) Su cultura y sus costumbres.
  - c) Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad.
- El artículo 45°-A entre otras cosas hace referencia a las etapas que el juez desarrolla en la determinación de la pena y son las siguientes:
  1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes.
  2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:
    - a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.
    - b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.
    - c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.
  3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera:

- a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior;
  - b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y
  - c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito
- El artículo 46° estipula las circunstancias de atenuación y agravación

En ese sentido señalamos que la pena al tener en nuestra legislación una función preventiva tiene que ser lo suficientemente significativa que su amenaza pueda vencer el estímulo del delito, pero sin pasar el límite dentro del cual resulta justa su aplicación. Esta impresión de justicia debe ser el objetivo del legislador cuando efectúa el considerado cómputo de las penas, al graduar su aplicación, tanto como consecuencia de cada uno de los delitos que describe, como de su adecuación, genéricamente razonada, respecto de ciertas personalidades y conductas (*Enciclopedia Jurídica, s/f*).

Por otro lado la acción destinada a ajustar el remedio legal a la persona misma del delincuente, lleva el nombre de individualización penal, la cual converge en tres actividades distintas, por un lado la que se realiza por la ley llamada individualización legislativa, la que se realiza por el juez denominada individualización judicial y una tercera forma de adecuación, la operada en los establecimientos carcelarios denominada individualización administrativa.

### **2.3.1. Definición de la pena**

La palabra pena proviene del latín poena que significa castigo, tormento, pena. La *Real Academia Española* define la pena como el

*“castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta” (2014).*

La pena es la consecuencia jurídica del delito, lo que hace que el estudio de la pena junto con la del delito sean dos pilares fundamentales del Derecho Penal. Se puede definir la pena como la privación de un bien, impuesta en virtud de un proceso al responsable de una infracción prevista por la ley (**Madrigal C. y otros, 2004**).

Desde un punto de vista material, la pena consiste en una sanción aflictiva que el ordenamiento jurídico establece como reacción frente a quien lesiona o pone en peligro culpablemente, un bien jurídico que la colectividad considere básico para la convivencia.

Lo mencionado nos lleva a discutir el porqué de esta sanción, que priva de bienes jurídicos valiosos, si verdaderamente es necesario, es así que frente a esta cuestión, la pena, históricamente, ha venido siendo necesaria. Sin embargo, lo que ocurre es que no siempre podíamos describir a la pena con las particulares del principio, porque no en todo periodo han existido ordenamientos jurídicos y, por tanto, los tipos de reacción han sido diferentes, así por ejemplo antiguamente, lo hacían por venganza y se trataba de una cuestión del ámbito privado ( **Polixato, 2009**).

La pena, como nosotros la concebimos, involucra la presencia de una organización estatal, es preciso un ordenamiento jurídico para entender la pena como una sanción aflictiva.

Por otra parte **Galviz M.** señala que en la doctrina existen diversas definiciones de pena dadas por diversos autores entre las cuales rescata las siguientes:

- *Ulpiano*, la considera como una venganza.
- *Francisco Carrara*, dice que tiene tres definiciones: en sentido general es un dolor, en sentido especial es un sufrimiento y en sentido especialísimo mal impuesto al reo como consecuencia de un delito.
- *Orgaz*, señala que es sanción jurídica a los delincuentes.
- *Emile Durkheim*, discurre que es la representación del orden moral de la sociedad y una reacción de los miembros de esta frente a una transgresión.
- *Alfonso Reyes Echandia*, dice que es la supresión o coartación de un derecho personal que el Estado impone a un sujeto que ha sido declarado responsable (**2003**).

### 2.3.2. Caracteres de la pena

Las características más notables de la pena son las siguientes:

- **Intimidatoria**, puesto que debe preocupar o infundir temor al sujeto que perpetra la conducta ilegal, es decir a través de esta se busca evitar que se cometa el delito por la angustia del riesgo a su aplicación.
- **Ejemplar**, debido a que corresponde ser un ejemplo a nivel individual y general para prevenir otros delitos, es ese sentido es preciso que valga de modelo no únicamente al condenado sino al resto de la colectividad.

- **Aflictiva**, dado que esta atañe producir cierta afectación o aflicción al delincuente, de manera que por esta razón se evite en el futuro la comisión de delitos.
- **Legal**, en el sentido que debe provenir de una norma legal, por lo que cabe añadir que participa de la característica de legalidad en cuanto al hecho que no se pueden imponer penas que no están expresamente previstas.
- **Acto proporcionado**, pues no puede existir un desarreglo entre el mal causado por el delito y el mal que el delincuente recibe como castigo. La proporción o adecuación de la penas a los delitos, es una indiscutible conquista del Derecho Penal actual (**Madrigal C. y otros, 2004**).
- **Limitada**, en el sentido de que no puede contener privaciones o restricciones que no estén expresamente señaladas en la sentencia, por otra parte, la pena nunca debe tener un sentido infamante injurioso, que lleve consigo ensañamiento o crueldad, ni tampoco debe resultar lesivo para la dignidad del penado (**Madrigal C. y otros, 2004**).
- **Correctiva**, puesto que toda pena debe tender a corregir al sujeto que comete un delito, debe proporcionar al delincuente una inserción positiva a la sociedad esto implica que se le dote de herramientas para su reinserción.

### **2.3.3. Principios con relación a la pena**

Cabe añadir que las características antes mencionadas están sujetas a principios que son los que nos van a permitir identificar cómo se organiza el sistema penal, en un determinado estado (*Polixato, 2009*). En concreto, podemos hablar de los siguientes principios:

#### **A. Principio de Legalidad**

El principio de legalidad estima que las penas se definen por la ley, que nos dice que es pena y sólo eso será pena, aspecto que incluye la irretroactividad y la reserva de ley, es decir sirve de garantía jurídica (*Polixato, 2009*).

Aparte de eso, tenemos que este principio se considera en dos momentos: el primero legalidad jurisdiccional, la cual dice que las penas sólo se pueden imponer a través de los tribunales y el segundo legalidad en la ejecución, donde las penas se ejecutan de la manera que disponen las leyes.

El principio de legalidad exige al Estado, de una parte, a preocuparse por disponer de los medios o instrumentos más eficaces para prevenir el delito y, por otra parte, a descubrir términos a su actividad punitiva dentro del ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, decimos que el ciudadano estaría a merced de una intervención irracional y arbitraria por parte del Estado en sus esferas de libertad de no ser por el principio de legalidad, dado que aquel quedaría en una situación de desamparo. Es por esta razón que en un Estado de Derecho se debe salvaguardar el reinado del principio de legalidad. Su vigencia es irrenunciable y su violación injustificable (*Gaceta Jurídica, 2004*).

Este principio implica que únicamente se van a limitar las libertades individuales de los ciudadanos mediante la aplicación de una pena cuando una ley así lo establezca en forma previa, expresa, clara, inequívoca e indubitable.

Es posible encontrar tres fundamentos al principio de legalidad de diverso sentido y carácter y son los siguientes:

1. Fundamento político, que descansa en la democracia y en la división de poderes.
2. Fundamento axiológico o de estimativa jurídica, que reposa en la seguridad jurídica.
3. Fundamento preventivo-general (*Gaceta Jurídica, 2004*).

## **B. Principio de Culpabilidad**

El principio de culpabilidad señala que no hay pena sin culpabilidad, y la pena no debe sobrepasar las medidas de la culpabilidad, tenemos parte de este principio en el Código Penal, cuando nos dice en la definición de delito qué son las actuaciones u omisiones penadas por la ley. Debemos entender por culpabilidad al reproche que se le formula al autor de un injusto porque no se motivó en la norma cuando le era exigible hacerlo teniendo en cuenta las circunstancias concretas en que actuó.

## **C. Principio de Proporcionalidad**

Las penas de nuestro sistema, junto a este principio, se deben respetar con el principio de legalidad, porque los bienes jurídicos no tienen todos los mismos valores, ni constitucional ni materialmente. No todas las lesiones al bien jurídico pueden tener la misma pena. Esta debe ser la

proporcional al bien jurídico, esto es, a lo injusto y al nivel que se ha lesionado. También debe tener en cuenta la culpabilidad del sujeto.

#### **D. Principio de Necesidad de la Pena**

La pena solo puede ser utilizada legítimamente por el estado si es necesaria para hacer frente a la conducta lesiva, que pone en peligro el bien jurídico. Si hay medios menos gravosos que la pena, tenemos la obligación de imponerlos. Se debe al principio de intervención mínima del derecho penal (*Gaceta Jurídica, 2004*).

La necesidad de pena reconoce el merecimiento de pena y significa que un hecho en sí meritorio de pena además necesita ser penado, ya que en el caso concreto no existe ningún otro medio que sea eficaz y menos aflictivo (*Luzón D., 1993*). En esa perspectiva uno de los mecanismos más significativos para determinar si hay necesidad de requerir la sanción penal o, por el contrario, saber sobre su inutilidad, es examinar si otros medios del control social formal o informal podrían asegurar la consecución de iguales o mejores resultados que los buscados con la pena. Una pena es inútil si las mismas metas de tutela e logran a través de otros medios menos costosos y aflictivos a los derechos de los ciudadanos

Una vez desarrollados los principios es indispensable no dejar de considerar, que al momento de la valoración o cuantificación de la pena, algunas cuestiones trascendentales o principios normativos como los tratados son condiciones de alcance universal, contenidos principalmente en las declaraciones de derechos humanos, en tal sentido los principios tienen un papel especialmente trascendental y a la vez son la base del entero ordenamiento jurídico, tienen influencia en todas las ramas del Derecho, consecuentemente también en la materia penal.



### **2.3.2. Fundamento de la pena**

El fundamento de la pena está determinado por la necesidad de tener un medio de corrección y que es necesario, lo mencionado en aplicación al adecuado sostenimiento de las condiciones que hacen factible la convivencia de las personas en una sociedad, es por tal motivo que sería imposible sin la pena, la convivencia humana en nuestra sociedad actual. Por consiguiente, el fundamento último de la pena debe examinarse no tanto en manifestaciones religiosas o filosóficas como en puros requerimientos de la convivencia social, que forman de ella, sino que en definitiva podría considerarse que es una amarga necesidad (*Madrigal C. y otros, 2004*).

En ese sentido, es incuestionable que la justificación de la pena reside en su necesidad, si bien con ello no se critica el modo de utilizar la pena, en su esencia o fines, esta necesidad de la pena es un dato fáctico que aporta el conocimiento empírico, por lo que su necesidad es un hecho real (*Madrigal C. y otros, 2004*).

Frente a ello, podría decirse que la pena tiene una triple fundamentación:

1. Político-estatal: Desde este punto de vista la pena se justifica dado que sin ella el orden jurídico dejaría de ser un orden coactivo capaz de reaccionar con eficacia ante las infracciones del mismo.
2. Sociopsicológico: Desde esta perspectiva la pena se justifica debido a que satisface las aspiraciones de justicia de la sociedad, en este caso si el Estado renunciase a la pena,

obligando al perjudicado y a la comunidad a aceptar las conductas criminales como si no hubieran tenido lugar, se produciría inevitablemente un retorno a la autodefensa, y a la venganza privada, propias de etapas ya superadas.

3. Ético-individual: Desde esta directriz la pena se justifica en atención al propio delincuente, ya que le permite a éste, como un ser moral liberarse de su sentimiento de culpa (**Zapata R., 2007**).

### **2.3.3. Funciones y fines de la pena**

La función del Derecho Penal está íntimamente ligada a los fines que se asignen a la pena, lo que a su vez depende de las concepciones que se mantengan sobre su legitimidad. Así, si se piensa que la finalidad del Estado es realizar ciertos ideales absolutos de justicia, el Derecho Penal se entenderá como un instrumento al servicio de dicho ideal. Si se entiende, por el contrario, que la función principal del Estado no es la justicia, el Derecho Penal se justificará como un instrumento socialmente útil (**De la Mata J. y otros, 2007**).

Los fines de la pena son los objetivos que intentan obtenerse a través de su exigencia; así pues, *“si bien variando la preponderancia de unos sobre otros, de acuerdo con las doctrinas jurídicas y filosóficas imperantes, objetivos o fines son la retribución, la prevención y la rehabilitación”* (**Madrigal C. y otros, 2004**).

El intento de retornar las cosas al momento que tenían previamente de la comisión del delito se considera como la retribución y, como esto es materialmente imposible, la sanción o respuesta que la sociedad da al delincuente por el mal que ocasiono, ha conseguido a expresar que el fin

retributivo no es sino el encauzamiento de la represalia social (***Madrigal C. y otros, 2004***).

El intento de disuadir a otros y al mismo delincuente de la comisión de nuevos delitos es la prevención, dentro de esta la disuasión dirigida a los otros es la denominada prevención general y la disuasión o intimación dirigida al propio delincuente se denomina prevención especial.

El intento de que el delincuente vuelva al marco social del que se separó por el delito es la rehabilitación y encuentra el conocido paralelo con la cura del enfermo, considerando al delincuente como un enfermo social al que debe aislarse de la enfermedad, el delito y reintegrarse a la sociedad (***Madrigal C. y otros, 2004***).

Por otro lado el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal acuerda que la pena debe cumplir tres funciones expresas: preventiva, protectora y resocializadora.

#### **A. Función Protectora**

Esta función de la pena encuentra sentido fáctico en la necesidad comunitaria de proteger los bienes jurídicos, teniendo por un lado, la garantía hacia el propio infractor de la norma penal y por otro, también la propia sociedad; en la medida que esta garantía permitirá que el estado solo actúe cuando haya la necesidad de mantener el orden establecido y bajo la premisa de que la eventual aplicación de una pena no podrá alejarse de la proporcionalidad, en armonía con las exigencias preventivas de la sociedad (***Sosa G., 2011***).

## **B. Función Resocializadora**

Debemos precisar que si la pena debe servir para que racionalmente se garantice la paz social y la vida humana sin peligros; eso solo podría justificarse si anhela la reincorporación del delincuente al seno de su comunidad. En tal sentido, como bien lo argumenta el Tribunal Constitucional, la imposición de una pena no puede contraponerse al principio de dignidad de la persona y por ende la proyección de este principio representa la obligatoriedad estatal para que mediante su régimen penitenciario, permita mediante medidas adecuadas y necesarias, que el infractor de la norma prohibida pueda estar en condiciones de reincorporarse eventualmente a la vida comunitaria, con respeto a su autonomía individual, cualquiera que sea la etapa de ejecución de la pena. Ese fin resocializador, conlleva intrínsecamente la rehabilitación en cuanto se oriente a la formación del delincuente en el uso eventual de su libertad (**Sosa G., 2011**).

El término resocialización debemos entenderlo como un proceso a través del cual un individuo se reintegra en la sociedad, además comprende la reeducación y reinserción, es por tal razón que con ello se pretende mejorar las condiciones del individuo al nivel medio de los ciudadanos, capacitándolo de autonomía, y de esta manera, brindarle así otra oportunidad para un nuevo proyecto de vida de acuerdo con el respeto al orden y las normas sociales.

## **C. Función Preventiva**

Esta función se cumple cuando a través de la imposición de una pena, se busca prevenir la comisión de nuevos delitos.

Estos problemas sobre el sentido y finalidad de la pena han dado lugar durante años a la llamada lucha de escuelas, que ocupó durante mucho tiempo el centro de las discusiones y polémicas entre penalistas, y que no es sino una disputa de hondo calado sobre la legitimidad del Derecho Penal entre los partidarios del criterio legitimante de la justicia como lo postulan las teorías absolutas y los que proponían como único criterio el de la utilidad como lo postulan las teorías relativas (*De la Mata J. y otros, 2007*).

#### **2.3.4. La función de la pena como base de la teoría del delito**

Anteriormente, la pena era concebida a veces como un arma con la que contaba el Estado y la utilizaba contra la sociedad, el terror penal transformaba la eficacia de la pena. Éste es el riesgo que encierra un derecho penal admitido para ser eficaz, como toda arma peligrosa, la pena ha de someterse a un control riguroso.

En ese sentido, la pena no debe ser un fin en sí mismo o a favor de intereses no beneficiosos para la mayoría de los ciudadanos, o que desconozca los términos que debe respetar frente a toda minoría y todo individuo, si se trata de un Estado democrático tiene que impedir que se convierta en ello.

*“El ejercicio del ius puniendi en un Estado democrático no puede abandonar las garantías propias del Estado de Derecho, esto es, las que giran en torno al principio de legalidad. Pero, al mismo tiempo, debe añadir nuevos cometidos que vayan más allá del ámbito de las garantías puramente formales y aseguren un servicio real a todos los ciudadanos” (Mir Puig S., 1982).*

Por otra parte, será ineludiblemente intimidatoria toda prevención general a través de una pena, y afirmar lo opuesto presumiría una

insinuación delicadamente encubridora de la situación, es decir un pensamiento en el sentido negativo del término. En otro orden de ideas, no sería admisible acudir al concepto de la prevención general estabilizadora, integradora o positiva para reclamar o admitir que la prevención general fuera más allá y extendiera sus cometidos más allá de la intimidación aumentando la voluntad de internalizar valores. Importa precisamente lo contrario: limitar la prevención general intimidatoria exigiendo que además se presente como socialmente integradora (*Mir Puig S., 1982*).

De otro modo, habría un sentido instructivo solicitar la prevención general estabilizadora, de necesidad mediante la coacción de la pena de una adhesión interna de los ciudadanos a los valores jurídicos, y ello sería totalmente inconveniente de un Derecho penal de garantía del individuo. Pero se trata, al mismo tiempo, de impedir la pura intimidación estatal que juzgue posible relegar de toda consideración de la aprobación social (*Mir Puig S., 1982*).

Siempre cuando se despliegue la intimidación penal intrínsecamente de los límites señalados a un Estado social y democrático de Derecho tal objetivo se obtendrá, y entonces se presentará como correcta intimidación estabilizadora la prevención general precisamente; mas no hay que dejar de lado que si la intimidación penal no respetase estos límites políticos podría acarrear al terror penal, y entonces no constituiría a una correcta prevención general estabilizadora. La principal consecuencia que se sigue del fundamento político de la pena es la de que el mismo supone una serie de límites al empleo de ésta (*Mir Puig S., 1982*).

Ahora, una vez que incluso la función de la pena reposa en la fundamentación político y constitucional del Derecho penal, es inevitable

apuntar también la obra de la teoría del delito sobre la base del Estado social y democrático de Derecho.

*“La teoría del delito no se halla, en efecto, desajustada del fundamento y la función de la pena; por el contrario, compone la determinación de los límites mínimos de lo que puede ser objeto de una pena y da respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que algo sea punible. La contestación a este interrogante ha de depender, por tanto, de la función que se atribuya a la pena y de los límites que se impongan de modo general a su ejercicio” (Mir Puig S., 1982).*

En ese sentido siendo la teoría del delito la que establece los presupuestos generales de la pena, quien admita aquello llegara a la conclusión de lo antes expuesto y por tanto, ha de elaborarse teleológicamente o, mejor, a partir de este significado funcional, y en base, asimismo, a la función social que la Constitución atribuye a la pena; lo que supondrá un planteamiento funcionalista de la teoría del delito (**Mir Puig S., 1982**).

Ahora bien, a partir esta figura preventiva las conductas a las que la ley señala una pena, son actuaciones que la misma aguarda frenar de la colectividad. Desde esta perspectiva, el Derecho no sólo anhela que se dejen de perpetrar los comportamientos penados, sino también otros no sancionados pero equivalentemente indeseables desde el prisma de los intereses protegidos por el Derecho penal. En esto se basa la distinción de antijuridicidad y culpabilidad, puesto que los hechos realizados sin culpabilidad no se hallan penados y, sin embargo, se consideran antijurídicos, entonces ello permite decir que la conducta que se halla penada por una norma penal, está a su vez prohibida por dicha norma penal. No se olvida, pues, que el delito nunca puede infringir el imperativo

que impone la pena, sino que, como decía Binding “*el delincuente cumple el supuesto de hecho de dicho imperativo dirigido al juez*” (Mir Puig S., 1982).

### 2.3.5. Análisis Jurídico de los Sistemas de penas en el Perú

Una vez expuestos los fines y funciones de la pena, corresponde analizar el sistema de penas previstas por el legislador. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 del Código Penal, según nuestro sistema de penas recoge una clasificación cuádruple de las penas en la cual las penas imponibles se dividen en: privativa de libertad, restrictivas de libertad, limitativas de derechos y multa.

**CUADRO N° 4: CLASIFICACION DE LAS PENAS**

CLASES DE PENA	
<b>Pena privativa de libertad</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La pena privativa de libertad es formalmente, luego de la pena de muerte, la sanción más severa con que cuenta nuestro ordenamiento jurídico y es la pena que más identifica al derecho penal actual.</li> <li>• Puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años</li> </ul>
<b>Penas restrictivas de libertad</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La pena restrictiva de libertad es la de expulsión del país y se aplica a extranjeros después de cumplida la pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio penitenciario, quedando prohibido su reingreso.</li> <li>• En el caso de expulsión por concesión de beneficios penitenciarios, el Perú mantiene jurisdicción exclusiva sobre la condena impuesta.</li> </ul>
<b>Penas limitativas de derechos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Las penas limitativas de derechos son:</li> <li>• Prestación de servicios a la comunidad;</li> <li>• Limitación de días libres; e</li> <li>• Inhabilitación.</li> </ul>



<b>Penas de multa</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa.</li> <li>• El importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza.</li> <li>• La pena de multa se extenderá de un mínimo de diez días-multa a un máximo de trescientos sesenta y cinco días-multa, salvo disposición distinta de la ley.</li> </ul>
-----------------------	---

**Fuente: Elaboración propia**

Nuestro Código Penal ha incorporado una serie de penas de corte moderno y donde destacan la reducción del número de penas privativas de libertad y la innovación de nuevas sanciones penales que tienen como característica limitar el uso de la prisión para los delitos de mayor gravedad. Cambios que son notorios al Código Penal de 1924 el nuevo sistema de penas se constituye en un avance significativo en nuestro sistema jurídico.

A efecto del tema planteado en la investigación, solo desarrollaremos algunas clases de penas, como lo son la pena privativa de libertad que es la contemplada para este tipo de delitos y las penas limitativas de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres que son las que se podrían adecuar al tipo para conseguir un mejor fin de la pena.

### **A. Penas Privativas de Libertad**

Se encuentran reguladas en el artículo 29° del Código Penal que establece: La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de 2 días y una máxima de 35 años. Estas sanciones que afectan la libertad ambulatoria del condenado y determinan su ingreso y permanencia en un Centro Penitenciario, pueden ser de dos tipos. En primer lugar tenemos la

Pena Privativa de Libertad Temporal, cuya duración se extiende desde dos días hasta un máximo de 35 años. Y, en segundo lugar, contamos también con una pena de carácter atemporal y que es la Cadena Perpetua, la cual es de duración indeterminada. Ahora, estas sanciones se cumplen conforme a las disposiciones del Código de Ejecución Penal y son las que se aplican con mayor frecuencia en el país. La ley reserva el uso de las penas privativas de libertad para un número importante de delitos como el homicidio, el hurto, el robo, el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas o la violencia o resistencia a la autoridad.

### **B. Penas Limitativas de Derechos**

Se encuentran estipuladas normalmente entre los artículos 31° a 40° del Código Penal. Estas sanciones punitivas limitan el ejercicio de determinados derechos económicos, políticos y civiles, así como el disfrute total del tiempo libre. Son de tres clases: Prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación.

### **C. Pena de Prestación de Servicios a la Comunidad**

Es una pena se encuentra establecida en el artículo 34° del Código Penal que tiene escasos precedentes en nuestro país, pues ni el Código Penal de 1863 ni el de 1924 la incluyeron como sanción y únicamente se le aplicaba como una medida sustitutiva de la prisión que se imponía al condenado que no cumplía con la pena de multa. Corresponde a las llamadas formas de trabajo correccional en libertad, y puede ser aplicada de modo directo o también de modo sustitutivo. En este último caso, ella reemplazará a una pena privativa de libertad no superior a cuatro años, evitando así que el condenado sea recluido en un establecimiento penitenciario.

Por lo tanto la pena bajo análisis consiste en la realización por el penado de trabajos manuales, intelectuales o artísticos, los cuales debe cumplir gratuitamente y en sectores o servicios de apoyo social o comunitario como centros de salud, obras comunales o parroquiales, orfanatos, etc. En todo caso, el trabajo debe ser adecuado a la capacidad personal y aptitud física del condenado.

En efecto, la prestación de servicios a la comunidad se cumple los días sábados y domingos, en jornadas de diez horas semanales. De modo excepcional la jornada de prestación de servicios puede cumplirse en días útiles, por ejemplo si el sentenciado desea descontar su pena durante su período de vacaciones.

Lo concerniente a la ejecución y supervisión de esta pena limitativa de derechos se encuentra regulado en la Ley N° 27030, promulgada el 29 de diciembre de 1998. En dicha norma legal del artículo 7° al 13° se establece el procedimiento que debe seguirse para el cumplimiento de las penas de prestación de servicios a la comunidad. Al respecto se señala que corresponderá a un órgano técnico del Instituto Nacional Penitenciario, realizar la coordinación con las Entidades Receptoras donde se aplicarán los servicios, así como la designación y el control de aquellos que deberá realizar el condenado.

Asimismo, la ley establece, que el Juez de la causa deberá remitir a la autoridad penitenciaria una copia certificada de la sentencia señalando el domicilio del sentenciado, y ella comenzará a ejecutarse en un plazo no mayor de 10 días. Por su parte el condenado suscribirá un Acta de Compromiso con el INPE en la cual se establecerán las reglas y criterios que guiarán la ejecución de la pena impuesta. El Código Penal considera la

aplicación de este tipo de penas para infracciones penales de escasa gravedad como el delito de injuria o para las faltas contra el patrimonio.

#### **D. Pena de Limitación de días libres**

Este tipo de medida se encuentra regulada en el artículo 35° del Código penal, es una pena que carece de antecedentes en nuestro sistema legal. Consiste en la obligación que se impone al condenado de asistir los días sábados, domingos y feriados a un establecimiento especial, cuyas características deben ser distintas de las de un centro penitenciario y que debe organizarse en función de fines educativos.

Sin embargo, el sentenciado a este tipo de sanción deberá permanecer en el establecimiento señalado un total de 10 a 16 horas por semana. La extensión de la pena comprende un mínimo de 10 y un máximo de 156 jornadas de limitación semanales. Durante su estancia semanal, el condenado deberá participar en sesiones y dinámicas de carácter educacional o psicológico, y que resulten idóneos para su rehabilitación personal. Al igual que la pena de prestación de servicios a la comunidad, la de limitación de días libres puede aplicarse también como pena sustitutiva de penas privativas de libertad no mayor de cuatro años.

Por otro lado, hasta el presente el cumplimiento de estas penas no se ha materializado, y su ejecución se haya regulada por la Ley No. 27030, con iguales criterios de organización y supervisión que los contemplados para el caso de penas de prestación de servicios a la comunidad.

#### **2.3.6. Teorías de la pena**

Para empezar a tratar este punto, podemos señalar que la cuestión de las consecuencias jurídicas propias del derecho penal se puede identificar

como la teorización en esta rama del derecho de los puntos de vista que suponen al derecho penal como una herramienta al servicio del valor justicia frente a los que lo entienden como un instrumento que debe servir prioritariamente al valor utilidad, de estas la primera concepción guarda una mayor relación con la moral, mientras que la restante se vincula más con la política social (**Bacigalupo E., 1996**).

Ahora bien, la oposición radical de estas dos ideas, dio lugar hace algunos años atrás a la llamada "lucha de escuelas", que no es en verdad otra situación que una disputa con relación a los principios que legitiman el derecho penal; mientras la llamada Escuela Clásica conservó a través de las teorías absolutas de la pena el criterio legitimante de la justicia, la Escuela Positiva planteaba como único criterio el de la utilidad expresándolo por medio de las teorías relativas modernas de la pena.

Esta oposición que había entre los fundamentos legitimantes relaciona el argumento de la pena con la concepción del Estado y con los poderes penales de este. Manifiestamente, se puede mencionar que la Escuela Clásica concebía los poderes penales del Estado de una manera más estrecha que la Escuela Positiva. La idea de defensa social permitía a esta última justificar la intervención del Estado con el poder penal allí donde los clásicos carecían de la posibilidad de hacerlo (**Bacigalupo E., 1996**).

Por este motivo, la historia del derecho penal se expresa en el intento de sintetizar los dos puntos de vista opuestos, el criterio utilitario es aceptado en lo que mitiga el rigor del principio de la justicia, y sólo en parte en lo que resulta ser más riguroso que este.

Al respecto **Hellmuth S.** señala lo siguiente:

*"Desde hace más de dos mil años se ha intentado responder a la pregunta por la naturaleza de la pena con un gran número de puntos de vista, razón por la cual apenas resulta pensable que puedan existir nuevas respuestas" (1967)*

Por consiguiente, estas respuestas han sido manifestadas como teorías de la pena; sin embargo, cabe señalar que las teorías de la pena sólo son tales, en la medida en que la expresión teoría se tome en sentido amplio, puesto que en sentido estricto no se trata de teorías, sino de principios o axiomas legitimantes, cuya función en la ciencia del derecho penal es la de fundamentarlo en último término. Por tanto, las teorías de la pena no responden a la pregunta ¿qué es la pena?, dado que el ser de la pena obedece a la naturaleza que se le atribuya, sino que responden a: ¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena? (**Bacigalupo E., 1996**).

#### **A. Teorías Absolutas**

La pena será legítima, según estas teorías, si es la retribución de una lesión realizada culpablemente, la contravención del orden jurídico cometida libremente importa un abuso de la libertad que es reprochable y, por lo tanto, culpable. *"El fundamento de la pena será exclusivamente la justicia o la necesidad moral" (Hellmuth S., 1967).*

En consecuencia, si la pena es justa, las teorías legitiman esta; para estas teorías, la pena necesaria será aquella que produzca al autor un mal constituido en una disminución de sus derechos que remedie el mal que él ha causado libremente. Por tal razón, la utilidad de la pena queda completamente fuera del fundamento jurídico de la misma, entonces sólo es legítima la pena justa, aunque no sea útil, así como una pena útil, pero no justa, carecerá de legitimidad (**Bacigalupo E., 1996**).

Las teorías absolutas de la pena encuentran en la retribución su fundamento jurídico y su sentido únicamente, es decir, a través de la retribución se hace justicia al culpable de un delito y así la pena se libera de toda finalidad y se presenta solamente como el requerimiento voluntario de un mal para compensar la lesión jurídica realizada en forma culpable y es justamente la negativa a someter la aplicación de la pena a determinados fines concretos la que ha pasado a reflexionar esta tesis como absoluta (**Ríos R. y otros, 1993**).

Estas teorías hallan sustento ideológico en el reconocimiento del Estado como depositario de la justicia terrenal y como agregado de ideas morales, en la fe, en la capacidad del hombre para autodeterminarse y en la idea de que la misión del Estado frente a los ciudadanos debe limitarse a la protección de la libertad individual (**Ríos R. y otros, 1993**).

Al respecto **Bustos J. y otro** afirman lo siguiente:

*“Las teorías absolutas de la pena parten de una premisa: la existencia de verdades o valores absolutos anteriores al hombre, se trata con la pena de “que se haga justicia”, sus fines son alcanzar la justicia o afirmar la vigencia del derecho. El derecho penal, en consecuencia, se legitimaría como instrumento eficaz para el logro de esos fines” (1997).*

Los representantes más caracterizados de esta concepción son Kant y Hegel.

En Kant, para quien la ley penal es un imperativo categórico, encuentra la retribución un sólido defensor, señala que la pena sólo tiene sentido si es retribución de la culpabilidad y, en consecuencia, no puede imponerse meramente como medio para conseguir otro bien para el

delincuente mismo o para la sociedad, sino que tiene que imponerse en todo momento contra el delincuente porque ha delinquido, cualquier otro fin constituiría, para él, una afrenta a la dignidad de la persona, ya que jamás un hombre puede ser utilizado como instrumento o degradado a la condición de objeto (**Ríos R. y otros, 1993**).

Para Kant la retribución tiene una fundamentación ética, la pena es retribución de la culpabilidad del sujeto que a su vez presupone su libertad de voluntad o libre albedrío, el autor culpable es el que hace mal uso de esa libertad y se hace merecedor de pena.

Kant menciona que *“La pena es una retribución o un pago por el mal uso de la libertad, por lo mismo, debe ser una pena justa esto es proporcionada al mal causado con el delito. Pero, más allá de ello, la pena es un imperativo de la justicia por eso debe ejecutarse siempre y en su totalidad”* (**Bustos J. y otro, 1997**).

El carácter de valor absoluto de la pena como de realización de la justicia queda de manifiesto en la conocida sentencia de Kant según la cual *“aun en el caso de que el Estado se disuelva voluntariamente, debe ser antes ejecutado el último asesino, a fin de que su culpabilidad no caiga sobre el pueblo que no insistió en esa sanción”* (**Bustos J. y otro, 1997**).

La teoría retributiva de la pena necesariamente ha de partir de un hombre con capacidad de decidir libremente entre el bien o el mal. Si la pena ha de ser expresión del derecho y no pura fuerza del Estado, obligatoriamente ha de poder motivar al individuo, ahora si la norma ha de poder motivar al individuo, dicho individuo a su vez tendrá que ser motivable, lo que supone su capacidad de reconocer el valor (**Bustos J. y otro, 1997**).



Posteriormente, Hegel trató de dar respuesta al sentido que este rigor excesivo debería tener en la comunidad. Basado en la dialéctica, sostuvo que el orden jurídico representa la voluntad general y que este orden niega con la pena la voluntad especial del delincuente expresado en la lesión jurídica que, en consecuencia, queda anulada por la superioridad moral de la comunidad. De esta manera se restablece, en su esquema, la coincidencia de la voluntad general con la especial mostrando la inutilidad del delito y su falta de vigencia (**Ríos R. y otros, 1993**).

Para Hegel la pena es la negación de la negación del derecho por lo tanto en la medida que la negación de una negación es una afirmación, con la pena se trata de afirmar el derecho que ha sido negado con la realización del delito. El derecho cumple, entonces, un papel restaurador o retributivo el valor absoluto trascendente a conseguir con la pena es afirmar la vigencia del derecho.

*“Pero la pena para Hegel es lo racional y pena racional es la pena justa de esta manera, según cual sea la intensidad de la negación del derecho, así también será la intensidad de la pena con que el derecho será afirmado”* (**Bustos J. y otro, 1997**).

En Hegel el fundamento de la pena es de carácter jurídico con ella se trata de restablecer la vigencia del derecho en cuanto expresión del mundo racional que establece las bases de la convivencia social por lo que se trata de aclarar que el comportamiento contrario a la norma no es la pauta de conducta que se ha de seguir en el futuro, sino las que marcan las normas.

De ahí que sea discutible afirmar de un modo general que en Hegel la pena retributiva sea un mal que sigue a otro mal, lo que él mismo se encarga de desmentir cuando menciona que *“si se considera el delito y su eliminación, en cuanto que ésta se determina en el futuro como pena,*

*simplemente como un mal, se puede contemplar evidentemente como algo irracional querer un mal simplemente porque ya existía un mal anterior”; además señala que “el delito debe ser eliminado y precisamente no como la producción de un mal, sino como lesión del derecho en cuanto derecho” (Bustos J. y otro, 1997).*

Finalmente, Hegel coincide con Kant en descalificar la persecución de fines distintos a la mera restitución del derecho lesionado mediante la pena. En especial critica a Feuerbach, afirmando que una teoría que sustente la aplicación de la pena a partir de la necesidad de intimidación del hombre supone considerar a este como un ser carente de libertad, lo que se opone en forma manifiesta a las nociones de derecho y justicia que ven en la libertad y en la voluntad su fundamento básico (*Ríos R. y otros, 1993*).

### **Análisis Crítico a las Teorías Absolutas**

La teoría retributiva de la pena es una teoría consecuente con el pensamiento liberal y constituye decididamente un progreso frente a la arbitrariedad penal. Hay en ella una idea de justicia que se concreta en la proporcionalidad entre la pena y el mal causado con el delito; se trata pues, de una pena esencialmente garantista porque impide la intervención abusiva del Estado.

En favor de las teorías absolutas se puede sostener que impiden la utilización del condenado para fines preventivos generales, es decir, para intimidar a la generalidad mediante la aplicación de penas al que ha cometido un delito, lo que no necesita guardar relación con la gravedad del mismo y que, por tanto, pueden estar condicionadas por la tendencia general a delinquir a la que el autor del delito es ajeno. En otras palabras, impide sacrificar al individuo en favor de la generalidad (*Bacigalupo E., 1996*).

Pero si bien tiene ese aspecto valioso, tiene también otros negativos que han dado origen a las objeciones que se le han dirigido, de esa forma tenemos que se argumenta básicamente que carecen de un fundamento empírico y que la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena es puramente ficticia porque, en realidad, el mal de la pena se suma al mal del delito (**Bacigalupo E., 1996**).

A partir de ello, podemos ver según **Bustos J. y otro** en contra de esta teoría las objeciones siguientes:

1. En primer lugar, en el caso de Kant tenemos que mencionar su punto de partida ético lo que ha llevado a plantear el problema de la pena desde un orden absoluto de verdades o valores.
2. En segundo lugar, la pena como retribución a la culpabilidad del sujeto reconoce un hombre concedido de libertad absoluta, lo que no es justificable y no pasa de ser un axioma dogmático.
3. En tercer lugar, la pena entendida como retribución no se entiende conforme con un Estado democrático (**1997**).

En efecto, que la teoría retributiva en Kant entienda que la pena sólo consista en un mal, lo que inevitablemente nos lleva a asociarla a la idea de venganza, no es compatible con la dignidad de la persona tampoco la afirmación del derecho como expresión de la racionalidad absoluta, y que además se presume, es compatible con un sistema social y democrático de derecho, donde la libertad e igualdad son una propuesta de acción, una meta a conseguir, y no una realidad. Lo racional no se identifica con la realidad social (**Bustos J. y otro, 1997**).

## B. Teorías Relativas

Las teorías relativas se contraponen totalmente a las absolutas, debido a que postulan lo siguiente:

*“la pena no tiene que plasmar la justicia en la tierra, sino salvaguardar a la sociedad; la pena no compone un fin en sí misma, sino un medio de prevención, el sentido de la pena reside únicamente en cumplir su tarea de imposibilitar que se cometan en el futuro acciones punibles” (Ríos R. y otros, 1993).*

Los fundamentos ideológicos de las teorías relativas están constituidos por las teorías políticas humanitarias de la Ilustración, por la inclinación a la explicación científica causal del comportamiento humano, por la fe en la posibilidad de educar a las personas, inclusive a las adultas, a través de una adecuada intervención sociopedagógica, y por el escepticismo frente a todos los intentos de explicar metafísicamente los problemas de la vida social (**Ríos R. y otros, 1993**).

Las teorías relativas procuran legitimar la pena mediante la obtención de o la tendencia a obtener un determinado fin, su criterio legitimante es la utilidad de la pena. Ahora bien, tenemos dos supuestos: se tratará de una teoría preventivo general de la pena si este fin consiste en la intimidación de la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados, va dirigida a toda la comunidad social para que se abstenga de delinquir y estaremos ante una teoría preventivo especial o individual de la pena si por el contrario, el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para que no reitere su hecho, en último término es la actuación sobre el delincuente mismo, ya sea enmendándolo para que en el futuro no vuelva a delinquir o bien neutralizándolo con una actuación sobre su persona que le impida desarrollar una actividad delictiva. (**Bacigalupo E., 1996**)

Por eso, si bien las teorías relativas dieron origen al principio garantista de la absoluta necesidad de intervención coactiva del Estado, al mismo tiempo, le dieron un carácter legitimante fundamentado en su utilidad. En cambio desde una perspectiva crítica, la necesidad sólo implica plausibilidad (**Bustos J., 1997**).

### **1. La Prevención General**

La prevención general no es cuestionada, bajo ciertas circunstancias, en el momento de la amenaza de la pena el problema se produce en el momento de la individualización de la pena, cuando debe fijarse la pena merecida por el autor dentro del máximo y del mínimo; en este caso, las consideraciones preventivo generales que conduzcan a una pena superior a la que corresponda por la gravedad del hecho carecen de legitimidad según la opinión más acorde con los principios constitucionales (**Hellmuth S., 1967**).

El representante más caracterizado de las teorías preventivo generales es Paul Johann Anselm V. Feuerbach, quien distinguió entre prevención general y prevención especial, vinculando la prevención general a la conminación penal y haciendo de ella el centro de su sistema.

*Feuerbach sostuvo que era "una preocupación del Estado que se hace necesaria por el fin de la sociedad que aquel que tenga tendencias antijurídicas, sea impedido psicológicamente de motivarse según estas tendencias" (**Bacigalupo E., 1996**).*

La amenaza de la pena tendría precisamente esta función de disuadir, pero ello permite elevar las penas indefinidamente, pues cuanto más grave sea el mal amenazado, más grave sería el efecto intimidante (**Bacigalupo E., 1996**).

En su esquema, la conminación penal tenía que producir prevención general a través de la coacción psicológica, es decir, mediante el efecto intimidatorio que causaría en el potencial delincuente constatar la existencia y aplicación de la conminación penal, generando en este la convicción de que el daño a sufrir, en caso de cometer el hecho, resultaría mayor que aquel derivado de dejar insatisfecho su impulso delictivo. Por este motivo, la prevención general requiere, en todo caso, límites que no se pueden extraer de su propia lógica y que deben ser, por decirlo así, externos (**Ríos R. y otros, 1993**).

Para esta teoría, en su concepción tradicional o negativa, la pena se justifica a partir de una finalidad concreta: disuadir de obrar en forma antijurídica a potenciales autores de hechos punibles. Por otro lado tenemos la prevención general positiva que es otra forma que adopta esta teoría mediante la cual se propone robustecer la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia social a través del veredicto manifestado con la pena (**Ríos R. y otros, 1993**).

- **Prevención General Negativa o Intimidatoria**

Especial importancia tiene en la prevención general intimidatoria que se destaca por la claridad de su planteamiento. Para Feuerbach, la pena previene en forma general los delitos porque es una intimidación o coacción para que los ciudadanos repriman su impulso delictivo. Sin duda esta concepción utilitaria de la pena constituye un avance en el proceso de secularización del Estado que comenzaría con la Ilustración (**Bustos J., 1997**).

Hay un rechazo en esta concepción al retribucionismo por pertenecer al ámbito de la moral y no jurídico. Si la pena ha de imponerse, según esta

concepción, es por su utilidad para el mantenimiento de las condiciones de la vida social. Con ella se trata de evitar los hechos futuros, cosa que ni siquiera se planteaba la retribución.

Por otra parte, resulta también destacable que la prevención general mire hacia la sociedad y atienda a los efectos que la amenaza penal pueda producir en ella. Este abandono de las posiciones metafísicas propias de la retribución, abre para el derecho penal un amplio abanico de posibilidades de investigación y de relaciones con otras ciencias que tengan como objeto los fenómenos sociales, pues las consecuencias que en la relación social pueda producir la amenaza penal habrán de constituirse en pautas de orientación de la política criminal (**Bustos J., 1997**).

### **Análisis Crítico**

Por una parte, los efectos preventivos generales de la pena no son comprobables empíricamente, por otra, la prevención general negativa o intimidatoria parte de una idea bastante próxima a la de la retribución: la consideración de una racionalidad absolutamente libre del hombre, que en este caso se expresaría en que, frente a la amenaza penal, sopesaría los costes y beneficios del delito por lo cual la abstención de su realización supondría una racionalidad homogénea en todas las personas.

También postula la existencia de un Estado que en la definición de procesos criminales actuará dentro de un marco de racionalidad y no hará un uso abusivo de la amenaza penal que tan eficaz sería para evitar conflictos sociales, ambos postulados constituyen una ficción y son tan indemostrables como el libre albedrío (**Bustos J., 1997**).

Sin perjuicio de esta contundente crítica a los fundamentos mismos de la prevención general, hay otras que ponen de manifiesto la incompatibilidad de la prevención general con el Estado social y democrático de derecho.

1. Resulta cuestionable la utilización de una coacción psicológica, el miedo y la instrumentalización de la persona. En efecto, la prevención general no ha podido superar la crítica referida a la utilización de la persona como un medio para la consecución de un fin. De acuerdo con sus postulados la amenaza de la pena y sobre todo la certeza de su aplicación a una persona condicionaría a los demás a no delinquir, fin político perseguido por el Estado. Esta crítica parte del postulado ético kantiano en el sentido de que el hombre no puede ser utilizado como medio para las intenciones de otro porque es un fin en sí mismo.

2. Desde una perspectiva de garantías el planteamiento preventivo general tiende a graduar la pena no por el hecho cometido, sino conforme al fin sociopolítico de evitar futuras infracciones. Ello puede llevar a una inflación de la pena y al terror penal, hacia el autoritarismo y la arbitrariedad.

3. En cuanto al pensamiento de utilidad en el sentido de eliminar hechos futuros, aun sus defensores tienen que reconocer que ciertas penas como la pena de muerte no tienen efecto preventivo alguno. Por eso, algunos de sus actuales defensores tienen que atemperar sus postulados preventivos generales a un grupo determinado de penas, delitos o autores (*Bustos J., 1997*).

- **Prevención General Positiva o Integradora**

Constituye un intento superador de las críticas formuladas a la prevención general intimidatoria, se inclina por una prevención general más amplia cuyo objetivo es perseguir la estabilización de la conciencia del derecho.



*“Las fundamentaciones de la prevención general positiva parten de la consideración del derecho penal como un control social más, sólo que formalizado, limitado por los derechos fundamentales de la persona.”*  
**(Bustos J., 1997)**

En tanto que la finalidad perseguida con la imposición de la pena trasciende del derecho penal a la sociedad y, en consecuencia, se espera que produzca consecuencias en la relación social, concretamente de estabilizar la conciencia del derecho, sus defensores postulan la orientación del derecho penal desde dichas consecuencias externas. Por ello, necesariamente el derecho penal debe conectar con los demás controles sociales y, en general, con las ciencias que estudian los fenómenos sociales.

### **Análisis Crítico**

La prevención general positiva sin duda representa un avance respecto de las teorías absolutas. El reconocimiento del derecho penal como un control social formalizado y sujeto a los límites del Estado social y democrático de derecho, así como su planteamiento de orientación de la política criminal desde las consecuencias, constituyen aspectos valiosos y rescatables.

La prevención general positiva motivaría no a través del miedo sino a través del derecho que cumpliría una función comunicativa de los valores jurídicos, parte de la base en consecuencia, de que el derecho contribuye al aprendizaje social. La amenaza penal simplemente estabilizaría esa conciencia adquirida a través del aprendizaje social.

Tampoco logra superar las objeciones que ponen de manifiesto su incompatibilidad con el Estado social y democrático de derecho, como la manipulación del hombre. Por otro lado, cualquier prevención general por sus propios postulados no intervencionistas en los procesos sociales,

ignorándolos en su especificidad, contraría el programa regulador del Estado social y democrático de derecho (**Bustos J., 1997**).

## **2. La Prevención Especial**

La prevención especial ha sido sostenida en diferentes momentos de la historia del derecho penal, su fundamento es siempre el mismo la comisión de un delito contiene la amenaza de futuras lesiones del orden jurídico; por lo tanto, la pena debe servir para evitar esos futuros delitos, ya que el que se cometió no puede desaparecer del mundo. Los autores más antiguos sostuvieron que el mal de la pena debía actuar sobre el autor para que su impulso delictivo se convirtiera en lo contrario, la inhibición del impulso (**Bacigalupo E., 1996**).

La fisonomía de esta teoría cambió cuando el positivismo hizo de ella su teoría de la pena, con sus nuevas características la teoría preventivo especial se convirtió en el siglo xx en el punto de partida de lo que se puede llamar el derecho penal moderno, pues sobre su base se orientaron las reformas legislativas de los códigos penales del siglo xix. La moderna teoría de la prevención especial se caracteriza por el desplazamiento del acento del derecho penal desde el hecho cometido al autor mismo (**Bacigalupo E., 1996**).

La prevención del delito se propone influir directamente sobre el autor, la pena es entonces, concebida como tratamiento o educación del autor del hecho punible con miras a su reinserción social y, a la vez, como seguridad para la sociedad de que este no va a reincidir en su comportamiento delictivo. Estos dos fines deben ser claramente diferenciados, ya que se suele identificar prevención especial con resocialización, cuando lo correcto es que, a su juicio, para esta concepción, la pena se justifica por ambas vías; incluso, ya la mera seguridad, en caso de que la resocialización fracasase, es

concebida como un resultado favorable para la comunidad (**Ríos R. y otros, 1993**).

La pena en consecuencia, es prevención mediante represión, la manera de llevar a cabo este programa requiere que la finalidad preventivo especial de la pena se investigue en función de las distintas categorías de delincuentes y no, como hasta entonces de manera uniforme para cualquier autor, para ello la ciencia del derecho penal debía atender a los resultados de las investigaciones antropológicas y sociológicas referentes a los delincuentes, si se parte de la base que la protección de bienes jurídicos mediante la pena requiere de estas tres finalidades diversas: corrección, intimidación e inocuización (**Bacigalupo E., 1996**).

El resultado de esta combinación de los fines de la pena con la clasificación de los delincuentes en diversas categorías empíricamente formuladas fue el siguiente: La pena debía servir para:

- Corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección
- Intimidación del delincuente que no requiere corrección;
- Inocuización del delincuente que carece de capacidad de corrección

Bajo el influjo del positivismo las clasificaciones de delincuentes respecto de los que se hacía necesario determinar las diversas finalidades preventivo individuales de la pena no fue uniforme. Desde este punto de vista los delincuentes debían clasificarse en: a) Delincuentes natos o instintivos o por tendencia congénita; b) Delincuentes locos; c) Delincuentes habituales; d) Delincuentes ocasionales; e) Delincuentes pasionales (**Bacigalupo E., 1996**).

Para esta tesis en sentido abstracto puede tener lugar por dos vías diferentes: negativa, por medio de coacción física, que debe impedir exteriormente que el autor cometa nuevos delitos y positiva mediante la remoción de la disposición psíquica que lo conduce a la delincuencia (**Ríos R. y otros, 1993**).

### **C. Teorías de la Unión**

Las teorías de la pena tienen un tercer grupo compuesto por las llamadas teorías de la unión, lo que intentan aquellas es combinar los principios legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en una teoría unificadora. Por lo tanto, se trata de teorías que procuran justificar la pena en su capacidad para reprimir retribución y prevenir protección al mismo tiempo.

Estas teorías tratan de mediar entre las teorías absolutas y las relativas, pero no a través de la simple adición de ideas contrapuestas, sino a través de la reflexión práctica de que la pena en la realidad de su aplicación frente al afectado por ella y frente a su mundo circundante siempre desarrolla la totalidad de sus funciones (**Ríos R. y otros, 1993**).

Dicho en otras palabras, la pena será legítima para estas teorías, en la medida en que sea a la vez justa y útil. Los valores justicia y utilidad que en las teorías absolutas resultan excluyentes y en las relativas son contempladas sólo a través de la preponderancia de la utilidad social, resultan unidos en las "teorías" que estamos tratando.

Las teorías de la unión deben admitir que el fin represivo y el preventivo de la pena pueden no coincidir e inclusive ser antinómicos. La pena justa con respecto al hecho cometido puede ser insuficiente con

referencia al autor del mismo y las necesidades preventivas que este plantea a la sociedad. Este conflicto de fines y de criterios legitimantes debe resolverse, como es lógico, optando por uno de ellos al que se otorga preponderancia sobre el otro (**Bacigalupo E., 1996**).

Esto permite configurar dos orientaciones diversas de las teorías de la unión.

- La primera de ellas da preponderancia a la justicia sobre la utilidad, es decir, a la represión sobre la prevención. De acuerdo con esto, la utilidad de la pena puede contemplarse legítimamente siempre y cuando no se requiera ni exceder ni atenuar la pena justa.
- La segunda orientación de las teorías de la unión distribuye en momentos distintos la incidencia legitimante de la utilidad y la justicia. La utilidad es el fundamento de la pena y, por lo tanto, sólo es legítima la pena que opere preventivamente. Pero la utilidad está sujeta a un límite: por consiguiente, sólo es legítima mientras no supere el límite de la pena justa.

En la práctica esto significa que la pena legítima será siempre la pena necesaria según un criterio de utilidad y que la utilidad dejará de ser legitimante cuando la pena necesaria para la prevención supere el límite de la pena justa. La segunda orientación tiene mejores perspectivas desde el punto de vista de la política social y, por tanto, es preferible. Una decisión en favor de una de las teorías o variantes de las teorías que hemos presentado no es posible

En la actualidad, los juristas del derecho penal, tanto en la teoría como en la práctica, sólo pueden trabajar con una serie de criterios justificantes o legitimantes de la pena en distintos momentos de su dinámica: el momento de la amenaza, de la aplicación y de la ejecución.

En este sentido, ROXIN ha propuesto una concepción "dialéctica" de la pena, "*en la medida en que acentúa la oposición de los diferentes puntos de vista y trata de alcanzar una síntesis*"

Por su parte, Zaffaroni afirma que estas teorías son las que predominan en la actualidad, tomando su fundamento de las teorías absolutas y cubriendo sus fallas con. Las teorías relativas. Para ello, explica, estas teorías esgrimen como argumento que la reacción estatal contra el delito siempre es compleja y que, en tanto que es impracticable pensar en una coacción absoluta por la vía retributiva, caer en la pura prevención especial implica confundir la pena con la medida (**Ríos R. y otros, 1993**).

## **2.4. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

### **2.4.1. Noción de principio jurídico**

Por principio, de manera concisa, se entiende como sinónimo de origen, fuente, causa, inicio, base o fundamento. De allí que trasladándolo al campo de las ciencias, se entiende como el punto de partida de un razonamiento, como un axioma o como verdad teórica evidente, como esencia, como propiedad definitoria, como máxima, como aforismo, etc. Esta amplitud de significancia ha dado lugar para que en el ámbito del derecho, el término "principio" sea empleado en diversos sentidos; es decir según la naturaleza y especialidad de cada disciplina interna (**Becerra O., 2012**).

Así, en la teoría del derecho, concretamente en la teorización y definición de la naturaleza de la norma jurídica, se ha establecido que ésta puede manifestarse como regla o como principio. Es decir que, no solamente las reglas son entidades normativas, sino también lo son los principios. De allí que se predique en la doctrina moderna del derecho, fundamentalmente

en el derecho constitucional y en la filosofía jurídica, que los principios constituyen normas jurídicas encargadas de ordenar, dentro del ámbito del objeto normativo, la realización de algo en la mayor medida posible según las posibilidades jurídicas y fácticas, en contraposición a las reglas que tienen mandatos determinados o definitivos que deben ser cumplidos.

Al respecto **Alexy** señala que “*los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas*” (1993, **Citado por Becerra O., 2012**).

Es a partir de esta diferenciación conceptual marcada que actualmente se distingue muy claramente entre lo que significa una regla y lo que supone un principio. Así, mientras que la primera sigue un proceso de subsunción, a través del cual se determina si el hecho concreto se adecúa al supuesto fáctico que en abstracto ella describe, se aplicará la consecuencia de derecho que prevé, es decir el mandato; caso contrario, simplemente no se aplica. En cambio, el segundo, se manifiesta a través de un proceso de optimización que procura que los mandatos sean realizados en la mayor medida posible (**Becerra O., 2012**).

#### **2.4.2. Significado y contenido**

El principio de proporcionalidad suele estudiarse desde dos sentidos, el amplio y el estricto, pero este último se encuentra recogido dentro del primero. Por tanto, la proporcionalidad en sentido amplio engloba tres exigencias:

- A. La exigencia de adecuación a fin: implica que bien el juez o el legislador tiene que elegir la medida o sanción que sea adecuada para alcanzar el fin que la justifica. Para ello han de tener en cuenta el bien jurídico que se tutele. La pena óptima ha de ser cualitativa y cuantitativamente adecuada al fin.
- B. La exigencia de necesidad de pena: si se impone una pena innecesaria se comete una injusticia grave, para que la pena sea necesaria tiene que darse 3 requisitos:
  - 1. La exigencia de menor injerencia posible o de intervención mínima: es decir, la sanción que se imponga ha de ser la menos grave posible de las que tengamos a disposición. Este requisito ha de exigirse tanto en el momento de la culminación de la pena abstracta o determinación en abstracto de la pena, como en la fijación de la pena en concreto.
  - 2. La exigencia de fragmentariedad: lo que significa que al legislador penal no le compete castigar todos los delitos sino sólo aquellos que vayan contra bienes jurídicos susceptibles de protección penal y que solo se recurre al Derecho Penal frente a los ataques más graves e intolerables.
  - 3. La exigencia de subsidiariedad: quiere decir que el Derecho Penal solo ha de intervenir de manera residual, cuando se demuestre que el resto de mecanismos del orden jurídico han fracasado en la tutela de un bien jurídico agredido. En primera instancia nunca debe intervenir el Derecho Penal, sólo en última ratio.
- C. La proporcionalidad en sentido estricto: se exige básicamente al juez para que este realice un juicio de ponderación o valoración donde valore la carga o gravedad de la pena, la cual tiene que venir dada por



determinados indicios: gravedad conducta, bien a proteger y el fin que persigue con esa pena (**Fuentes H., 2008**).

#### **2.4.3. Aproximación al concepto de proporcionalidad**

El concepto de proporcionalidad, en palabras de **Fernández**, es más fácil de comprender que de definir (**2009**). Por proporcionalidad se entiende a aquello que guarda o tiene equivalencia, correspondencia, equilibrio. La proporcionalidad indica o explica una relación de correspondencia, equivalencia o equilibrio entre dos objetos o cosas (**Fuentes H., 2008**).

Según el Diccionario de la Real Academia española, proporcionalidad significa “proporción”, relación o correspondencia debida de las partes con el todo, en cuanto a magnitud, cantidad, o grado, pero también se define en matemáticas como igualdad de dos razones.

#### **2.4.4. Concepto de principio de proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad, que también es conocido como “proporcionalidad de injerencia”, “prohibición de exceso”, “principio de razonabilidad”, entre otras calificaciones, en realidad viene a ser un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales (**Sánchez G., Citado por Fuentes H., 2008**).

Se trata, por tanto, de una herramienta hermenéutica que permite determinar la constitucionalidad tanto de la intervención o restricción como de la no intervención de los poderes públicos sobre los derechos fundamentales (**Castillo C., 2008 Citado por Fuentes H., 2008**).

El principio de proporcionalidad tiene su origen en la jurisprudencia alemana. Según **Castillo Córdova** su origen se remonta a las sentencias dictadas en el siglo XIX por parte del Tribunal Supremo Administrativo Alemán en el área del derecho de policía (**2008, Citado por Fuentes H., 2008**). Luego, es el Tribunal Constitucional Alemán quien lo eleva a rango constitucional, en tanto se deriva del principio de Estado de Derecho. Con posterioridad, el principio de proporcionalidad ha sido recogido e incorporado como principio constitucional por el Tribunal Constitucional Español sobre la base de tres razones fundamentales: i) que se sustenta en la negación u oposición de la arbitrariedad, ii) que es una expresión el principio de Estado de Derecho y iii) tiene una justificación material.

Para **Bernal Pulido**, el principio de proporcionalidad “*admite varias fundamentaciones complementarias, a saber: (i) la propia naturaleza de los principios de los derechos fundamentales; (ii) el principio del Estado de Derecho; (iii) el principio de justicia; (iv) el principio de interdicción de la arbitrariedad*” (**Citado por Fuentes H, 2008**).

Entonces diremos que el principio de proporcionalidad tiene su base o fundamento valorativo en el orden constitucional, en tanto se convierte en el criterio de equilibrio o modulación entre las acciones que el Estado realiza en el cumplimiento de sus fines y el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana. Lo que significa que el principio de proporcionalidad adquiere plena justificación en el ámbito de la actuación de los poderes públicos, en tanto se explicita como filtro de armonía que impide que la

actividad del Estado sobrepase los límites exigibles para la consecución de los intereses colectivos cuando los derechos individuales son afectados o menoscabados infundadamente. Se trata, entonces, de conceder justificadamente a cada principio confrontado lo que razonadamente le corresponde.

En efecto, como indica Alexy: El principio de proporcionalidad forma parte de los principios estructurales, cuya aceptación es necesaria para la satisfacción óptima del sistema jurídico. De ahí resulta que, a medida que una regla ofrece menos libertad de movimiento, la razón que la legitima tiene que ser más fuerte. Esto es lo que ocurre en la metodología de los límites de los derechos fundamentales. De ahí resulta que una regla no puede ser una relación estática del si-entonces, sino que carga en su interior su propia posibilidad de superación. De lo dicho, se puede concluir señalando que el principio de proporcionalidad es una manifestación racional de lo óptimo y que, siendo el ordenamiento constitucional estructural, necesariamente el principio de proporcionalidad es innato en el método de la interpretación constitucional (**Citado por Fuentes H, 2008.**).

Empero, el principio de proporcionalidad se define y comprende a partir de dos dimensiones. Por un lado es entendido en un sentido amplio y, por otro, en un sentido estricto. En el sentido amplio, cuando se trata de evaluar si una intervención en un derecho fundamental o en un interés jurídico es una medida adecuada, necesaria y equilibrada con el orden de cosas; debiendo cada supuesto ser evaluado independiente, concatenada y armónicamente, bajo lo que se ha denominado el triple juicio de proporcionalidad y que comprende: (i) un juicio de adecuación o idoneidad de la medida, (ii) un juicio de necesidad o indispensabilidad de la medida y (iii) un juicio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto de los principios confrontados. En el sentido estricto, por el contrario, se trata de un

juicio valorativo que se limita al ámbito de la ponderación de los principios encontrados y que juegan en sentido contrario como se explicará detalladamente más adelante.

#### **2.4.5. El principio de proporcionalidad en materia penal**

El principio de proporcionalidad en materia penal está básicamente determinado a la gravedad de la pena o de la medida de seguridad debe relacionarse con la gravedad del hecho cometido o con la peligrosidad del sujeto respectivamente. Es incuestionable que tiene una gran vinculación con el principio de culpabilidad, no obstante en ningún caso la proporcionalidad puede sustituir a la culpabilidad con la que siempre concurre. En síntesis resulta que la idea de proporcionalidad no puede ser desvinculada con las consideraciones sobre el fin y función de la pena (**Fuentes H., 2008**).

*“Para el Derecho penal la proporcionalidad supone la correspondencia valorativa entre el delito y la sanción respectiva (pena o medida de seguridad) o entre el injusto y la sanción que se le asocia. En sentido negativo el principio de proporcionalidad supone el rechazo del establecimiento de conminaciones y la imposición de penas que carezcan de toda relación valorativa con el hecho delictivo, ya sea cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos es groseramente desproporcionada respecto a la lesividad del conflicto” (Castillo J., s/f citado por Alegría J., y otros, 2011).*

Entonces, del Principio de Proporcionalidad posemos señalar que como contenido esencial, que toda imposición desmedida o innecesaria de sanciones, sean penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias, representará siempre una restricción o privación abusiva y arbitraria de derechos. Asimismo de él también se deriva como regla para el legislador la necesidad de establecer límites claros y tolerables para cada pena. Siendo

esto, en la praxis legislativa o judicial debe afanarse la materialidad de una pena justa.

La pena que establezca el legislador al delito deberá ser proporcional a la importancia social del hecho, en este sentido no deben de admitirse penas o medidas de seguridad, exageradas o irracionales en relación con la prevención del delito, encontrando dos exigencias:

- La pena debe ser proporcional al delito, es decir, no debe ser exagerada.
- La proporcionalidad se medirá con base en la importancia social del hecho

Por lo tanto la necesidad de la proporcionalidad se desprende de la exigencia de una prevención general, capaz de producir sus efectos en la colectividad. De este modo, el derecho penal debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tiene los hechos, según el grado de afectación al bien jurídico.

#### **2.4.6. El principio de proporcionalidad en el Sistema Constitucional Peruano**

Al referirnos al principio de proporcionalidad en el sistema constitucional peruano tenemos que trasladarnos al último párrafo del artículo 200° de la Constitución, que establece “*el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo*”, el sentido que determina la constitución al referido principio, es conocido como determinación judicial.

Es por ello que el Tribunal Constitucional ha manifestado que en la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Asimismo, el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. Por lo tanto, el tribunal constitucional acertadamente reconoce la existencia del principio de proporcionalidad como un principio del entero ordenamiento jurídico peruano, invocable por tanto en cualquiera de los ámbitos del derecho y no sólo aplicable para los casos de determinar la proporcionalidad de la concreta medida restrictiva de un derecho constitucional suspendido en un régimen de excepción (**Castillo L., 2008**).

Por otro lado el Tribunal Constitucional tomando como base los principios de unidad de la constitución y de concordancia práctica en el Exp. 0012-2006-PI manifiesta que el principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado Constitucional y como tal tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales.

En efecto es a partir de esta precisión jurisprudencial del Tribunal Constitucional que se ha institucionalizado el principio de proporcionalidad como un principio fundamental del sistema jurídico constitucional; debiéndose precisar que no es el primer pronunciamiento jurisdiccional sobre el tema, toda vez que ya lo había hecho en el Expediente N° 0010-2000-AI; en cuya sentencia interpreta que la exigencia de proporcionalidad para las medidas restrictivas de derechos no se circunscribe a los supuestos de un estado de excepción, como parecería indicar literalmente la norma, sino que al tener la calidad de principio se proyecta a todo el ordenamiento jurídico; mucho más si, como indica la doctrina jurisprudencial comparada y lo recoge

el propio tribunal, el principio de proporcionalidad al derivar de la cláusula del Estado de Derecho, no solamente comporta una garantía de seguridad jurídica, sino que además supone la efectivización de reales y precisas exigencias de justicia material (*Becerra O., s/f*).

En efecto el Estado de derecho fundamenta el principio de proporcionalidad en la medida que al sujetarse el poder político a la Constitución, se sujeta también a los dispositivos constitucionales que reconocen y garantizan derechos, atadura que le obliga a un respeto irrestricto de los mismos y, en todo caso, a que la afectación de los derechos sea razonable y equilibrada, es decir, se ajuste a las exigencias del principio de proporcionalidad.

#### **2.4.7. Relación entre la proporcionalidad y razonabilidad**

El Tribunal Constitucional si bien es cierto ha manifestado anteriormente un mismo entendimiento y significado de proporcionalidad y razonabilidad, también señala que si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable.

Se consolida este entendimiento unitario si se concibe que la proporcionalidad o razonabilidad significan exactamente lo contrario a arbitrariedad. Es decir, lo razonable y proporcionado supone el rechazo de todo acto o norma arbitraria, arbitrariedad entendida como “el reverso de la justicia y el derecho”, y como “lo carente de fundamentación objetiva; como lo

incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo”. La unidad del principio de razonabilidad y de proporcionalidad le viene por oposición al principio de interdicción de la arbitrariedad como lo ha venido estableciendo en su jurisprudencia al tribunal constitucional (**Castillo L., 2008**).

#### **2.4.8. Los sub principios o test de proporcionalidad**

Es necesario señalar que cuando se habla de proporcionalidad o razonabilidad se habla fundamentalmente de evitar la actuación arbitraria del poder, en particular, cuando se refiere de su actuación respecto de los derechos constitucionales o fundamentales. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio de razonabilidad implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos. Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos.

Ahora el principio de proporcionalidad tiene una lógica y mecánica interna en la determinación de la existencia de esa adecuada relación entre lo sacrificado y la finalidad del sacrificio, que exige someter la medida o acto cuya proporcionalidad se pretende evaluar a un triple juicio. Ese triple juicio está conformado por el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad sensu estricto. Para que una medida sea calificada de proporcionada o razonable, debe necesariamente superar cada uno de estos tres juicios. Es decir, debe ser idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto. Estos tres juicios no han sido ajenos, al menos no en su enunciación, a la jurisprudencia del tribunal constitucional. (**Castillo L., 2008**).



## **A. Examen o Test de Idoneidad o Adecuación**

El primer juicio está referido a la idoneidad que consiste en verificar si el fin puede ser considerado legítimo desde el punto de vista constitucional. Este primer elemento es un presupuesto del segundo, únicamente si se ha establecido de antemano qué finalidad persigue la intervención legislativa, y si se ha constatado que esta finalidad no resulta ilegítima desde las perspectivas de la Constitución, podrá enjuiciarse si la medida adoptada por el legislador resulta idónea para contribuir a su realización **(Alegría J., y otros, 2011)**.

Ahora para iniciar este análisis de idoneidad, resulta indispensable establecer cuál es el fin que la ley pretende favorecer y corroborar que se trata de un fin constitucionalmente legítimo, es por ello que sobre la legitimidad del fin legislativo ha sido designado en algunas sentencias del Tribunal Constitucional como “juicio de razonabilidad” de la intervención legislativa en los derechos fundamentales. El objeto de este juicio de razonabilidad consiste en constatar, que la norma legal sub examine no constituye una decisión arbitraria, porque está fundamentada en alguna razón legítima.

Sin embargo en un primer plano del examen de idoneidad no sólo debe verificarse que el fin mediato de la norma legal sea legítimo, sino que a su ámbito normativo pueda adscribirse interpretativamente el fin inmediato. A su vez, en un segundo plano del juicio de idoneidad, es por ello que en el juicio de idoneidad no debe confundirse el medio con su fin inmediato, ni el fin inmediato con el fin mediato. El medio no puede ser el fin de sí mismo, así como el objetivo concreto de la medida adoptada por el Parlamento no es el principio constitucional al que dicho objetivo concreto se adscribe.

Estos tres términos deben ser diferenciados unos de otros y sus relaciones analíticas y fácticas deben ser reconstruidas. El nexo entre el medio legislativo y su fin inmediato es de tipo fáctico. Por su parte, las relaciones entre el fin inmediato y el fin mediato (el principio constitucional) de la medida legislativa se reconstruyen con base en un conjunto de premisas analíticas. Entre un fin y otro media una relación adscriptiva de naturaleza idéntica a aquella que existe en la adscripción prima facie de la norma o posición iusfundamental afectada por la intervención legislativa. En esta adscripción puede aparecer además algunos fines intermedios, que se ubiquen entre el fin mediato y el inmediato (*Alegría J., y otros, 2011*).

La idoneidad presupone que entre el medio y el fin debe existir una relación positiva el medio debe facilitar la obtención del fin. Sin embargo, esta relación positiva puede tener una mayor o menor intensidad, cuando se observa a partir de distintos puntos de vista. De este modo, desde el punto de vista de la eficacia, un medio puede ser más o menos eficaz para la obtención de su fin; desde la perspectiva temporal, un medio puede contribuir con mayor o menor rapidez a la obtención de su objetivo; desde la perspectiva de la realización del fin, un medio puede contribuir para que se realicen más o menos aspectos relativos al fin y, desde el punto de vista de la probabilidad, un medio puede contribuir con mayor o menor seguridad para alcanzar la finalidad que se propone (*Alegría J., y otros, 2011*).

Entonces la idoneidad de una medida adoptada por el Parlamento dependerá de que ésta guarde una relación positiva de cualquier tipo con su fin inmediato, es decir debe de facilitar su realización de algún modo, con independencia de su grado de eficacia, rapidez, plenitud y seguridad.

Por otro lado la ley penal interviene en el derecho a la libertad personal y otros derechos fundamentales, en el examen de idoneidad hay que constatar que la pena es idónea para la consecución de un objetivo

constitucionalmente legítimo. Es por ello que la idoneidad o adecuación, deberá ser evaluada con relación a los derechos o principios que, efectivamente, se encuentran comprometidos, al margen que de los objetivos aparentes o hipotéticos expuestos por quien interviene en el ámbito de un derecho fundamental, resulten o se mencionen como fines a derechos no comprometidos realmente. Aquí cabe distinguir entre fines reales y aparentes en la intervención de los derechos (*Alegría J., y otros, 2011*).

En efecto el juicio de idoneidad tiene una doble exigencia ya que en un primer plano requiere que la medida o acto de limitación del derecho constitucional tenga un fin constitucionalmente permitido y socialmente relevante; y en segundo plano exige que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin. Debe tenerse siempre en cuenta que lo que exige este primer juicio o subprincipio de idoneidad es que la medida elegida como medio para alcanzar el fin no resulte desde todo punto de vista absolutamente incapaz para conseguir la finalidad que se persigue. De manera que, por ínfima que sea la afectación de un derecho fundamental, si tal restricción es manifiestamente inútil, será una medida desproporcionada por no idónea e irrazonable. En cualquier caso, y dado que se presume la constitucionalidad o legalidad de las actuaciones estatales, en caso de duda se ha de estar por la idoneidad de la medida.

## **B. Examen o Test de Necesidad**

Conforme señala Bernal Pulido la aplicación del examen o test de necesidad en el aspecto legislativo, presupone la existencia por lo menos de un medio alternativo a la medida adoptada por el legislador. Pues de no existir estos medios alternativos no sería posible efectuar comparación alguna entre estos y la medida legislativa. Para determinar si cumple con las exigencias de la necesidad. El análisis de necesidad es una comparación de

medios, distinto al examen de idoneidad en donde se observa la relación entre el medio legislativo y su finalidad (***citado por Alegría J., y otros, 2011***).

El test de necesidad implica que no sólo se haya comprobado la idoneidad de la medida cuya proporcionalidad se controla, sino también se haya determinado su fin inmediato. La idoneidad para alcanzar el fin inmediato constituye el criterio de selección de los medios alternativos. Por esta razón se considera al fin inmediato como una constante en el análisis de necesidad, es decir, como un dato que no se cuestiona, así mismo debe de cumplirse dos supuestos en el este juicio de necesidad establecida por **Jakobs** que a continuación presentamos:

- Análisis de la idoneidad equivalente o mayor de los medios alternativos, las palabras claves en este punto son idoneidad equivalente y fin inmediato. El primer punto se refiere a llevarse a cabo un análisis de los medios alternativos. En cuanto a la finalidad inmediata que debe ser obtenida al escoger la medida alternativa; esto es si el medio elegido contribuye en mayor medida a la obtención de la finalidad inmediata (***citado por Alegría J., y otros, 2011***).
- Búsqueda de un medio más benigno con el derecho fundamental afectado, sobre este punto el autor señala que una medida adoptada por el legislador resulta innecesaria, si alguno de los medios alternativos reviste por lo menos una idoneidad equivalente para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto, además que interviene en un menor grado en el derecho fundamental afectado. De tal forma que el medio alternativo elegido no afecte negativamente el derecho fundamental (***citado por Alegría J., y otros, 2011***).

En síntesis si la medida que afecta un derecho fundamental ha superado el juicio de idoneidad no por ello es necesariamente una medida que se ajuste al principio de proporcionalidad, sino que ha de superar como siguiente paso el juicio de necesidad. Asimismo es llamado también juicio de indispensabilidad, ya que consiste en examinar si la medida que se evalúa es la menos restrictiva del derecho fundamental que otras medidas igualmente eficaces. Por lo tanto es claro que presupone el juicio de eficacia, en cuanto que el juicio de necesidad sólo se realiza entre medidas igualmente eficaces para el logro de la finalidad que se persigue.

### **C. Examen o Test de Proporcionalidad Estricta**

Para el test de proporcionalidad cuando existe un conflicto entre principios la solución no se pondera por la validez absoluta o no de uno de los principios en conflicto, sino que ha de depender de las consideraciones particulares del caso el orden de prelación de los mismos. Por ello, cuando se da un conflicto entre principios, el método para solucionarlos es la teoría de la ponderación.

Ahora bien, cuando se trata de derechos fundamentales, los mismos por lo general no tienen la estructura de una regla, es decir, no tienen un supuesto de hecho y una consecuencias cerradas. Asimismo, no pueden ser tomados en cuenta como reglas, porque a diferencia de ellas no se sigue la llamada estructura del “todo o nada” cuando hay un conflicto entre ellos, es decir, las reglas deben ser cumplidas o no cumplidas, mas no pueden ser susceptibles de limitación, pues su supuesto de hecho es cerrado.

Por ello, se les ha considerado como principios, sobretodo porque cuando dos o más derechos fundamentales colisionan, puede limitarse uno y preferirse el otro, porque son mandatos de optimización, cuya realización

solo puede ser dada cuando se den todas las condiciones jurídicas y fácticas **(citado por Alegría J., y otros, 2011)**.

El método a utilizar a efectos de determinar cuál de los dos derechos es el que ha de preferirse en el caso concreto, es la ponderación. La teoría de la ponderación parte de la idea de que todos los derechos fundamentales, al ser derivaciones de la dignidad humana, tienen el mismo valor para el ordenamiento jurídico, por dicha razón, los mismos pueden ser sopesados. Tanto la ponderación como el principio de proporcionalidad comparten los mismos sub principios que han de analizarse cuando dos derechos se encuentran en conflicto (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) teniendo en cuenta la forma establecida por Bernal Pulido adoptada por el reconocido Alexy los cuales son:

- i) Se ha de determinar las magnitudes que han de ser ponderadas, con lo cual se ha de verificar la importancia del derecho fundamental restringido y la importancia del fin que se busca con la intervención. (Determinación del grado de afectación del derecho fundamental).
- ii) El segundo punto es comparar ambas magnitudes, a efectos de determinar si la importancia del fin perseguido es mayor a la importancia de la intervención en el derecho fundamental. (Análisis económico de los efectos).
- iii) Sobre la base de los resultados del segundo punto se ha de construir una regla de precedencia condicionada, es decir, que la magnitud más importante se coloca sobre la segunda, pero con efectos sólo para caso concreto. **(Citado por Alegría J., y otros, 2011)**.

## CUADRO N° 5: FORMULA DEL PESO EN EL TEST DE PONDERACION

FORMULA DEL PESO EN EL TEST DE PONDERACIÓN				
<b>COMPOSICIÓN DE LA FÓRMULA DE PESO</b>	<b>La intensidad de la intervención/satisfacción</b>	Se trata de evaluar las intensidades de la intervención/satisfacción en los derechos en conflicto.	<b>Escala Triádica</b>	Leve (1) Medio (2) Intenso (4)
	<b>El peso abstracto</b>	Es el peso abstracto que tienen asignados los derechos en conflicto.		No se aplica, puesto dado que todos los derechos tienen el mismo peso.
	<b>Las premisas empíricas/normativas</b>	Se trata de evaluar la fiabilidad de los supuestos empíricos y normativos en los que se encuentran los derechos en conflicto.		Seguro (1) plausible (½) No evidentemente falso (¼).

*Fuente: Elaboración propia*

### 2.4.9. Teoría sobre la Evaluación de la proporcionalidad entre penas y delitos

Para la creación de las penas por parte del legislador y prohibirle el exceso en las mismas, este debe aplicar, como siguiente paso, el principio constitucional de proporcionalidad. Es decir será él quien debe efectuar el juicio de proporcionalidad en abstracto, describiendo una conducta de manera tal que sea posible adjudicarle un contenido de gravedad.

Es por eso que toda pena exige al legislador preguntarse por la concreción de tres subprincipios: la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Es por ello que debemos tener bien claro que para establecer la debida proporcionalidad entre penas y delitos, el legislador cuenta con un

amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y política, en última instancia, de su específica libertad democrática; amplio margen que se torna de plena libertad para la formulación de las penas, de manera que la relación que debe guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de ponderación del legislador (**Valarezo y otros, 2011**).

Esta corriente nos señala que la libertad que tiene el legislador es el punto de partida de su trabajo, su libertad se encuentra limitada al establecer las penas debidamente proporcionadas, es decir se tiene que restringir el derecho a la libertad excepcionalmente por la ley, cuando otras razones constitucionales así lo exijan. Las mismas deben de ser proporcionadas.

En efecto cuando hablamos del principio de proporcionalidad que el legislador debe emplear cuando va a crear una ley penal, tenemos que decir que la intervención del legislador en derechos fundamentales podrá considerarse válida siempre y cuando:

- Persiga un fin constitucionalmente legítimo.
- Constituya un medio idóneo para alcanzarlo.
- Sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad.
- Exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativa.

Luigi Ferrajoli nos señala que no existe una relación natural entre pena y delito, pero esto no significa que la pena deba ser adecuada al delito. El carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la pena exige que la calidad y la cantidad de la misma se realicen por el legislador tomando en cuenta la relación con la naturaleza y la gravedad del delito (**citado por Valarezo y otros, 2011**)).



Para Ferrajoli el principio de proporcionalidad expresado en la antigua máxima poena debet commensurari delicto es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico (***citado por Valarezo y otros, 2011***)).

Ahora el principio de proporcionalidad, propio de un régimen constitucionalizado, solamente puede afirmarse con el derecho penal moderno, es decir cuando hablamos de legalidad, certeza, igualdad, mensurabilidad y la calculabilidad de las penas. Ya Beccaria pensaba que si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas en que se graduasen de la mayor hasta la menos dura.

Para el doctrinario Ferrajoli no se puede lograr con las viejas penas del talión, desde las corporales a las capitales: las cuales, aunque en apariencia más próxima al principio retributivo, no permitían ninguna graduación y medición, a causa de su indivisibilidad. Sólo con el advenimiento de las penas abstractas y convencionales privativas de libertad y pecuniarias se realiza, mediante la posibilidad de cuantificación en tiempo y en dinero, el presupuesto técnico de la proporcionalidad de la pena, como bien señala Ferrajoli:

*“La idea en apariencia elemental de la proporcionalidad de la pena al delito no ofrece, de por sí, ningún criterio objetivo de ponderación. Una vez dissociada la calidad de la primera de la calidad del segundo y reconocida la insalvable heterogeneidad entre una y otro, no existen en efecto criterios naturales, sino sólo criterios pragmáticos basados en valoraciones ético-políticas o de oportunidad para establecer la calidad y la cantidad de la pena adecuada a cada delito. De ello se sigue que el problema de la justificación del tipo y de la medida de la pena aplicable en cada caso, como por lo demás el apenas discutido de los límites máximos de pena sea cual fuere el delito cometido, es un problema moral y*

*político, es decir, exclusivamente de legitimación externa” (citado por Valarezo y otros, 2011)).*

Es por ello que la única solución que se podría dar a la proporcionalidad entre penas y delitos es utilizando el método técnico propuesto en el sentido de que solamente a través de la racionalidad legislativa se logrará establecer argumentos que logren establecer penas por lo menos razonables.

*“...en virtud del sub principio de idoneidad sólo puede justificarse una medida a la luz de determinado fin si ésta en efecto contribuye a su consecución, pero no si resulta indiferente o incluso contraproducente de cara a la realización del fin propuesto. Con el sub principio de necesidad, por su parte, se quiere poner freno a la tendencia a emplear los medios más contundentes, más invasivos, para alcanzar los objetivos legislativos de un modo pretendidamente más eficaz. Finalmente, el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, al exigir que la libertad que se protege con la intervención del legislador no resulte inferior a la que se sacrifica, representa una clara concreción del principio de utilidad” (citado por Valarezo y otros, 2011)).*

Sin embargo, podemos recalcar junto con Lopera que toda sanción penal incorpora una connotación estigmatizante que no suele estar presente en las sanciones que se imponen por conducto de otras normas del ordenamiento, pues las penas son vistas como el castigo que la sociedad reserva a los hechos más graves, y su imposición conlleva un juicio de reproche ético que, desde el punto de vista iusfundamental, se traduce en una afectación en el honor de la persona sobre la que recae (**Valarezo y otros, 2011**).

En efecto una vez que el legislador ha establecido las penas conforme a la técnica de la razonabilidad legislativa penal presentada en el

apartado anterior, tendrá que proseguir con el análisis del test de proporcionalidad para darle más contundencia a su punto de vista externo.

En ese orden de ideas debe tenerse a la razonabilidad como una técnica legislativa penal, por lo que es importante señalar que el legislador al momento de crear una ley penal esta representa una gran magnitud, dado que este va a encaminar el comportamiento social por una determinada senda. En forma general **Reyes Rodríguez** nos señala la importancia del trabajo legislativo al decir que:

*“...la manera en que se conducirán las relaciones; la discrecionalidad de las autoridades; la participación de los ciudadanos; la distribución de los recursos; la asignación de los derechos de propiedad; la certidumbre de las transacciones económicas y la capacidad para predecir tanto acciones futuras como el cumplimiento de mecanismos para ejecutar las obligaciones jurídicas, depende de quienes formulen las leyes”*

Ahora para eliminar las ambigüedades al momento de crear una ley vamos a adoptar el método de la racionalidad como alternativa para que el legislador fundamente sus criterios. Para Diez J. establece que esta es la capacidad para elaborar una decisión legislativa atendiendo a los datos relevantes de la realidad social y jurídica sobre los que aquella incide. **(Citado por Valarezo y otros, 2011).**

Para utilizar la técnica que propone el referido autor el legislador debe establecer el techo de la pena o el máximo de pena (TCH\*P), para esto tiene que con argumentos sólidos justificarla, tomando en cuenta la racionalidad lingüística (RL), la racionalidad sistemática (RS), racionalidad pragmática (RP), la racionalidad teleológica (RT) y la racionalidad ética (RE). En nuestro país las penas más graves tienen un máximo de 35 años. Ferrajoli ha sostenido, de forma documentada y persuasiva, que la pena no

puede superar los diez años de privación de libertad; pasados los cuales, dice, se causaría un daño irreversible en las personas (**Valarezo y otros, 2011**). La fórmula sería la siguiente:

$$\frac{TCH * P}{RL + RS + RP + RT + RE} = \text{Pena Máxima}$$

Asimismo, el legislador tendrá que utilizar la teoría del bien jurídico ponderado y reflexionar, tipo por tipo, la relación que existe entre el bien jurídico constitucionalmente protegido, el tipo penal y la potencial restricción del derecho a la libertad.

En efecto se tiene que utilizar los parámetros del principio de lesividad: sólo se persiguen hechos que afecten a un bien jurídico; y el de proporcionalidad: a mayor restricción de la libertad mayor importancia del bien jurídico lesionado penalmente. La sociedad debe tomar en cuenta que lo más importante en la creación de la pena es su eficacia y prontitud de la imposición que la severidad de la misma.

Al ponderar el bien jurídico el legislador tendrá que a su vez racionalizar la gravedad del delito, es decir el grado de la ofensa, el desvalor de la acción, la trascendencia social del hecho, el grado de ejecución y las formas de participación. Todo esto tomando en cuenta la necesidad de tutela y los fines que se persigue con la pena a implantarse (**Valarezo y otros, 2011**).

Los parámetros racionales que debe seguir el legislador serán los que propone Manuel Atienza. La racionalidad legislativa no es sino un aspecto de la racionalidad práctica en general. Este aspecto de racionalidad práctica, según Atienza se da en tres momentos distintos:

- La legislación en sí misma, preguntándose respecto al lugar que ésta ocupa en el conjunto del sistema jurídico y en relación con los demás elementos de dicho ordenamiento; o quizás, cuál es su función en el contexto de la evolución de los sistemas jurídicos.
- Proceso de producción de las leyes, planteando bajo qué condiciones o hasta qué punto puede considerarse racional la actividad de legislar.
- Resultado de ese proceso, esto es, de racionalidad de las leyes **(citado por Valarezo y otros, 2011)**.

Por otro lado, en el campo de la predeterminación de la pena el legislador debe utilizar los siguientes parámetros que permitirán crear una ley que sea proporcional. Para esto los parámetros de racionalidad propuestos por Atienza vamos a encaminarlos al momento del preestablecimiento de la pena. El legislador deberá tomar en cuenta los siguientes planteamientos:

- La racionalidad lingüística. La pena que establezca el legislador debe crear un impacto en el ciudadano, de tal forma que le permita receptor el mensaje de coercitividad expresado en una cantidad idónea, produciendo esto en el ciudadano cierto temor. El objetivo es que no se fracase en el acto comunicativo de la pena.
- La racionalidad sistemática. La pena impuesta a un delito debe ajustarse al ordenamiento regido por parámetros principialistas y valorativos propios de un sistema constitucional y garantista.
- La racionalidad pragmática. Al momento de establecer la pena el legislador debe ver que esta sea efectiva de tal forma que influya en el comportamiento humano. Es decir la pena debe ser la adecuada y

necesaria que permita la aceptación por parte del ciudadano dado que esta al ser cumplida logra con los objetivos planteados.

- La racionalidad teleológica. En este momento el legislador debe establecer la finalidad de la pena cualitativa y cuantitativamente para un delito concreto. Es decir describir los objetivos, fines y metas de una pena particular para un delito concreto. De tal forma que la pena produzcan los efectos que se desean.
- La racionalidad ética. En este nivel el legislador deberá argumentar de por qué del establecimiento de una pena determinada para tal o cual delito. Lo anterior debe permitir que la pena creada sea legítima y justa. Se debe justificar la pena en valores superiores de tal forma que tenga legitimación ética, que prescriba comportamientos justos y que persiga fines legítimos (*citado por Valarezo y otros, 2011*).

Estos procedimientos permitirán desechar o justificar cualquier cosa para salvaguardar el bien jurídico protegido. Lo que se quiere es proteger a la sociedad a través del principio de seguridad jurídica, principio de mínima intervención. Además permitirá proteger las necesidades de la convivencia social externa (principio de lesividad) como la reserva del derecho penal para prevenir conductas gravemente perjudicables (principio de fragmentariedad).

#### **2.4.10 El principio de proporcionalidad en el derecho comparado**

##### **A. Alemania**

El principio de proporcionalidad no se encuentra regulado en forma expresa en la constitución, pero el tribunal lo califica como máxima constitucional. No existe unanimidad en la doctrina alemana sobre la

denominación y el contenido de este principio. Asimismo, el tribunal constitucional considera que la principal función del principio de proporcionalidad en sentido amplio es la de límite a las injerencias de los derechos fundamentales. Y la jurisprudencia y gran parte de la doctrina alemana sostienen que el contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio se divide en tres sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

## **B. Austria**

El principio de proporcionalidad es considerado como un principio general del ordenamiento jurídico y domina la discusión moderna sobre las injerencias estatales en los derechos fundamentales debido a su función de medida de ponderación entre los fines colectivos del Estado o de la sociedad, por una parte y la garantía del contenido esencial de los derechos humanos, por otra.

En consonancia con una parte importante de la doctrina, el tribunal constitucional austriaco a diferencia de Alemania y España deriva la necesidad de proporcionalidad del principio de igualdad. Por ello el principio de proporcionalidad es entendido por la doctrina en doble sentido, sentido amplio como un supra concepto de un examen que incluye a la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, pero otros autores quieren verle en este último sentido.

## **C. España**

La mayoría de la doctrina penalista se muestra de acuerdo en reconocer rango constitucional al principio de proporcionalidad, pero no existe consenso acerca del precepto constitucional pueda considerarse

consagrado este de proporcionalidad es reconocido implícitamente en los artículos 1.1 sobre justicia y libertad. 10.1 referente a dignidad de las personas y derechos inviolables y 9.3 conexo a la arbitrariedad de los poderes públicos.

La mayoría de la doctrina cuando analiza los límites al ius puniendi el principio de proporcionalidad, con independencia de su ubicación, solo se refiere a este principio en sentido estricto, pero otro sector sigue la postura mayoritaria en Alemania.

#### **D. Colombia**

En la jurisprudencia colombiana, este principio ha estado vinculado con el principio de legalidad por ello el principio de proporcionalidad, en su variante de la interdicción del exceso prohibición de medidas excesivas, es el criterio para controlar la constitucionalidad de la ley en el marco de estas relaciones, siempre desde el punto d vista de la afectación del derecho de defensa.

El principio de proporcionalidad está conformado por los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyo cumplimiento controla la corte constitucional. por otro lado el principio de proporcionalidad es la prohibición de protección deficiente que se aplica para determinar si las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones de estos derechos.



## 2.5. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

**A. Pena:** Sanción, previamente establecida por ley, para quien comete un delito o falta, también especificados (**Cabanellas G., 2006**).

**B. Principio:** Primer instante del ser, de la existencia, de la vida. Razón, fundamento, origen. Causa primera. Fundamentos o rudimentos de una ciencia o arte. Máxima, norma, guía (**Cabanellas G., 2006**).

**C. Acción:** En derecho penal: Conducta Humana por la que se exterioriza la voluntad del agente en la ejecución de un delito; puede darse por medio de un hacer, es decir, desarrollando una actividad, constituyéndose un delito comisivo, o por medio de una omisión (**Diccionario Jurídico**).

**D. Violencia:** Uso de la fuerza física contra el sujeto para doblegar su voluntad y obtener de él un beneficio que no hubiese otorgado de otra forma (**Diccionario Jurídico**).

**E. Resistencia:** Oposición material o moral a una fuerza, de ésta o de aquella clase. Corporalmente, aguante, tolerancia, sufrimiento, paciencia frente a privaciones y penalidades. Para el ánimo, capacidad y elevación de espíritu que soporta sacrificios, adversidades e injusticias. Obstrucción (**Cabanellas G., 2006**).

**F. Graduación:** Acción o efecto de graduar, de dividir en grados o categorías a las personas, cosas o derechos. En general, toda ordenación o escalonamiento (**Cabanellas G., 2006**).

### **CAPÍTULO III**

#### **PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS**

##### **3.1. ANÁLISIS DE TABLAS Y GRÁFICOS**

Para el estudio del análisis de datos, se ha tomado en cuenta aplicar encuestas a los fiscales penales de las Fiscalías de Arequipa, con el objeto de determinar si los fiscales penales consideran que es necesario modificar el artículo 367° del Código Penal en mención con una adecuada graduación de la pena que garantice el respeto al Principio de Proporcionalidad. En ese sentido, se ha elaborado cuadros en forma independiente, sustrayéndose de cada una de las encuestas, datos relacionados con los criterios y opiniones de cada fiscal, entre otros aspectos que permiten analizar el presente problema de investigación.

##### **ELABORACIÓN DEL CUESTIONARIO DE PREGUNTAS**

Para analizar la siguiente herramienta se utilizó la técnica del cuestionario y se aplicó a la población de manera no probabilística por la cantidad de fiscales penales de las Fiscalías de Arequipa.

### **TABLA N° 1**

**Tipo de daño que se presenta con mayor frecuencia en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.**

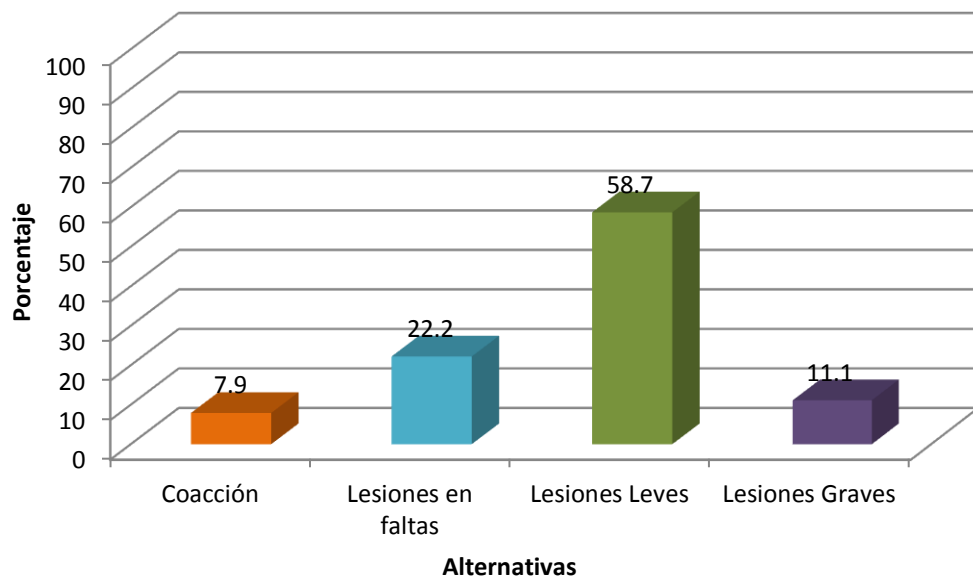
<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
Coacción	5	7.9
Lesiones en faltas	14	22.2
Lesiones Leves	37	58.7
Lesiones Graves	7	11.1
Total	63	99.9

**Fuente:** Encuesta aplicada a los fiscales penales de Arequipa.

De los 63 fiscales encuestados 5 afirman que es la coacción el tipo de daño con mayor frecuencia, 14 afirman que son las lesiones en falta, 37 afirman que son las lesiones leves y 7 afirman que son las lesiones graves el tipo de daño que se presenta con mayor frecuencia en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.

Se ha comprobado entonces que en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones se presentan todos los tipos de daños, los cuales cada uno tiene distinta gravedad e intensidad, en ese sentido resultaron siendo las lesiones leves el tipo de daño que se muestra con mayor frecuencia, y las lesiones graves no son frecuentes, sin embargo no quiere decir que no se presenten, puesto que como se hizo mención anteriormente hubieron casos como el de La Parada y casos en que la Policía sufre graves daños en los que hasta llegan a ser hospitalizados.

**Gráfico N° 1**  
**Tipo de daño que se presenta con mayor frecuencia en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones**



**Fuente:** Encuesta aplicada a los fiscales penales de Arequipa.

## TABLA Nº 2

**Consideración del tipo de daño causado en la pena contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.**

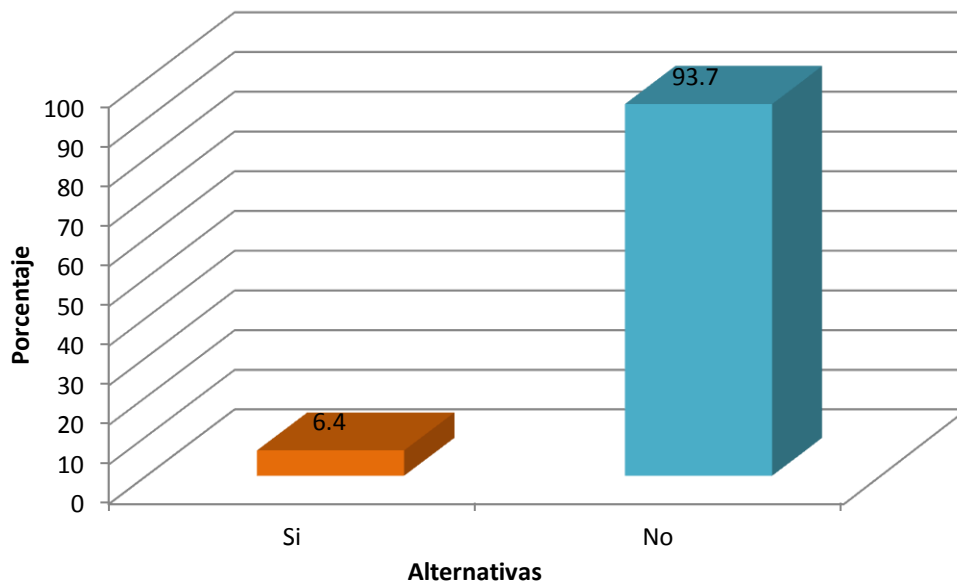
ALTERNATIVA	f	%
Si	4	6.4
No	59	93.7
Total	63	100.1

**Fuente:** Encuesta aplicada a los fiscales penales de Arequipa.

De los 63 fiscales encuestados 4 afirman que el tipo de daño causado si es considerado, mientras que 59 afirman que el tipo de daño no es considerado en la pena contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal.

Se ha corroborado entonces que la pena contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal no considera el tipo de daño causado, aspecto evidenciado ya que dada la actual determinación legal del tipo penal, deja de lado aquel aspecto lo que es indispensable para que la pena por la responsabilidad del agente sea proporcional, ya que para el tipo penal solo basta la condición de sujeto pasivo para que se encuentre en el rango de pena de no menor de ocho ni mayor de doce establecido, ello claro que en una determinación judicial si será apreciado al momento de la imposición de la pena, sin embargo resulta desproporcional el no considerar el tipo de daño al momento de la determinación legal puesto que la sola condición del sujeto pasivo no basta para que se regule dentro de tal rango de pena, es necesario que exista una graduación de la pena considerando tal aspecto y así se pueda dar una pena proporcional.

**Gráfico N° 2**  
**Consideración del tipo de daño causado en la pena**  
**contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo**  
**367° del Código Penal sobre formas agravadas de**  
**violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio**  
**de sus funciones**



**Fuente:** Encuesta aplicada a los fiscales penales de Arequipa.

### **TABLA N° 3**

#### **Modalidad de acción más frecuentemente efectuada en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.**

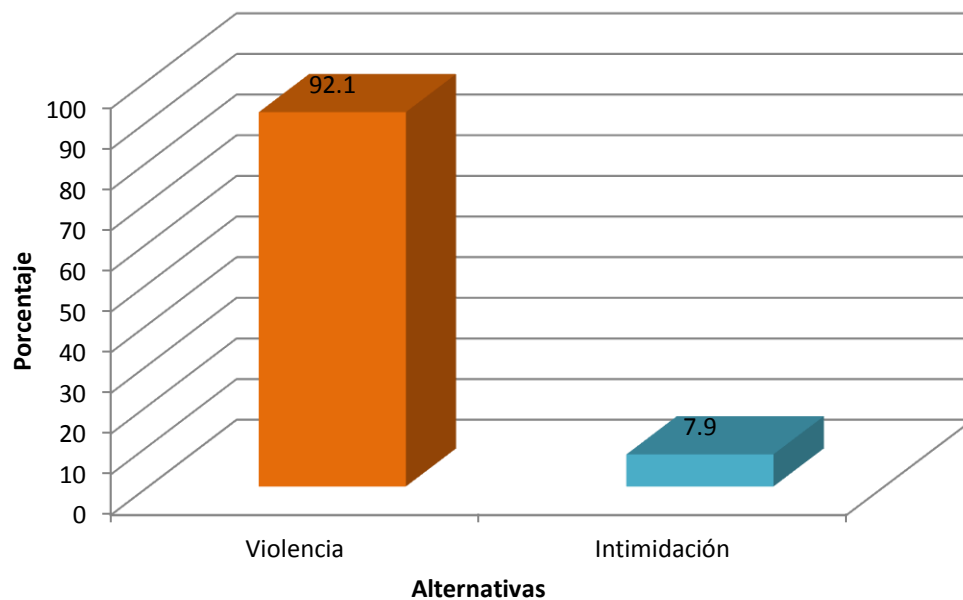
<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
Violencia	58	92.1
Intimidación	5	7.9
Total	63	%

**Fuente:** Encuesta aplicada a los fiscales penales de Arequipa.

De los 63 fiscales encuestados 58 afirman que es la violencia la modalidad de acción más frecuente efectuada en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones y 5 afirman que es la intimidación la modalidad de acción más frecuente efectuada en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.

Se ha evidenciado entonces que la violencia es la modalidad que se presenta con mayor frecuencia, y que la intimidación no es tan frecuente pero también se presenta en este tipo de casos, por consiguiente podemos apreciar que los funcionarios públicos y personas que les prestan apoyo, la mayoría de veces son víctimas de violencia, en su calidad de autoridad y en ejercicio de sus funciones; en ese sentido los agentes en su afán de querer impedir o trabar el ejercicio de las funciones de aquellos cometen mayormente actos de violencia.

**Gráfico N° 3**  
**Modalidad de acción más frecuentemente efectuada en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones**



**Fuente:** Encuesta aplicada a los fiscales penales de Arequipa.



#### **TABLA N° 4**

**Consideración de la modalidad de acción efectuada en la pena contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.**

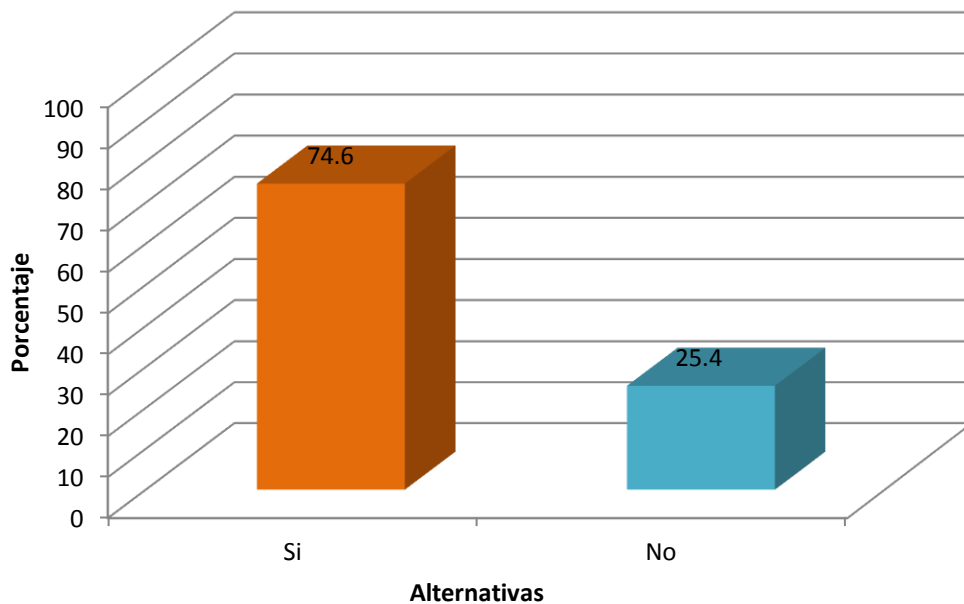
<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
Si	47	74.6
No	16	25.4
Total	63	100

**Fuente:** Encuesta aplicada a los fiscales penales de Arequipa.

De los 63 fiscales encuestados 47 afirman que la modalidad de acción si es considerada, mientras que 16 afirman que la modalidad de acción no es considerada en la pena contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal.

Se ha comprobado entonces que en la pena contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal, si se ha considerado la modalidad de acción puesto que el tipo base para dicha agravante indica que se puede impedir o trabar mediante violencia o intimidación, es decir que se trate de cualquiera de las modalidades de acción la pena seguirá siendo la misma, para el caso la condición del sujeto pasivo y cualquiera de las dos modalidades la pena será situada en el rango de ni menor de ocho nio mayor de doce, sin embargo apreciamos una cuestión de desproporcionalidad puesto que las dos modalidades tienen distinta gravedad,

**Gráfico N° 4**  
**Consideración de la modalidad de acción efectuada en la pena contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones**



**Fuente:** Encuesta aplicada a los fiscales penales de Arequipa.

### **TABLA N° 5**

**Pena agravada por la condición del sujeto tipificada en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.**

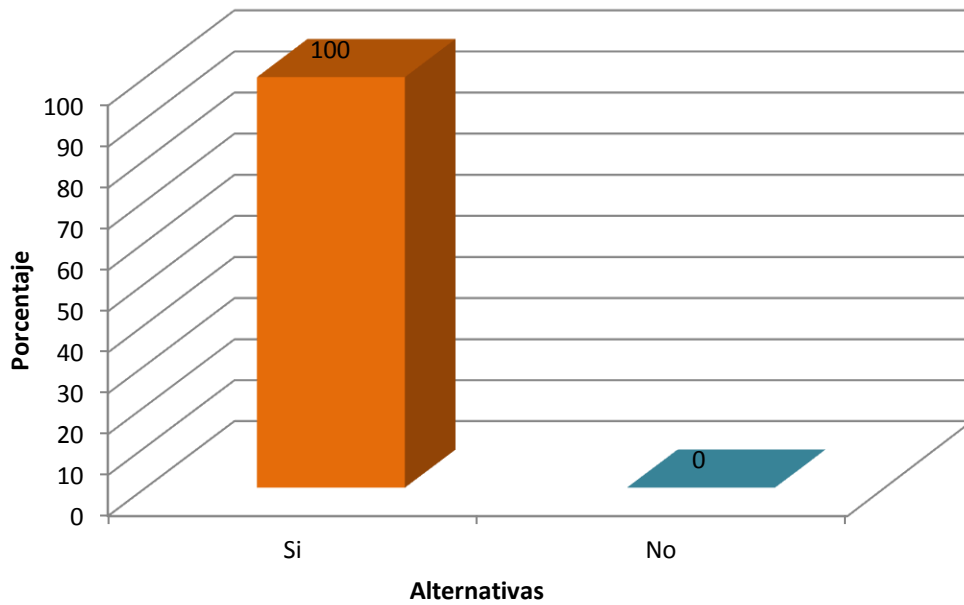
<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
Si	63	100
No	0	0
Total	63	100

**Fuente:** Encuesta aplicada a los fiscales penales de Arequipa.

De los 63 fiscales encuestados todos afirman que si debería tener una pena agravada la condición del sujeto tipificada en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal.

Se ha corroborado entonces que la condición del sujeto pasivo tipificada en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal si debe tener una pena agravada, aquellos sujetos pasivos son funcionarios públicos que realizan funciones que son de algún modo de carácter trascendental dado que son cargos de especial importancia, que necesitan de mayor protección por lo que no pueden estar comprendidos en el tipo base para este delito; la autoridad de aquellos por lo tanto se relaciona directamente con su posición dentro de la Administración pública en razón a las funciones que desempeñan y no tiene nada que ver con la persona en forma individual.

**Gráfico N° 5**  
**Pena agravada por la condición del sujeto tipificada en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones**



**Fuente:** Encuesta aplicada a los fiscales penales de Arequipa.

### **TABLA N° 6**

**Rango de pena privativa de libertad de 8 a 12 años adecuado para el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.**

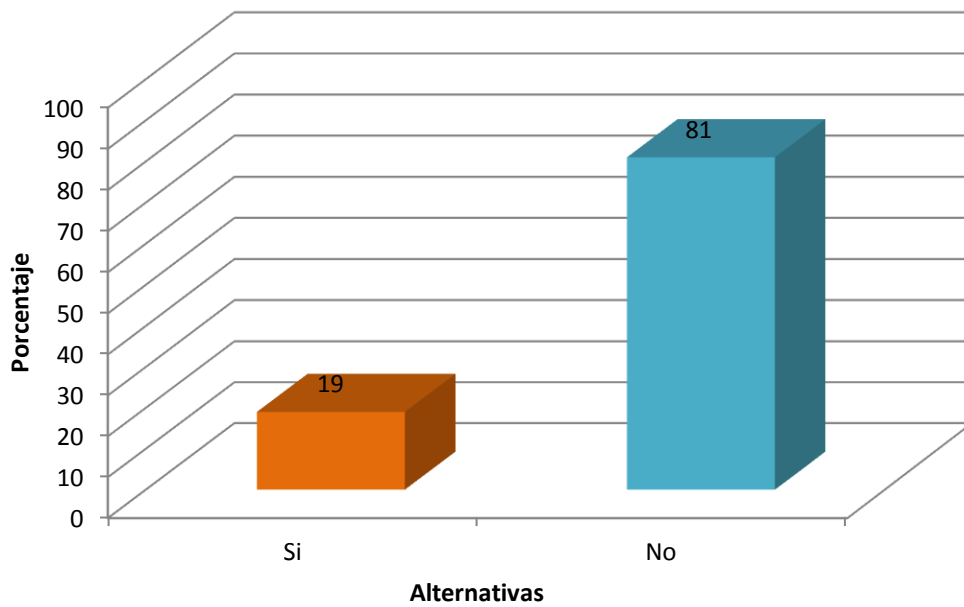
<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
Si	12	19
No	51	81
Total	63	100

**Fuente:** Encuesta aplicada a los fiscales penales de Arequipa.

De los 63 fiscales encuestados afirman que el rango de pena privativa de libertad de 8 a 12 años es el adecuado para el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal, mientras que afirman que el rango de pena privativa de libertad de 8 a 12 años no es el adecuado para el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.

Se ha evidenciado entonces que el rango de pena en el que se encuentra la agravante tipificada en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal, es cual es de ocho a doce años no es el adecuado, es decir de este resultado se entiende que la graduación o determinación legal de la pena que se estableció para la agravante por la condición del sujeto pasivo no es el apropiado por lo que es conveniente su modificación.

**Gráfico N° 6**  
**Rango de pena privativa de libertad de 8 a 12 años adecuado para el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones**



**Fuente:** Encuesta aplicada a los fiscales penales de Arequipa.

## TABLA N° 7

**Rango adecuado para situar la condición del párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.**

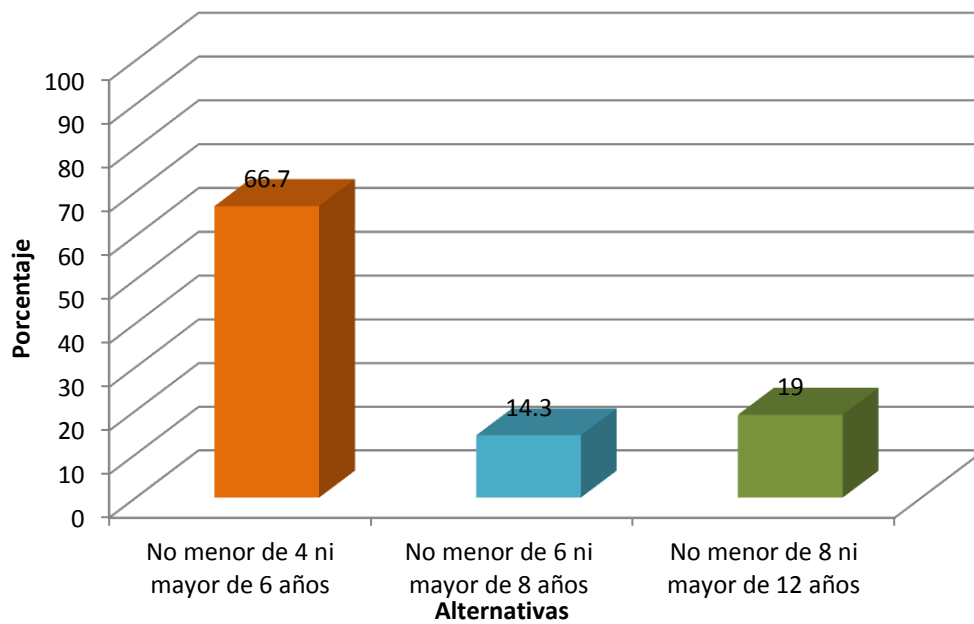
ALTERNATIVA	f	%
No menor de 4 ni mayor de 6 años	42	66.7
No menor de 6 ni mayor de 8 años	9	14.3
No menor de 8 ni mayor de 12 años	12	19
Total	63	100

**Fuente:** Encuesta aplicada a los fiscales penales de Arequipa.

De los 63 fiscales encuestados 42 afirman que un rango de pena no menor de 4 ni mayor de 6 años es el adecuado para situar la condición del párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal, 9 afirman que un rango de pena no menor de 6 ni mayor de 8 años es el adecuado para situar la condición del párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal y 12 afirman que un rango de pena no menor de 8 ni mayor de 12 años es el adecuado para situar la condición del párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal.

Se ha comprobado entonces que el rango de pena adecuado para situar la condición del párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal debe ser uno con una pena menor, en este caso dio como resultado una pena no menor de 4 ni mayor de 6 años, resultado que demuestra que el rango que tiene actualmente es muy elevado y que situándolo en un rango menor la pena seguirá cumpliendo su fin de protección de las funciones de dichos funcionarios públicos, por lo que es necesario su modificación.

**Gráfico N° 7**  
**Rango adecuado para situar la condición del párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones**



**Fuente:** Encuesta aplicada a los fiscales penales de Arequipa.



### **TABLA N° 8**

**Prestación de servicios a la comunidad como pena para el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.**

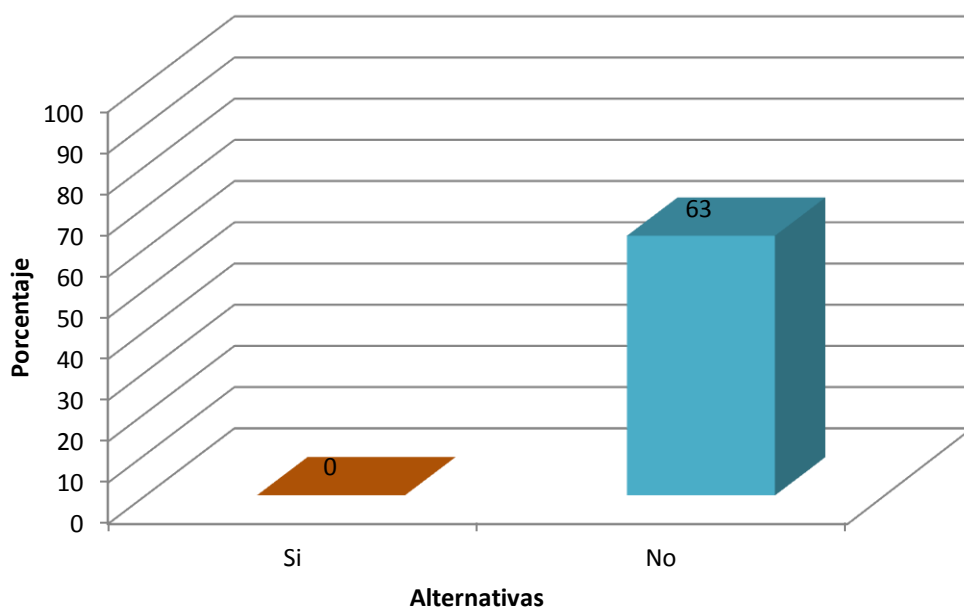
<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
Si	0	0
No	63	63
Total	63	100

**Fuente:** Encuesta aplicada a los fiscales penales de Arequipa.

De los 63 fiscales encuestados todos afirman que la prestación de servicios a la comunidad no debería ser una opción de pena para el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.

Se ha corroborado entonces que la prestación de servicios a la comunidad no puede ser considerada como pena para esta condición del párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones, dado que si el tipo base de este delito considera una pena privativa de libertad, y tratándose de una situación agravante, no es posible que se pueda incorporar la sanción de prestación de servicio a la comunidad, puesto que una pena privativa de libertad es considerada como la pena más gravosa establecida en nuestro Código Penal.

**Gráfico N° 8**  
**Prestación de servicios a la comunidad como pena para el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones**



**Fuente:** Encuesta aplicada a los fiscales penales de Arequipa.

### **TABLA N° 9**

**Limitación de días libres como pena para el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.**

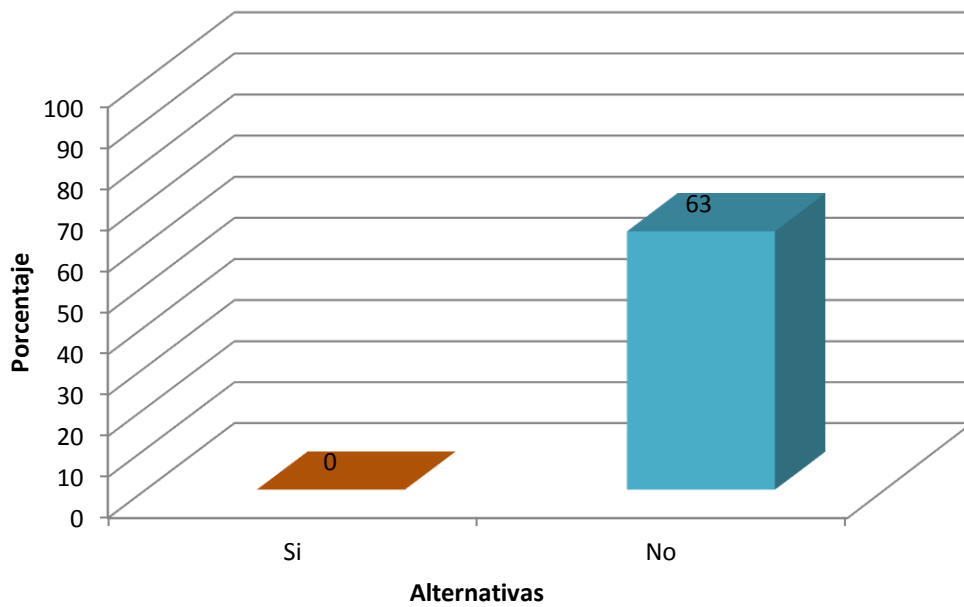
<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
Si	0	0
No	63	63
Total	63	%

**Fuente:** Encuesta aplicada a los fiscales penales de Arequipa.

De los 63 fiscales encuestados todos afirman que la limitación de días libres no debería ser una opción de pena para el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.

Se ha evidenciado entonces que la limitación de días libres no puede ser considerada como pena para esta condición del párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones, dado que si el tipo base de este delito considera una pena privativa de libertad, y tratándose de una situación agravante, no es posible que se pueda incorporar la sanción de limitación de días libres, puesto que una pena privativa de libertad es considerada como la pena más gravosa establecida en nuestro Código Penal.

**Gráfico N° 9**  
**Limitación de días libres como pena para el párrafo**  
**segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal**  
**sobre formas agravadas de violencia contra la**  
**autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones**



**Fuente:** Encuesta aplicada a los fiscales penales de Arequipa.

### **TABLA N° 10**

**Pena idónea en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.**

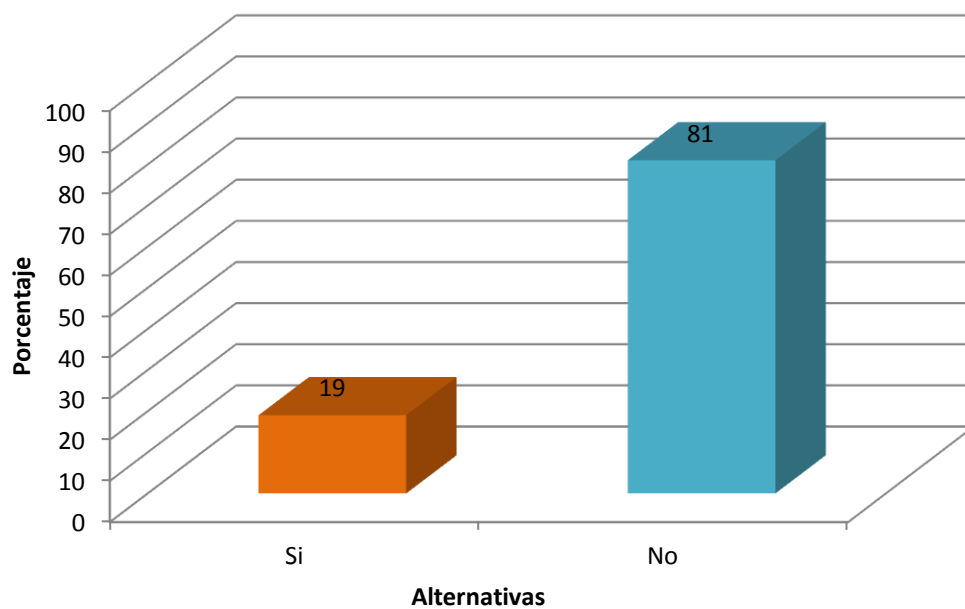
<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
Si	12	19
No	51	81
Total	63	100

**Fuente:** Encuesta aplicada a los fiscales penales de Arequipa.

De los 63 fiscales encuestados 12 afirman que la pena contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal es idónea, y 51 afirman que la pena contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones no es idónea

Se ha comprobado entonces que la pena contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones no es idónea puesto que mediante este tipo penal no se busca una sanción severa al infractor, sino la finalidad es la protección de las funciones de los sujetos con dicha condición, por lo tanto no existe una relación positiva entre el medio el cual es la pena y el fin del tipo penal, ya que con una pena menor como medio facilitaría de igual o mejor forma la obtención del fin, más aun que nuestro sistema penal es preventivo y no sancionador.

**Gráfico N° 10**  
**Pena idónea en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones**



**Fuente:** Encuesta aplicada a los fiscales penales de Arequipa.

### **TABLA N° 11**

**Pena necesaria en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.**

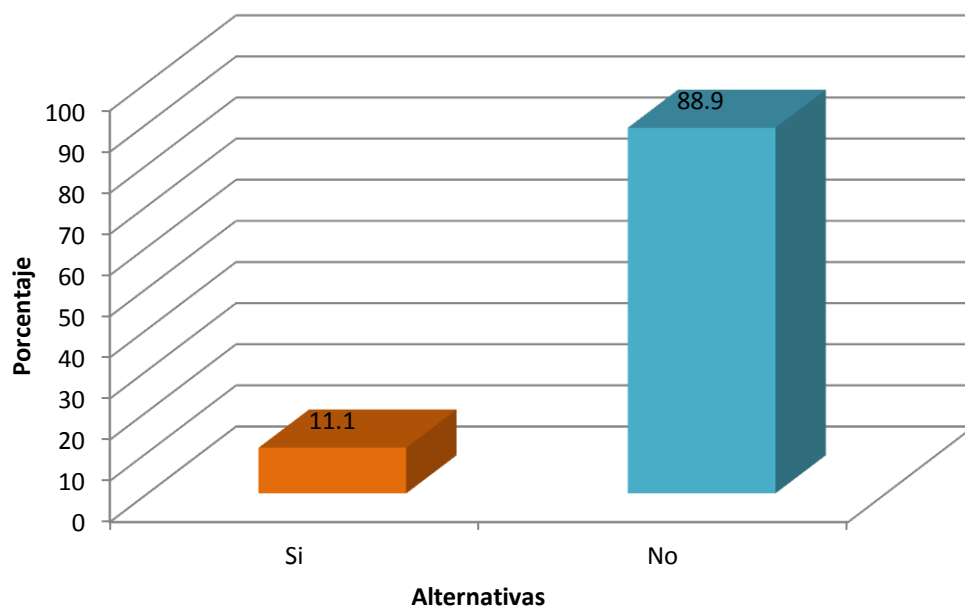
<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
Si	7	11.1
No	56	88.9
Total	63	100

**Fuente:** Encuesta aplicada a los fiscales penales de Arequipa.

De los 63 fiscales encuestados afirman que la pena contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal es necesaria, y afirman que la pena contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones no es necesaria.

Se ha comprobado entonces que la pena contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones es necesaria, debido a que por medio de este tipo de pena se protege las funciones de las autoridades, sin embargo al resultar aquella no idónea a la finalidad que persigue el presente artículo, sería pertinente una modificación conservando el tipo de pena que es necesario pero siendo este en menor grado.

**Gráfico N° 11**  
**Pena necesaria en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones**



**Fuente:** Encuesta aplicada a los fiscales penales de Arequipa.



## **TABLA N° 12**

### **Pena proporcional en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.**

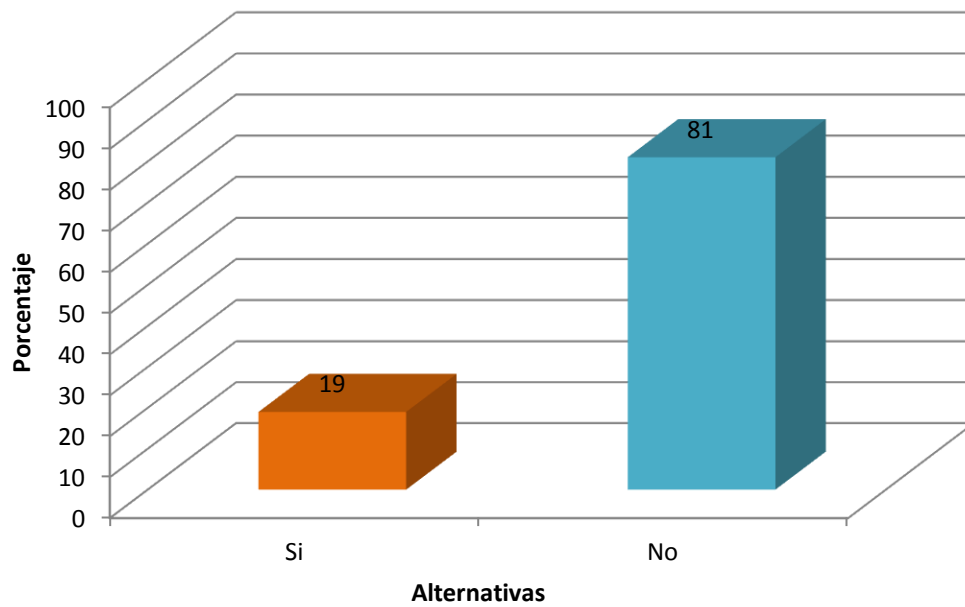
<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
Si	12	19
No	51	81
Total	63	100

**Fuente:** Encuesta aplicada a los fiscales penales de Arequipa.

De los 63 fiscales encuestados afirman que la pena contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal es proporcional, y afirman que la pena contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones no es proporcional.

Se ha comprobado entonces que la pena contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones no es proporcional, dado que el objetivo de satisfacción del tipo penal no es equivalente al grado de afectación del derecho, lo que presupone una inadecuada determinación legal, resultado que demuestra nuestra postura ya que para que esta sea proporcional se exige básicamente en el legislador un juicio de ponderación o valoración donde estime la gravedad de la pena la que debe ser menor a la actualmente contemplada con el objetivo de cumplir con el fin que persigue con esa pena, el mismo que es la protección de la administración pública salvaguardando el ejercicio de las funciones de las autoridades.

**Gráfico N° 12**  
**Pena proporcional en el párrafo segundo apéndice 3**  
**del artículo 367° del Código Penal sobre formas**  
**agravadas de violencia contra la autoridad para impedir**  
**el ejercicio de sus funciones**



**Fuente:** Encuesta aplicada a los fiscales penales de Arequipa.

## DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Puede apreciarse de los resultados arribados en la presente investigación que estos son favorables, ya que nuestra hipótesis planteada fue la modificación del artículo 367° del código penal, a través de una adecuada determinación legal de la pena que garantice la proporcionalidad de la misma. En ese sentido, nuestros resultados demuestran que es necesario que exista una adecuada graduación o determinación legal de la pena que considere algunos aspectos como el tipo de daño causado a los funcionarios públicos con la condición tipificada en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal, puesto que algunos se presentan con mayor o menor frecuencia, tal como se demuestra en las **tablas y gráficos N° 1 y 2** y no todos pueden ser considerados de la misma forma, imponiendo una sola pena en todos los casos, debido que para la configuración del tipo penal puede darse como consecuencia, diferentes tipos de daños los mismos que pueden ser de menor y mayor gravedad, es por tal motivo que debe corresponder una pena distinta en cada situación para que aquella sea proporcional, ello en correspondencia a la Teoría sobre la evaluación de la proporcionalidad entre penas y delitos, en la que se considera que para la creación de las penas por parte del legislador debe efectuar el juicio de proporcionalidad en abstracto, describiendo una conducta de manera tal que sea posible adjudicarle un contenido de gravedad.

Por otro lado, se tiene que mediante la violencia es la modalidad de acción con la que se configura con mayor frecuencia este delito. Sin embargo, solo basta que se cumpla la condición del párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal para que se juzgue el sujeto activo dentro del rango de pena no menor de ocho ni mayor de doce años, tal cual ha sido demostrado con las **tablas y gráficos N° 3 y 4**, situación que no

corresponde por esta razón es necesario hacer una modificación del mencionado artículo.

Ahora bien, el rango de pena establecido para la condición del sujeto pasivo del párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal, no es el adecuado de acuerdo a la **tabla y grafico N° 6** puesto que este no debería ser tan elevado, esta agravante debería estar situada en un rango de pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años, ello en razón a la **tabla y grafico N° 7**, lo cual guarda relación con la Teoría sobre la evaluación de la proporcionalidad entre penas y delitos el cual concibe que debe tenerse a la razonabilidad como una técnica legislativa penal, por lo que es importante señalar que el legislador al momento de realizar la graduación o determinación del tipo penal va a encaminar el comportamiento social por una determinada senda, para eliminar las vamos a adoptar el método de la racionalidad como alternativa para que fundamente sus criterios, y tendrá que utilizar la ponderación y reflexionar, la relación que existe entre el bien jurídico protegido, el tipo penal y la potencial restricción del derecho a la libertad de forma tal que para el tipo penal en cuestión le merece una pena menor a la contenida actualmente, de tal modo que al ponderar el bien jurídico el legislador tendrá que a su vez racionalizar la gravedad del delito, es decir el grado de la ofensa, el desvalor de la acción, la trascendencia social del hecho, el grado de ejecución, todo esto tomando en cuenta la necesidad de tutela y los fines que se persigue con la pena a implantarse.

Es evidente, que la condición que reúnen los funcionarios públicos estipulados en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal, es de carácter especial, por lo tanto, el impedimento o traba de la libertad que tienen aquellos en realización de sus funciones, por violencia o intimidación, debe de ser considerada como agravante por la condición que

gozan, tal cual se demuestra con la **tabla y grafico N° 5**, lo cual se sostiene en concordancia con la Teoría mixta acerca de la Naturaleza del delito de Violencia y Resistencia a la autoridad, así como los estudios realizados por Rodríguez E. en el año 2011, mediante los que se concibe la necesidad del refuerzo de la autoridad, de protección de los funcionarios con vistas al acatamiento y cumplimiento de los actos que son propios de legítimo ejercicio de las funciones de aquellos; así también, el principio de autoridad es el medio con el cual los sujeto pasivos protegen el bien jurídico, de modo tal que la función pública ha de merecer respeto, por tanto el principio de autoridad ha de prevalecer y hacerse sentir con el objetivo de mostrar una convivencia en armonía en el seno de una sociedad constituida. En ese sentido son funcionarios públicos que realizan funciones que son de algún modo de carácter trascendental dado que son cargos de especial importancia, que necesitan de mayor protección por lo que no pueden estar comprendidos en el tipo base para este delito.

Del mismo modo, no podría tenerse como una alternativa de sanción la pena de limitación de días libre o la pena de prestación de servicios a la comunidad para el supuesto del párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal debido a que el tipo penal base de violencia y resistencia a la autoridad estipula la pena privativa de libertad, por lo tanto no podría aplicarse las citadas penas ya que nos encontramos ante una agravante al tipo penal, la misma que debe de ser sancionada con una pena más gravosa, de acuerdo con las **tablas y gráficos N° 8 y 9**.

Así mismo, la pena estipulada en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal, no es proporcional debido a que no existe una determinación legal adecuada de la conducta del sujeto activo en desmedro del sujeto pasivo, ya que cualquiera sea la gravedad del daño basta que se cumpla la condición especial del sujeto pasivo para que se

configure una pena en un rango no menor a ocho ni mayor a doce años, situación que ha sido corroborada con la **tabla y grafico N° 12**, de modo tal que la medida no tiene una graduación quedando a discreción del juzgador, en tal sentido es necesario un juicio de ponderación o valoración por parte del legislador donde estime la gravedad de la pena y el fin que persigue con la misma. En ese orden de ideas, se evidencia que la pena adoptada por nuestros legisladores en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal, si bien es cierto, es necesaria para cumplir con la finalidad del tipo penal esta no es idónea, ya que con una pena del mismo tipo, es decir pena privativa de libertad, pero en menor grado también se lograría la finalidad del tipo penal en mención, más aun cuando aquellos menores rangos de pena tomen en cuenta la gravedad del daño ocasionado, tal cual se demuestra con las **tablas y gráficos N° 10 y 11**.

### 3.2. CONCLUSIONES

**PRIMERA:** Se analizó el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones determinándose que se tipifica una condición especial de sujeto pasivo para aquellos funcionarios públicos que realizan funciones que son de algún modo de carácter trascendental dado que son cargos de especial importancia, que necesitan de mayor protección puesto que las funciones que cumplen los hacen estar más expuestos a ser blanco de este tipo de delitos lo que importa una situación que agrava el hecho, además, se estableció que lo que protege el tipo penal son las funciones y se concibe la necesidad del refuerzo de la autoridad tal como estipula la Teoría mixta acerca de la Naturaleza del delito de Violencia y Resistencia a la autoridad, en consecuencia respecto a la graduación de la pena no pueden estar comprendidos en el tipo base para este delito, merece una pena agravada; sin embargo se comprobó que tal condición no es lo suficiente para que merezca un rango de pena tan elevado ello en correspondencia al Principio de Proporcionalidad, razón por la que es necesaria una modificación.

**SEGUNDA:** Se analizó la graduación de la pena en las formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones determinándose que existe una inadecuada determinación legal de la pena en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal, puesto que aquella no considera aspectos tales como el tipo de daño causado, dado que basta solo con que se configure la condición especial del sujeto pasivo para la imposición de una pena con un rango no menor de ocho ni mayor de doce.

**TERCERA:** Se analizó el Principio de Proporcionalidad en las formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones determinándose que la pena contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal no está en concordancia con lo que estipula el principio de proporcionalidad, si bien pasa el umbral de necesidad, la pena no es idónea ni proporcional, por lo que para una adecuada pena que se corresponda con la gravedad y responsabilidad del agente, la técnica legislativa penal apropiada será la razonabilidad, y así una vez que el legislador ha establecido las penas conforme a la mencionada técnica legislativa, tendrá que proseguir con el análisis del test de proporcionalidad para darle más contundencia a su punto de vista ello en concordancia con la Teoría sobre la Evaluación de la proporcionalidad entre penas y delitos, para lo cual será preciso tomar en cuenta que la pena cumpla con lo siguiente: a) Persiga un fin constitucionalmente legítimo, b) Constituya un medio idóneo para alcanzarlo, c) Sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad y d) Exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativa.

**CUARTA:** Se relacionó la graduación de la pena con el principio de proporcionalidad centrándose en que legislador al momento de realizar la determinación legal proporcional de la pena debe adoptar el método de la racionalidad como alternativa para que fundamente sus criterios tal como lo estipula la Teoría sobre la Evaluación de la proporcionalidad entre penas y delitos, así para encaminar dicho método al momento de la determinación de la pena deberá tomar en cuenta los planteamientos siguientes:

- Racionalidad lingüística: Debe crear un impacto en el ciudadano, de tal forma que le permita receptar el mensaje de coercitividad expresado en una cantidad idónea,



- Racionalidad sistemática: Debe ajustarse a parámetros principialistas propios de un sistema constitucional y garantista.
- Racionalidad pragmática: El legislador debe ver que esta sea efectiva de tal forma que influya en el comportamiento humano
- Racionalidad teleológica: El legislador debe describir los objetivos, fines y metas de una pena particular para un delito concreto.
- Racionalidad ética: El legislador deberá argumentar de por qué del establecimiento de una pena determinada para tal o cual delito.

### 3.3. RECOMENDACIONES

**PRIMERA:** Se sugiere al Congreso de la República implementar más técnicas legislativas penales a través de nuevos métodos que ayuden a determinar cuáles serían los parámetros adecuados sobre los cuales deben imponerse las penas como medios para alcanzar los fines que persiguen nuestra normatividad en materia penal, de modo tal que se correspondan con el principio de proporcionalidad.

**SEGUNDA:** Se recomienda al Congreso de la República que realice la determinación de las penas por razones jurídicas y científicas, de forma tal que se coloquen los delitos y penas sistematizándolas con el resto del Código Penal, y de este modo garantizar el respeto al principio de proporcionalidad, el cual nos lleva a impedir un uso desmedido de sanciones y a no sobrecriminalizar los tipos penales para satisfacer el populismo penal.

**TERCERA:** Se sugiere al Congreso de la República que se modifique el artículo 367° del Código Penal, el cual debe quedar redactado de la siguiente manera: Artículo 367.- Formas agravadas

"En los casos de los artículos 365 y 366, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de seis años si el hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones, y si el agente le ocasiona lesiones leves que pudo prever, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

La pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años cuando:

1. El hecho se realiza por dos o más personas.
2. El autor es funcionario o servidor público.

La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años cuando:

1. El hecho se comete a mano armada.
2. El autor causa una lesión grave que haya podido prever.
3. El hecho se realiza para impedir la erradicación o destrucción de cultivos ilegales, o de cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.
4. El hecho se comete respecto a investigaciones o juzgamiento por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión y trata de personas.

Si como consecuencia del hecho se produce la muerte de una persona y el agente pudo prever este resultado, la pena será privativa de libertad no menor de doce ni mayor de quince años”.

**CUARTA:** Se recomienda a la Policía Nacional del Perú implementar mayores cursos de ética profesional, ello a efecto de que cumplan de forma adecuada sus funciones con el fin de no perder legitimidad que origina en la sociedad una idea errada de dicha institución y que vulnera el principio de respeto y subordinación a la autoridad.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

**Abanto Vásquez Manuel A.**, “*El Tratamiento Penal De Los Delitos Contra La Administración Pública*”, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima – Perú, s/f

**Alegría Patow Jorge Antonio, Conco Méndez Cristina Paola, Córdova Salinas Jhonatan Richard y Herrera López Doly Roxana**, “*El principio de proporcionalidad en materia penal*” Universidad De San Martín De Porres, Sección Post Grado, Lima - Perú, 2011

**Antonio M. Javato Martín**, “*El Concepto De Funcionario Y Autoridad A Efectos Penales*”, En Revista Jurídica de Castilla y León. Nº 23, Issn, España, 2011

**Ávila Herrera José**, “*El derecho al debido proceso penal en un estado de derecho*”, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima – Perú , 2004

**Bacacorzo Gustavo**, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Lima - Perú, Gaceta Jurídica, 1997

**Bacigalupo Enrique**, “*Manual de Derecho Penal*”, TEMIS S.A., Bogotá, Colombia, 1996

**Becerra Suárez Orlando**, “*El Principio De Proporcionalidad*”, Artículos sobre Derecho Constitucional y Ciencia Política, 2012, recuperado en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/orlandobecerra/2012/02/18/el-principio-de-proporcionalidad/>

**Bustos Ramírez Juan J. y Hormazábal Malarée Hernán**, “*Lecciones de derecho penal*”, Toffa, S.A., Madrid - España, 1997

**Cabanellas de Torres Guillermo**, “*Diccionario Jurídico Elemental*”, Edición Actualizada, Corregida y Aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2006.

**Carperi García Carmelo Madrigal y Rodríguez Ponz Juan Luis**, “*Derecho Penal General*”, Judicatura, 2004

**Castillo Córdova Luis**, “*Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales*”, Grigley, Lima – Perú, 2008

**Cea E. José Luis**, “Poder y Autoridad”, s/f, recuperado en: <http://www7.uc.cl/icp/revista/pdf/rev111/ar6.pdf>

**Claus Roxin Mar Beloff, Magariños Mario, Ziffer Patricia S., Bertoni Eduardo Andrés y Ríos Ramón Teodoro**, “*Determinación Judicial de la Pena*”, Editores Del Pueblo, Buenos Aires – Argentina, 1993

**De la Mata Amaya José, Sánchez Tomás José Miguel, Alcácer Guirao Rafael, Lascuráin Sánchez Juan Antonio, Rusconi Maximiliano, Arturo Bonelly Manuel Ulises y De los Santos Hiciano José**, “*Teoría del Delito*”, República Dominicana, 2007

**Diccionario Jurídico**, Poder Judicial del Perú recuperado en: [http://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/buscar\\_palabra.asp?resultado=1](http://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/buscar_palabra.asp?resultado=1)

**Donna Edgardo Alberto**, “*Derecho Penal, Parte Especial*”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000

**Donna Edgardo Alberto**, “*El concepto dogmático del funcionario público en el Código penal peruano*”, en Revista Peruana de Ciencias Penales, Año VII-VIII, N° 11, Lima - Perú, 2002.

**Enciclopedia jurídica**, “*Graduación de la pena*”, recuperado en <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/graduaci%C3%B3n-de-la-pena/graduaci%C3%B3n-de-la-pena.htm>

**Figueroa Navarro Aldo**, “*La reforma penal de la determinación judicial de la pena*”, s/f, recuperado en: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080521\\_07.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_07.pdf)

**Fuentes Cubillos Hernán**, “*El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena*”, Ius et Praxis, Talca - Chile, 2008

**Frisancho Aparicio Manuel y Peña Cabrera Raúl**, “*Delitos contra la administración pública*”, FECAT, Lima - Perú 1999.

**Gaceta Jurídica**, *Código Penal comentado*, tomo I, Lima - Perú, 2004

**Gaceta Jurídica**, *Constitución Política del Perú comentada*, Lima - Perú, 2005

**Galviz Rueda María Carolina**, “Sistema Penitenciario y Carcelario en Colombia: Teoría y Realidad”, Bogotá – Colombia, 2003, recuperado en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS92.pdf>

**Hellmuth Mayer Strafrecht**, “*Allgemeiner Teil*”, 1967, citado por Bacigalupo, Enrique, 1996

**Kierszenbaum Mariano**, “el bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”, Lecciones y Ensayos, nro. 86, 2009

**Laura Ortiz Luis Neiser**, “Los Funcionarios o Servidores Públicos en el Código Penal”, Revista Electrónica Del Trabajador Judicial, s/f, recuperado en: <https://trabajadorjudicial.wordpress.com/los-funcionarios-o-servidores-publicos-en-el-codigo-penal/>

**Llorens Carrasco Renata Alejandra**, “*Proporcionalidad de las penas en el Derecho Penal Chileno*”, Universidad Austral De Chile, Valdivia - Chile, 2005

**Lorente Velasco Susana**, “*Delitos contra atentados contra la autoridad, sus agentes y funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*”, Universidad de Granada, España, 2010

**Luzón Peña Diego**, “*La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito*”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid - España, 1993

**Mir Puig Santiago**, “*Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*”, Bosh Casa Editorial S.A., 1982

**Organización Mundial de la Salud**, “*Violencia Y Salud Mental*”, 2014, recuperado en <http://www.uv.mx/psicologia/files/2014/11/Violencia-y-Salud-Mental-OMS.pdf>

**Peregrino Rojas Martín Eduardo**, “Delito de Desobediencia y Resistencia a la Autoridad”, 2013, recuperado en: <http://grupolexiure.blogspot.pe/2013/04/delito-de-desobediencia-y-resistencia.html>

**Polixato**, “*Apuntes De Criminología Penología*”, Murcia, 2009

**Rivera Ramos Efrén**, “*Derecho y Violencia: Reflexiones bajo el Influjo de una Violencia Extrema*”, SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría

Constitucional y Política) Papers, 2003, recuperado en [http://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/28](http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/28)

**Real Academia Española**, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed. Madrid - España, 2014.

**Rodríguez Cano Eduardo C**, *“El delito de atentado contra la autoridad, sus agentes y a los funcionarios públicos”*, Universidad de Granada, España, 2011

**Rodríguez Vásquez Julio**, *“Caso Aliaga Jacinto locador de servicios DEVIDA – Concept de Funcionario Público”* Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP Comentario Jurisprudencial”, s/f, recuperado en <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/boletin-31-comentario-devida.pdf>

**Rojas Ivonne Yenissey**, *“La proporcionalidad en las penas”*, Laguna Fundación Académica Guerrerense, México, 2009

**Sosa Calderon Guillermo**, *“Manual de Derecho Penal Peruano”*, Tercera Edición, Reimpresión, Arequipa - Perú, 2011

**Soto Nieto Francisco**, *“Aproximación y diferencias entre los delitos de atentado y resistencia”*, Editorial La Ley, 2003

**Valarezo Tenorio Miguel, Benítez Hurtado Jorge, Díaz Toledo Darío**, *“Proporcionalidad entre penas y delitos: necesidad de la utilización de métodos técnicos por parte del legislador para la predeterminación de las penas”*, *Ámbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, N° 89, 2011

# **ANEXOS**



## ANEXO "1"

### MATRIZ DE CONSISTENCIA

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	FORMULACION DE LA HIPÓTESIS	MÉTODO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	POBLACION Y MUESTRA	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS
<p><b>1.1 Fundamentación del Problema.</b> En nuestro país hoy en día la mayoría de parejas optan por no contraer matrimonio sino por convivir, lo que ha generado que esta institución tenga un crecimiento considerable, fenómeno que no puede ser pasado por alto por el derecho.</p> <p><b>1.2 Formulación del Problema.</b> ¿Por qué en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones, existe inadecuada graduación de la pena, vulnerando el Principio de Proporcionalidad. Arequipa, 2016?</p> <p><b>1.3 Sistematización del Problema.</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• ¿Por qué en las formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones existe inadecuada graduación de la pena?</li> <li>• ¿Por qué en las formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones se vulnera el Principio de Proporcionalidad?</li> <li>• ¿Cuál es la relación que existe entre la graduación de la pena y el Principio de Proporcionalidad en las formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones?</li> </ul>	<p><b>A. Social:</b> Esta investigación pretende beneficiar a la sociedad, pues es esta quien busca una adecuada administración de Justicia que satisfaga el deber primordial del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos.</p> <p><b>B. Espacial:</b> El área de estudio para la presente investigación es la ciudad de Arequipa.</p> <p><b>C. Temporal:</b> El tiempo estimado para desarrollar la investigación es el año 2016</p>	<p><b>3. 1 Objetivo General</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Analizar el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones respecto a la graduación de la pena y el Principio de Proporcionalidad.</li> </ul> <p><b>3.2 Objetivos Específicos</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Analizar la graduación de la pena en las formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones</li> <li>• Analizar el Principio de Proporcionalidad en las formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.</li> <li>• Establecer la relación que existe entre la graduación de la pena y el Principio de Proporcionalidad en las formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.</li> </ul>	<p><b>4.1 La Hipótesis</b> Es probable que la modificación del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones y delimitación adecuada de la pena garantice el respeto al Principio de Proporcionalidad.</p> <p><b>Variables</b></p> <p><b>4.2.1. V. Independiente.</b> Graduación de la pena.</p> <p><b>A. Indicadores:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Tipo de daño</li> <li>• Modalidad de acción</li> <li>• Condición del sujeto pasivo</li> <li>• Privativa de libertad</li> <li>• Limitativa de derechos</li> </ul> <p><b>4.2.2 V. Dependiente</b> Principio de proporcionalidad</p> <p><b>A. Indicadores:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Idoneidad</li> <li>• Necesidad</li> <li>• Proporcionalidad</li> </ul>	<p><b>5.1 Método de Investigación.</b> El método de investigación empujado en este trabajo, corresponde al Método de explicativo ex post facto.</p> <p><b>5.2 Diseño de Investigación.</b> El diseño corresponde a la investigación explicativo-analítico.</p>	<p><b>A. Población:</b> La población de estudio, son los 106 fiscales penales de la ciudad de Arequipa, sin embargo dada la carga de aquellos se encuestó a 63 fiscales penales..</p>	<p><b>A. Técnica de recolección de datos</b> Teniendo en cuenta el diseño y problema de investigación, se ha utilizado la técnica de la recolección de datos, en la recopilación, de libro, tesis revistas y paginas virtuales. El objetivo principal de este instrumento es analizar los diferentes documentos concernientes al tipo penal de formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones</p>

## ANEXO "2"

### INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

#### CUESTIONARIO

**Instrucciones: Señor Fiscal solicito de Usted los datos que se requiere para el presente trabajo de investigación sobre "Análisis Jurídico del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones respecto a la graduación de la pena y el Principio de Proporcionalidad"**

1. ¿Cuál considera Ud. que es el tipo de daño que se presenta con mayor frecuencia en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones?
  - a) Coacción
  - b) Lesiones en faltas
  - c) Lesiones Leves
  - d) Lesiones Graves
2. ¿Considera Ud. que la pena contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones considera el tipo de daño causado?
  - a) SI
  - b) No
3. ¿Cuál cree Ud. que es la modalidad de acción más frecuente efectuada en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones?
  - a) Violencia
  - b) Intimidación
4. ¿Cree Ud. que la pena contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones tiene en cuenta la modalidad de acción efectuada?
  - a) SI
  - b) No
5. ¿Considera Ud. que la condición del sujeto tipificada en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones debe tener una pena agravada?
  - a) SI
  - b) No
6. ¿Cree Ud. que el rango de pena privativa de libertad de 8 a 12 años considerada en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas

de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones es el adecuado?

- a) SI
- b) No

7. ¿En qué rango considera Ud. que es adecuado situar la condición del párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones?

- a) No menor de 4 ni mayor de 6 años
- b) No menor de 6 ni mayor de 8 años
- c) No menor de 8 ni mayor de 12 años

8. ¿Cree Ud. que en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones la pena debería ser prestación de servicios a la comunidad?

- a) SI
- b) No

9. ¿Cree Ud. que en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones la pena debería ser limitación de días libres?

- a) SI
- b) No

10. ¿Cree Ud. que la pena en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones es la idónea?

- a) SI
- b) No

11. ¿Cree Ud. que la pena en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones es necesaria?

- a) SI
- b) No

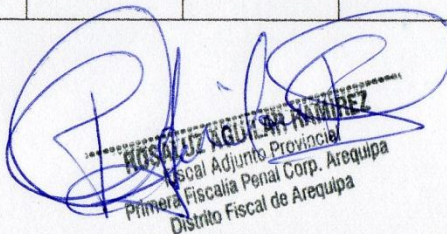
12. ¿Cree Ud. que la pena en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones es proporcional?

- a) SI
- b) No



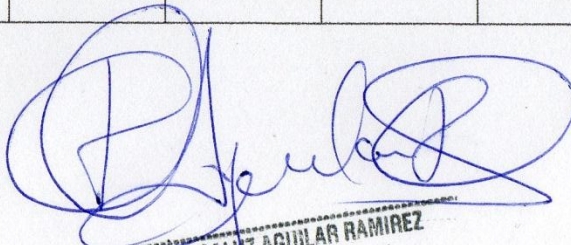
### FICHA DE JUICIO DE EXPERTOS

<b>“ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 367° DEL CÓDIGO PENAL SOBRE FORMAS AGRAVADAS DE VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD PARA IMPEDIR EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES RESPECTO A LA GRADUACIÓN DE LA PENA Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD”.</b>							
ÍTEM	CONGRUENCIA		CLARIDAD		TENDENCIOSIDAD		OBSERVACIONES
	SÍ	NO	SÍ	NO	SÍ	NO	
¿Cuál considera Ud. que es el tipo de daño que se presenta con mayor frecuencia en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones?	X		X			X	
¿Considera Ud. que la pena contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones tiene en cuenta el tipo de daño causado?	X		X			X	
¿Cuál cree Ud. que es la modalidad de acción con mayor frecuencia en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones?	X		X			X	
¿Cree Ud. que la pena contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones tiene en cuenta la modalidad de acción efectuada?	X		X			X	
¿Considera Ud. que la condición del sujeto pasivo tipificada en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones debe tener una pena agravada?	X		X			X	

  
**ROSALBA AGUIAR RAMÍREZ**  
 Fiscal Adjunto Provincial  
 Primera Fiscalía Penal Corp. Arequipa  
 Distrito Fiscal de Arequipa



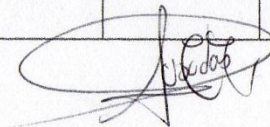
¿Cree Ud. que el rango de pena privativa de libertad de 8 a 12 años considerada en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones es el adecuado?	X		X			X	
¿En qué rango considera Ud. que es adecuado situar la condición del párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones?	X		X			X	
¿Cree Ud. que en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones la pena debería ser prestación de servicios a la comunidad?	X		X			X	
¿Cree Ud. que en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones la pena debería ser limitación de días libres?	X		X			X	
¿Cree Ud. que la pena en el artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones es la idónea?	X		X			X	
¿Cree Ud. que la pena en el artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones es necesaria?	X		X			X	
¿Cree Ud. que la pena en el artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones es proporcional?	X		X			X	

  
**OSCALUZ AGUILAR RAMIREZ**  
 Director General de la Policía Nacional  
 Dirección General de la Policía Nacional  
 Quito



**FICHA DE JUICIO DE EXPERTOS**

<b>“ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 367° DEL CÓDIGO PENAL SOBRE FORMAS AGRAVADAS DE VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD PARA IMPEDIR EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES RESPECTO A LA GRADUACIÓN DE LA PENA Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD”.</b>							
<b>ÍTEM</b>	<b>CONGRUENCIA</b>		<b>CLARIDAD</b>		<b>TENDENCIOSIDAD</b>		<b>OBSERVACIONES</b>
	<b>SÍ</b>	<b>NO</b>	<b>SÍ</b>	<b>NO</b>	<b>SÍ</b>	<b>NO</b>	
¿Cuál considera Ud. que es el tipo de daño que se presenta con mayor frecuencia en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones?	X		X			X	
¿Considera Ud. que la pena contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones tiene en cuenta el tipo de daño causado?	X		X			X	
¿Cuál cree Ud. que es la modalidad de acción con mayor frecuencia en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones?	X		X			X	
¿Cree Ud. que la pena contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones tiene en cuenta la modalidad de acción efectuada?	X		X			X	
¿Considera Ud. que la condición del sujeto pasivo tipificada en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones debe tener una pena agravada?	X		X			X	





¿Cree Ud. que el rango de pena privativa de libertad de 8 a 12 años considerada en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones es el adecuado?	X		X			X	
¿En qué rango considera Ud. que es adecuado situar la condición del párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones?	X		X			X	
¿Cree Ud. que en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones la pena debería ser prestación de servicios a la comunidad?	X		X			X	
¿Cree Ud. que en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones la pena debería ser limitación de días libres?	X		X			X	
¿Cree Ud. que la pena en el artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones es la idónea?	X		X			X	
¿Cree Ud. que la pena en el artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones es necesaria?	X		X			X	
¿Cree Ud. que la pena en el artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones es proporcional?	X		X			X	

*José P. G. J. J.*



**FICHA DE JUICIO DE EXPERTOS**

<b>“ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 367° DEL CÓDIGO PENAL SOBRE FORMAS AGRAVADAS DE VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD PARA IMPEDIR EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES RESPECTO A LA GRADUACIÓN DE LA PENA Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD”.</b>							
<b>ÍTEM</b>	<b>CONGRUENCIA</b>		<b>CLARIDAD</b>		<b>TENDENCIOSIDAD</b>		<b>OBSERVACIONES</b>
	<b>SÍ</b>	<b>NO</b>	<b>SÍ</b>	<b>NO</b>	<b>SÍ</b>	<b>NO</b>	
¿Cuál considera Ud. que es el tipo de daño que se presenta con mayor frecuencia en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones?	X		X			X	
¿Considera Ud. que la pena contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones tiene en cuenta el tipo de daño causado?	X		X			X	
¿Cuál cree Ud. que es la modalidad de acción con mayor frecuencia en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones?	X		X			X	
¿Cree Ud. que la pena contenida en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones tiene en cuenta la modalidad de acción efectuada?	X		X			X	
¿Considera Ud. que la condición del sujeto pasivo tipificada en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones debe tener una pena agravada?	X		X			X	

  
 Jorge Luis Chirinos Pinto  
 ASISTENTE EN FUNCION FISCAL  
 MINISTERIO PÚBLICO



¿Cree Ud. que el rango de pena privativa de libertad de 8 a 12 años considerada en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones es el adecuado?	X		X			X	
¿En qué rango considera Ud. que es adecuado situar la condición del párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones?	X		X			X	
¿Cree Ud. que en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones la pena debería ser prestación de servicios a la comunidad?	X		X			X	
¿Cree Ud. que en el párrafo segundo apéndice 3 del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones la pena debería ser limitación de días libres?	X		X			X	
¿Cree Ud. que la pena en el artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones es la idónea?	X		X			X	
¿Cree Ud. que la pena en el artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones es necesaria?	X		X			X	
¿Cree Ud. que la pena en el artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones es proporcional?	X		X			X	

  
 Jorge Luis Chirinos Pinto  
 ASISTENTE EN FUNCION FISCAL  
 MINISTERIO PÚBLICO

**ANEXO “4”**  
**PROYECTO DE LEY Nº**  
**“Decenio de las personas con discapacidad en el Perú”**  
**“Año de la consolidación del Mar de Grau”**

**Sumilla:** Proyecto de Ley que modifica el artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.

**I. DATOS DEL AUTOR**

La bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas que suscribe, Brenda Stephanie Meza Quijano, en ejercicio de sus facultades ciudadanas, que le confiere el artículo 31° de la Constitución Política del Perú y el artículo 75° del reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente Proyecto de Ley que modifica el artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.

**II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

**A. CONSIDERACIONES HISTÓRICAS**

Desde hace algunos años observamos un proceso de incesante modificación de las normas contenidas en el Código Penal y todas ellas propensas a sobrecriminalizar los tipos penales, lo que ha sucedido en los últimos meses con el procesamiento de estos tipos penales a través del proceso inmediato, no viene sino a poner en evidencia la desproporcionalidad en las penas para determinados tipos penales, tal es el caso del delito de violencia y resistencia a la autoridad.



El artículo 367° inicialmente castigaba con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, cuatro situaciones agravantes y si el agraviado moría la pena privativa de libertad sería no menor de cinco ni mayor de quince años

Posteriormente fue modificado por el Artículo Único de la Ley N° 27937, publicada el doce de febrero del 2003 y en esta modificación además de mayores situaciones agravantes, contemplaba tres rangos de pena privativa de libertad: no menor de tres ni mayor de seis años, no menor de cuatro ni mayor de siete años y no menor de siete ni mayor de quince años

Luego fue modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28878, publicada el diecisiete de agosto del 2006, seguía manteniendo los rangos de pena privativa de libertad y aumentaba las situaciones agravantes, así aparece por primera vez la condición especial del sujeto pasivo de ser un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público.

Después tuvo otra modificación por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982, publicado el veintidós de julio del 2007, sigue manteniendo tres rangos sin embargo las penas privativas de libertad eran mayores: no menor de cuatro ni mayor de ocho años, no menor de seis ni mayor de doce años y no menor de diez ni mayor de quince años

Más tarde el Congreso legisla y modifica el artículo 367° del Código Penal en el 2013, mediante el artículo 2° de la Ley N° 30054, publicada el treinta de junio del 2013, agravando las penas, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 1632-2012-PE se menciona que es necesario restablecer el orden público y es un deber estatal proteger a las autoridades a fin de

garantizar la paz social, se hizo referencia a casos como La Parada en Lima en el que se cometieron una serie de abusos en contra de efectivos policiales, así como también el caso Cielo Punku en Cusco. Sin embargo, si bien es necesario garantizar el respeto al principio de autoridad que actualmente se ve perdido, del mismo modo también es importante que se garantice la dación de penas con juiciosa sumisión al principio de proporcionalidad.

## **B. PROBLEMÁTICA ACTUAL**

El proceso de flagrancia puso en evidencia la desproporcionalidad en las penas para determinados tipos penales; en tal sentido, tenemos el caso de Silvana Buscaglia Zapler, la mujer que en Diciembre del 2015, agredió a un policía en el aeropuerto internacional Jorge Chávez y fue hallada culpable del delito contra la administración pública en la modalidad de violencia y resistencia a la autoridad y por ello sentenciada a seis años ocho meses de prisión efectiva. Esta sentencia emitida en tiempo récord en aplicación de la nueva ley de flagrancia, llamó la atención de muchos por su dureza, y generó una enorme discusión sobre si ha sido proporcional o no a la falta cometida.

No hay duda que la sentenciada merecía una condena por el acto cometido, y que esta podía enviar un mensaje a la sociedad, así como también el hecho de que es necesario restablecer el orden público y es un deber estatal proteger a las autoridades a fin de garantizar la paz social.

Ahora bien, el delito de violencia y resistencia a la autoridad se encuentra tipificado en los artículos 365° y 366° del Código Penal, debe advertirse que el delito presenta modalidades agravantes, que en efecto importan una extensión de la pena, así tenemos el artículo 367° que establece que si el sujeto pasivo tiene la condición de ser un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio

Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones, la pena que le corresponde será pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.

En ese orden de ideas revelamos la problemática que existe respecto a la graduación o determinación legal de la pena, por la redacción del tipo penal de formas agravadas de violencia y resistencia a la autoridad se entiende que dicho hecho es penado de igual manera en situaciones cuya gravedad puede variar enormemente, por lo que es necesario que se realicen ajustes al tipo penal, matizándola con sanciones que vayan de acuerdo a la gravedad de las faltas cometidas, para que de esta forma el principio de proporcionalidad no se vea afectado.

### **III. PROPUESTA LEGISLATIVA**

Se propone modificar el artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.

### **IV. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA**

En la eventualidad de que se apruebe la modificación propuesta del artículo 367° del Código Penal sobre formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones, quedará resguardado el derecho de toda persona sometida a un proceso penal por el delito en mención a que su responsabilidad se corresponda con una pena proporcional, ello conservando el deber estatal proteger el principio de autoridad a fin de garantizar la paz social, el orden público y la seguridad.

## **V. ANÁLISIS DEL COSTO BENEFICIO**

El presente proyecto de Ley no conlleva costo alguno al erario nacional. Antes bien, pueden ser de inmenso beneficio, pues permite a los órganos de control reprimir dichos actos con mayor efectividad.

## **VI. FÓRMULA LEGAL**

### **LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 367° DEL CÓDIGO PENAL**

#### **Artículo 1°.- Objeto de la Ley**

La presente Ley tiene por objeto modificar el artículo 367° del código penal referido a las formas agravadas de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones establecidas en los artículos 365° y 366° del mismo cuerpo normativo.

#### **Artículo 2°.- Modificación del artículo 367° del Código Penal**

Modifíquese el artículo 367° del código penal de acuerdo al siguiente texto:

##### **"Artículo 367.- Formas agravadas**

En los casos de los artículos 365 y 366, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de seis años si el hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones, y si el agente le ocasiona lesiones leves que pudo prever, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

La pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años cuando:

1. El hecho se realiza por dos o más personas.

2. El autor es funcionario o servidor público.

La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años cuando:

1. El hecho se comete a mano armada.
2. El autor causa una lesión grave que haya podido prever.
3. El hecho se realiza para impedir la erradicación o destrucción de cultivos ilegales, o de cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.
4. El hecho se comete respecto a investigaciones o juzgamiento por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión y trata de personas.

Si como consecuencia del hecho se produce la muerte de una persona y el agente pudo prever este resultado, la pena será privativa de libertad no menor de doce ni mayor de quince años.”

### **DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA ÚNICA**

**UNICA:** Deróguense y modifíquense todas las disposiciones que se opongan a la presente ley.